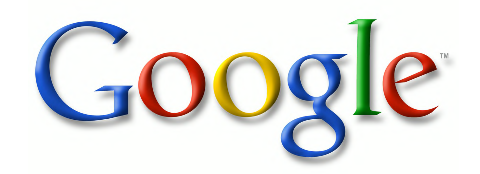
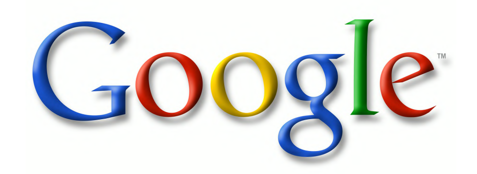
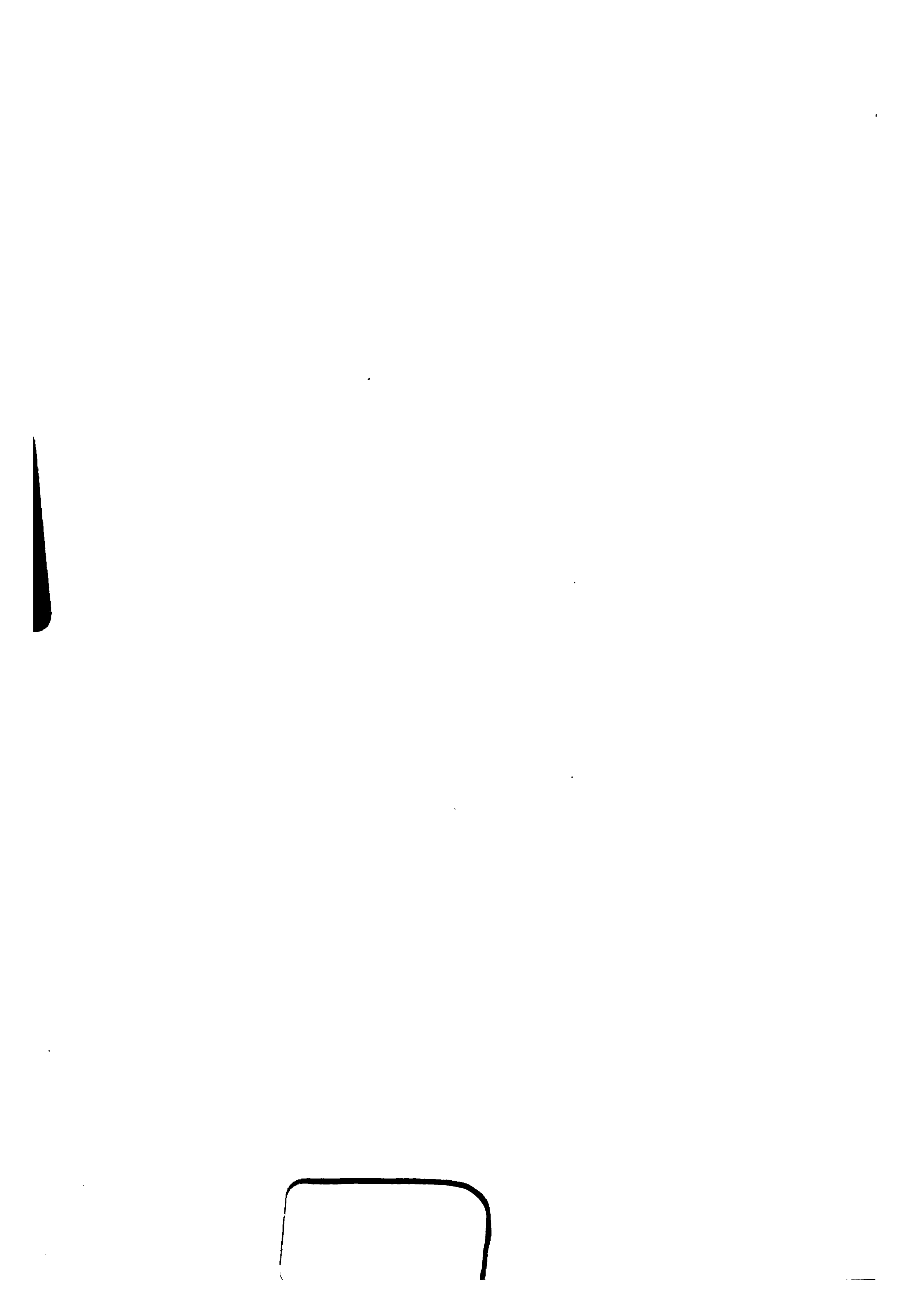






Staub's Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Achte Auflage

bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses

von

Heinrich Könige,
Reichsgerichtsrat in Leipzig,

Dr. Josef Stranz,
Justizrat in Berlin,

Albert Pinner,
Justizrat in Berlin.

Erster Band.

(Buch 1: Handelsstand. Buch 2: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.)



Berlin 1906.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,

G. m. b. H.



Vorrede zur sechsten und siebenten Auflage.

„Mein Streben war, einen Kommentar zu liefern, der wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig zugleich sei. Ob ich dieses Ziel annähernd erreicht habe, mag der freundliche Leser nachsichtig beurteilen. Ich kann nur wünschen, daß die auf das Werk verwendete, einer angestrengten Berufstätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des Handelsgesetzbuchs nicht verloren sein möchte."

Mit dieser Vorrede leitete ich die erste Auflage meines Kommentars ein. Inzwischen ist dem mit jenem zaghaften Geleitworte seinerzeit in die Welt gesandten Werke ein ungeahnter Erfolg beschieden gewesen. Ja, meine Methode hat nicht bloß allgemeine Anerkennung gefunden, mit Stolz kann ich sagen: sie hat Schule gemacht.

Es ergab sich von selbst, daß ich auch die Bearbeitung des neuen Handelsgesetzbuchs übernahm. Die Schwierigkeiten, die es hierbei zu überwinden galt, waren nicht gering. Denn das neue Handelsgesetzbuch ruht auf neuer Grundlage. Ein neues, selbst noch unerforschtes bürgerliches Recht beherrscht seine Begriffe und ergänzt seine Lücken. Alte und neue Bausteine mußten zusammengetragen und derart organisch aneinander gefügt werden, daß ein einheitlicher Bau entstand.

Wenigstens war dies mein Ziel. Ob ich es erreicht, müssen andere sagen.

Staub.

Vorrede zur achten Auflage.

Der Kommentar zum Handelsgesetzbuch war der erste, den Hermann Staub verfaßt hat. In ihm hatte er der Kunst des Kommentierens neue Wege gewiesen. Ihn hat er in immer neuen Auflagen, die der in der juristischen Literatur wohl einzig dastehende Erfolg nötig machte, vervollkommnet; in der letzten noch ist die Anpassung an die geänderte Gesetzgebung durchgeführt worden.

Schon mit der Arbeit zu einer neuen Auflage beschäftigt, ward er durch ein unerbittliches Geschick auf der Höhe seiner Kraft der Wissenschaft entrissen.

Die Verlagsbuchhandlung war sich ihrer Pflicht bewußt, dafür zu sorgen, daß das Werk Staubs, hervorgegangen aus einer seltenen Vereinigung von wissenschaftlichem Sinn und praktischer Begabung, geschaffen in jahrelanger mühevoller Arbeit, nicht veralte. Den Unterzeichneten ist der ehrenvolle Auftrag geworden, die neue Auflage des Kommentars zu bearbeiten. Sie sind bei ihrer Arbeit davon ausgegangen, daß der Charakter des Werkes erhalten bleibe. Vor allem ist die bisherige Anordnung des Stoffs, ist die bisherige Methode — die Staubsche Kommentierungs-Methode — beibehalten worden. Nur durch die vollständige Beseitigung der Noten unter dem Strich, sowie durch die teilweise Einarbeitung der Exkurse in die Anmerkungen ist die Übersichtlichkeit gefördert. Fremdworte sind, soweit möglich, ausgeschieden.

Inhaltlich dagegen war ein gleiches Beharren beim Alten nicht möglich. Wissenschaft und Praxis sind in den mehr als sechs Jahren seit dem Erscheinen der letzten Auflage fortgeschritten; auch die Gesetzgebung hat z. B. hinsichtlich der Kaufmannsgerichte eingegriffen. Die Bearbeiter haben es als ihre Hauptaufgabe betrachtet, alles, was in dieser Zeit in Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung neu hervorgetreten ist, zu verwerten und so in der neuen Auflage ein abgerundetes, dem jetzigen Stande der Handelsrechtswissenschaft entsprechendes Bild zu geben. Die Neuerungen und Zusätze im Druck besonders kenntlich zu machen, erschien nicht angängig, weil es der Einheit der Arbeit, ihrem organischen Aufbau, geschadet hätte. Wo die Bearbeiter aus wohlerwogenen Gründen geglaubt haben, von Staubs Ansicht abweichen zu müssen, ist dies stets durch einen ausdrücklichen Hinweis (z. B.: anders 6./7. Auflage) hervorgehoben worden.

Bei einzelnen Ab[illegible]schien eine vollständige Umarbeitung geboten. In dieser Bezieh[illegible]hervorzuheben, hingewiesen für das erste Buch auf die Abschn[illegible]der Handelsgewerbe, die Minderkaufleute, die Handwerker, [illegible]gebrauch, das Recht der Handlungsgehilfen und der Agenten; [illegible] das zweite Buch auf die Abschnitte über das Gesellschaftsvermögen der o. H. G., [illegible]ndlung der o. H. G., die Anwendung der Vorschriften des BGB. auf di[illegible] die [illegible]zahlung ohne Erhöhung des Kapitals, die Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats, die Sonderrechte, die Pflicht zur Berufung der Generalversammlung, die Sanierung, die Interessengemeinschaft, das Recht und die Pflicht des Vorstands zur Offenlegung; für das dritte Buch auf die Abschnitte über unsittliche Geschäfte und Wucher, die Sicherheitsübereignung, den Eigentumsvorbehalt, die Syndikate, den Patentkauf, den Lizenzvertrag, die Börsentermingeschäfte, den Kauf von Wertpapieren, den Akkordvertrag usw.

Der Literatur, insbesondere der aus den letzten Jahren, ist eine größere Berücksichtigung zuteil geworden, ohne daß eine Vollständigkeit erreicht oder auch nur erstrebt wäre. Die ergangenen Entscheidungen, sowohl der höchsten Gerichte,

als auch bedeutungsvolle Urteile erster und zweiter Instanzen, die in Sammlungen, auch provinzieller Zeitschriften, veröffentlicht sind, wurden in umfassender Weise herangezogen.

Wertvolles Material lag in nachgelassenen Bemerkungen Staubs vor, die er als Vorarbeit zur neuen Auflage in seinem Handexemplar gemacht hatte; diese in geeigneter Weise zu verwerten, war pietätvolle, freudig erfüllte Pflicht.

Die Herausgeber haben die Arbeit derart verteilt, daß Justizrat Dr. Stranz das erste Buch, Justizrat Pinner das zweite Buch, Reichsgerichtsrat Könige das dritte Buch bearbeitet haben. Doch wurde die schließliche Fassung in gemeinsamer Beratung und wechselseitigem Einverständnis festgestellt; dem Kommentar ist somit streng die Einheitlichkeit gewahrt.

Den Herren, die für Beschaffung von Material schätzenswerte Dienste geleistet haben, sei an dieser Stelle Dank gesagt.

Die Bearbeitung des Sachregisters ist wiederum in die bewährten Hände des Herrn Rechtsanwalts Arthur Schindler zu Berlin gelegt worden, dessen Sorgfalt uns zu großem Dank verpflichtet.

Die Bearbeiter sind sich der Bedeutung ihrer Aufgabe voll bewußt. Ihr Bestreben geht dahin, daß auch die neue Auflage der „Staubsche Kommentar" sei und bleibe. Nicht in dem Sinne, daß sie gläubig auf des Meisters Worte schwören. Nachprüfend und nachbildend haben sie, was sie hinzuzufügen und was sie zu ändern hatten, im Staubschen Geiste dem Vorhandenen organisch eingegliedert. Staubs Werk war ein grundlegendes, aber kein endgültiges. Endgültige Bücher gibt es nicht. Jede Zeit hat das Recht und die Pflicht, an den großen Werken weiterzubauen. Ob der Weiterbau ein gelungener ist, nicht unwert des ursprünglichen Werkes, — auch dies müssen andere beurteilen.

Berlin / Leipzig, Ostern 1906.

Könige. Stranz. Pinner.

Abkürzungen.[1]

Adler u. Clemens = Sammlung von Entscheidungen zum HGB.
Allfeld = 2. Aufl. von Anschütz u. Völdernborff, Kommentar zum ADHGB., besorgt von Philipp Allfeld (nur bis Art. 65 gediehen, ist nicht fortgeführt worden), Erlangen 1894.
Apt = Neue Folge von Dove-Apt (siehe unten) Bd. II.
ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Bauer = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften, herausgegeben von Josef Bauer. Leipzig.
BayObLG. = Bayrisches oberstes Landesgericht.
BayObLGZ. = Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts Bayern in Zivilsachen.
BayZeitschr. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Behrend = Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. J. Fr. Behrend. Erster Band 1896.
BoehmsZ. = Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, begründet von Boehm.
Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, vom Senatspräsidenten A. Bolze.
BuschA. = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben zuerst von F. B. Busch, zuletzt von H. Busch. 38 Bände. 1863—1888.
CPO. = Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.
Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts von Prof. Konrad Cosack. 6. Aufl. Stuttgart 1903.
Cosack BGB. = Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1900, 01.
CBlFG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.
D. = Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. und eines EG. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897, J. Guttentag.
Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens von Professor Heinrich Dernburg. Bd. I 2. Aufl., Halle 1901; Bd II Abtl. 1, 3. Aufl. 1905, Bd. II Abtl. 2, 3. Aufl. 1905; Bd. III, 3. Aufl. 1904; Bd. IV, 2. Aufl. 1903; Bd. V, 2. Aufl. 1905.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung, begr. von Laband, Stenglein, Staub. Berlin. Verlag Otto Liebmann.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

[1] **Im wesentlichen ist die Zitiermethode nach den Vorschlägen des deutschen Juristentages** (Berlin 1905, Verlag von J. Guttentag) **befolgt.** Seitenzahlen sind zumeist ohne den Vorsatzbuchstaben „S." gesetzt. — Die Literatur, die für einzelne Abschnitte in Betracht kommt, ist unter dem Text der einschlägigen Paragraphen angegeben.

Dove-Apt = Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr von Heinrich Dove und Max Apt. Bd. I.

Düringer-Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897, erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg, Mannheim 1899, 1901 und 1905 (nur erschienen Buch I u. III).

Eger = Das deutsche Frachtrecht von Dr. Georg Eger. 2. Aufl. 3 Bände.

ElsLothZ. = Juristische Zeitschrift des Reichslandes Elsaß-Lothringen.

Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—1885.

Endemann BGB. = Einführung in das Studium des BGB., von Professor Endemann.

Esser = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897 von Robert und Ferdinand Esser.

FGG. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

Foertsch = Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet von R. Foertsch, Senatspräsident am Reichsgericht.

Frankenburger = Handausgabe des HGB. München 1902.

Gareis = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Handausgabe von Prof. K. Gareis. 3. Aufl. 1905.

Gareis Lehrbuch = Das deutsche Handelsrecht. Ein Lehrbuch von Prof. K. Gareis. 7. Aufl. 1903.

Gareis-Fuchsberger = Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Herausgegeben von Dr. K. Gareis und Otto Fuchsberger. 1891.

Gaupp-Stein = Die CPO., auf der Grundlage des Kommentars von Gaupp, erläutert von Friedrich Stein, 6./7. Aufl., Tübingen u. Leipzig 1904.

GewG. = Gewerbegericht.

„GewGer." = Das Gewerbegericht. Monatsschrift usw. herausgegeben von Jastrow u. Flesch; von Jahrgang 11 ab fortgesetzt als: „Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht", zitiert von uns „Gew. und KfmGer."

Gierke = Das Handelsrecht, bearbeitet in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. I S. 889 ff. 6. Aufl. Berlin-Leipzig.

Goldmann-Lilienthal = Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt von den Justizräten E. Goldmann und L. Lilienthal. 2. Aufl.

Goldmann = Kommentar zum HGB. vom Justizrat S. Goldmann, Berlin. Franz Vahlen. Bisher erschienen vollständig Band I (erstes Buch), 1901, Band II (zweites Buch), 1905. Der erste Band ist hier nach Seiten, der zweite nach Anmerkungen (bei Goldmann Nummern) zitiert.

GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß; begr. von Goltdammer.

Goldschmidt, Handbuch = Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldschmidt. 2. Aufl. Erster Band 1874 (davon Abt. I Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl. 1901). Zweiter Band 1883 (unvollständig).

Goldschmidt System = System des Handelsrechts. Im Grundriß von L. Goldschmidt. 4. Aufl.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. Gruchot.

Hahn = Kommentar zum Allgemeinen deutschen HGB. Von Friedrich v. Hahn (erster Band. 3. Aufl. 1879. Zweiter Band 2. Aufl. 1883). Die 4. Aufl. ist bis Art. 172 gediehen und soweit berücksichtigt.

Heinitz = Kommentar zum preußischen Stempelsteuergesetz von Justizrat Ernst Heinitz, 2. Aufl., Berlin 1901 (3. Aufl. im Erscheinen 1905).

Hellwig Anspruch = Anspruch und Klagerecht von Hellwig.

Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs, begründet von Hirth. München, J. Schweitzer Verlag.

Holdheim = Wochenschrift, später Monatsschrift für Handelsrecht u. Bankwesen, seit 1897 Monatsschr. für Handelsrecht, begründet von Dr. Paul Holdheim.

Jaeger = Die Konkursordnung, erläutert von Ernst Jaeger. 2. Aufl. Berlin 1904.

Jastrow = Deutsch-Preußisches Notariatsrecht, von Hermann Jastrow, 14. Aufl., Berlin 1903.

JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

JW. = Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, Berlin; jetzt herausgegeben von H. Neumann.

Kaufmann = Handelsrechtliche Rechtsprechung usw. von Rechtsanwalt Emil Kaufmann. Hannover.

Kayser = Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen von Dr. Paul Kayser. 2. Aufl. 1891.

KB. = Kommissionsbericht. Bericht der 18. Kommission über den Entw. eines HGB., Reichstag, 9. Legisl.-Periode.

Keyßner = Allg. deutsches Handelsgesetzbuch, erläutert u. herausgeg. von Hugo Keyßner 1870.

KfmG. = Kaufmannsgericht.

KG. = Kammergericht.

KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts. Herausgegeben von den Justizräten Perl und Wreschner. Berlin.

KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Johow und Küntzel, jetzt herausgegeben von Johow und Ring.

Könige = HGB. v. 10. 5. 1897, zu prakt. Gebrauch dargestellt von Reichsgerichtsrat Könige. Berlin 1899.

Lehmann-Ring = Kommentar zum HGB. für das Deutsche Reich von Professor K. Lehmann und Kammergerichtsrat Ring. Berlin 1901 u. 1902, Carl Heymanns Verlag.

Lehmann = Das Recht der Aktiengesellschaften von Prof. Carl Lehmann.

Leist Untersuchungen = Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht von Dr. Alexander Leist. Jena 1904.

Leist Sanierung = Die Sanierung der Aktiengesellschaften von Dr. E. Leist. Berlin 1905.

LG. = Landgericht.

Links = Die Rechtsprechung des KK. Obersten Gerichtshofes von Dr. Emil Links. Wien.

Litthauer-Mosse = Erläuterungen zum HGB., 13. Aufl., 1905, herausgegeben von Mosse in Verbindung mit Thiele u. Cohn. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 4.

M. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten. Zweiter Teil. Motive 1859.

Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Von H. Makower. 12. Aufl. Bearbeitet von Rechtsanwalt F. Makower.

Neumann = Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs, von Dr. Hugo Neumann. 4. Aufl. Berlin 1905.

Nowak = Entscheidungen des KK. obersten Gerichtshofes in Zivilsachen. Wien.

OLG. = Oberlandesgericht.

OLGR. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan u. Falkmann.

OTr. = Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals. Berlin.

P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen HGB. Herausgegeben von J. Lutz. 9 Teile. 1858—1863.

Petersen-Pechmann = Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert durch Dr. juris Petersen und Wilhelm Freiherr v. Pechmann. 1890.

Pinner = Das deutsche Aktienrecht, Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs von Justizrat Albert Pinner. Berlin 1899.

Pinner UnlWG. = Kommentar zum UnlWG. von Justizrat Albert Pinner. Berlin 1903.

Planck = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Prof. Dr. G. Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Strecker, Strohal, Unzner. 1.—2. Aufl. und 3. Aufl. soweit erschienen, Berlin 1904 u. 1905.

PrOVG. = Entsch. des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

PrOVGSt. = Dasselbe in Staatssteuersachen.

Puchelt oder Puchelt-Förtsch = Komm. z. Allg. deutschen HGB. Von E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet vom Senatspräsidenten am Reichsgericht Förtsch. 1894 (s. Förtsch).

Rausnitz = Kommentar zum FGG., herausgegeben von Justizrat Rausnitz. Berlin.

Recht = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgegeben von Dr. Soergel. Hannover, Helwingsche Verlagsbuchhandlung.

Rehm = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Prof. Rehm.

RG. = Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig, Veit & Co.

RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.

RheinA. = Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preußischen Rheinprovinz.

RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat in Rheinpreußen.

Riesenfeld = Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr, bearbeitet von Dr. Riesenfeld. Breslau 1900.

Ring = Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 erläutert von Victor Ring. 2. Auflage.

Ritter = Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt. Berlin.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausg. von den Räten des Gerichtshofes. 25 Bände.

Rudorff = Systematische Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin 1904.

S. = Seite; doch sind zumeist, entsprechend der Zitiermethode des Juristentages, die Seitenzahlen ohne den Vorsatzbuchstaben „S." gesetzt.

SächsA. = Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert, Leipzig.

SächsOLG. = Annalen des OLG. Dresden.

Seligsohn = Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, erläutert von Justizrat Arnold Seligsohn. 2. Aufl. Berlin 1905.

Schulze-Görlitz = Die Führung des Handels- und Musterregisters von R. Schulze-Görlitz. Berlin 1899.

SchlHolstAnz. = Schleswig Holsteinscher Anzeiger.

SeuffA. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

SeuffBl. = J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Simon, Bilanzen = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Justizrat Dr. Herman Veit Simon. 2. Aufl.

Soergel = Rechtsprechung zum BGB. usw., herausgegeben von Dr. H. Th. Soergel.

Staub GmbH. = Kommentar zum GmbHG. von Dr. Hermann Staub, Berlin 1903.

Staudinger = Kommentar zum BGB., herausgegeben in Gemeinschaft mit usw. von Dr. Julius von Staudinger, München, J. Schweitzers Verlag.

Steg. = Stegemann, Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgericht zu Leipzig. Berlin.

Stranz-Gerhard = Preuß. AG. zum BGB., kommentiert von den Justizräten J. Stranz und S. Gerhard, Berlin 1900.

StrA. = Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals. Berlin.

Struckmann-Koch = Die CPO., Kommentar von J. Struckmann und Koch, Rasch, Koll, G. Struckmann. 8. Aufl. Berlin 1901.

Sydow-Busch = CPO. erläutert von R. Sydow und L. Busch. 10. Aufl. Berlin 1905 (Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 11).

Thoel = Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thoel. 6. Aufl.

ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.

VO. = Die Eisenbahn-Verkehrsordnung.

Warneyer = Jahrbuch der Entscheidungen usw., herausgegeben von Dr. Otto Warneyer. Leipzig.

Weißler = Kommentar zum FGG., erläutert von Justizrat Weißler. Berlin.

ZgA. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, herausgegeben von Dr. Schenhäuser.

ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

Inhaltsverzeichnis des ersten Bandes.

Seite

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

Zweites Buch.

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander.

Dritter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten.

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

Sechster Titel. **Strafvorschriften.**

Seite

Vierter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Fünfter Abschnitt. **Stille Gesellschaft.**

Allgemeine Einleitung.

I. Die Entstehungsgeschichte des alten und neuen HGB. und seine Gestalt.

Allgemeine Einleitung.

Einl. Einen geschichtlichen Überblick über die Quellen des Handelsrechts, dessen Wurzeln ins Mittelalter zurückreichen, hier zu geben, liegt außerhalb des diesem Werke gesteckten Rahmens (vgl. hierüber Goldschmidt Univers.Gesch. S. 10, und weitere Literatur bei Cosack §§ 3 u. 4). Aus dem gleichen Grunde kann hier der Frage nicht nachgegangen werden, weshalb überhaupt ein gesondertes Handelsrecht besteht und notwendig ist (Heck im ArchCivPrax. 92, 439 ff.; Gierke § 2). Wir beschränken uns daher auf eine kurze Skizzierung der Entstehungsgeschichte des alten und neuen HGB.

Anm. 1. 1. **Das alte HGB.** Am 18. Dezember 1856 wurde auf Antrag Bayerns vom Deutschen Bundestage beschlossen, eine Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs anzuregen. Die auf Grund dieser Einladung einberufene „Nürnberger Kommission" stellte in jahrelanger Arbeit (1857—1861) den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs fertig. Der Bundesrat, dem eine eigene Gesetzgebungsgewalt abging, empfahl ihn den deutschen Staaten zur freiwilligen Annahme. Die Empfehlung fiel auf fruchtbaren Boden; die allermeisten Staaten führten den Entwurf unverändert oder mit geringen Änderungen als Landesgesetz in ihren Gebieten ein. In Preußen geschah dies 1861. Damit war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch zustande gekommen. Nur Luxemburg, Schaumburg-Lippe und das preußische Jahdegebiet haben das HGB. als Landesgesetz nicht eingeführt.

Sodann erfolgte die Erhebung des HGB. zum Bundes- und Reichsgesetz: für den Norddeutschen Bund durch Bundesgeſ. v. 5. Juni 1869; für das Deutsche Reich außer Bayern durch Reichsges. v. 16. April 1871, für Bayern durch Reichsges. v. 22. April 1871, für die Reichslande durch Reichsges. v. 19. Juni 1872, für Helgoland durch Verordnung v. 22. März 1891. Auch in den deutschen Konsulargerichtsbezirken und in den deutschen Schutzgebieten ist das HGB. als Reichsgesetz eingeführt: dort durch Ges. v. 10. Juli 1879, hier durch Ges. v. 17. April 1886, jetzt in der Fassung v. 15. März 1888. Zuletzt ist es durch kaiserliche Verordnung v. 27. April 1898 in Kiautschou eingeführt worden. Dabei ist zu bemerken, daß in den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten für Handelssachen zunächst das in diesen Gebieten geltende Handelsgewohnheitsrecht zur Anwendung kommt (§ 3 des Ges. v. 10. Juli 1879 und § 2 des Ges. v. 15. März 1888).

Das alte HGB. war aber nicht in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben; der das Aktienrecht behandelnde Teil wurde zweimal geändert, zuletzt durch Reichsges. v. 18. Juli 1884.

Anm. 2. 2. **Das neue HGB.** Die Neuschaffung wurde durch die einheitliche Regelung des bürgerlichen Rechts nötig. Die Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs mußten in Einklang gebracht werden mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei dieser Gelegenheit nahm man diejenigen Ergänzungen und Änderungen vor, die sich im Laufe der Jahrzehnte, während deren das alte HGB. in Geltung gewesen war, auch bei diesem bewährten

Allgemeine Einleitung.

Gesetzbuche als notwendig herausgestellt hatten. Um dieselbe Zeit, als das BGB. vom Reichstage angenommen wurde, im Juli 1896, wurde der erste Entwurf des neuen HGB. (zunächst noch ohne Seerecht) der Öffentlichkeit übergeben. Auf Grund der zahlreichen Besprechungen wurde er alsdann umgearbeitet und dieser zweite Entwurf (nunmehr mit Seerecht) dem Reichstage in seiner Wintersitzung 1896/97 vorgelegt. Der Reichstag überwies ihn einer Kommission zur Durchberatung und nahm ihn mit nicht unerheblichen Änderungen an. Nachdem der Bundesrat seine Zustimmung erteilt hatte, wurde das Gesetzbuch in Nr. 23 des Reichs-Gesetzblatts am 21. Mai 1897 verkündet.

Anm. 3. Es trägt den Titel „Handelsgesetzbuch", ohne den Zusatz: „für das Deutsche Reich". Datiert ist es v. 10. Mai 1897. Es ist nicht mehr, wie das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, in 5 Bücher eingeteilt, sondern nur in 4 Bücher. Das frühere dritte und das bisherige vierte Buch sind zusammengezogen: die Handelsgesellschaften sind mit der stillen Gesellschaft in einem Buche abgehandelt, die Gelegenheitsgesellschaft ist fortgefallen. Das neue HGB. ist in Paragraphen eingeteilt, nicht, wie das alte HGB., in Artikel. Dagegen hat das Einführungsgesetz Artikel.

Das alte HGB. ist am 1. Januar 1900 ohne ausdrücklichen Ausspruch von selbst außer Kraft getreten.

Anm. 4. Das neue HGB. stellt sich als eine wohlgelungene Verbesserung dar, was um so mehr anzuerkennen ist, als es sich um eine Gelegenheitsreform, nicht um eine Notwendigkeitsreform gehandelt hat. Sowohl auf die Sprache, als auch auf die Anpassung der Vorschriften an die modernen Verkehrsbedürfnisse und nicht zum wenigsten an den sozialen Geist unserer Zeit ist Wert gelegt. Wird auch nicht überall allen berechtigten Wünschen Rechnung getragen, so ist doch im ganzen ein großer Fortschritt zu verzeichnen.

II. Das Anwendungsgebiet des neuen HGB.

Anm. 5. 1. **Zunächst ist zu erwähnen, daß das neue HGB. keine Vorschriften darüber enthält, auf welche Art von Materien es Anwendung findet.** Eine derartige Vorschrift ist mit Recht weggelassen. Denn es bezieht sich eben auf alle diejenigen Angelegenheiten, über welche sein Inhalt Verfügung trifft. Darum ist auch der Begriff **Handelssachen** nicht definiert. Eine Tautologie wäre es, wenn das HGB. sagte, es komme in Handelssachen zur Anwendung. Und umgekehrt ist es lediglich ein zwar richtiger, aber trivialer Satz, zu sagen: Handelssachen seien diejenigen Gegenstände, die das HGB. regelt. Andererseits ist aber jede andere Definition des Rechtsbegriffes Handelssachen unrichtig, und es war ein von Staub selbst in der letzten Auflage berichtigter Irrtum der früheren Auflagen, zu definieren: Handelssache sei jeder dem Handel angehörige Tatbestand. Denn, regelt das HGB. einen Tatbestand nicht, so ist er im rechtlichen Sinne keine Handelssache, sondern folgt allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln, auch wenn seiner wirtschaftlichen Natur nach seine Zugehörigkeit zum Handel unbestreitbar ist (übereinstimmend Gierke § 9). Handelssache im Rechtssinne und Handelssache im Wirtschaftssinne decken sich also nicht, wie auch der juristische Begriff des Kaufmanns nicht mit dem wirtschaftlichen zusammenfällt (§ 1 Anm. 2). Von dem hier behandelten materiell-rechtlichen Begriff der Handelssache ist der prozessuale der Handelssache — eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für welche die Kammer für Handelssachen (§ 101 GVG.) zuständig ist — zu unterscheiden. Endlich ist auch der Begriff der Handelssachen nicht zu verwechseln mit dem engeren der Handelsgeschäfte als einer bestimmten Art von Rechtsgeschäften (s. § 1 Anm. 32; Cosack § 9).

Das Gesetz sagt demgemäß das an sich Selbstverständliche nicht, daß in Handelssachen das HGB. Anwendung findet. Es sagt nur, daß „in Handelssachen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im HGB. oder im Einführungsgesetz ein Anderes bestimmt ist" (Art. 2 EG. z. HGB.). Dies zu sagen, hat einen guten Sinn. Damit soll in allen denjenigen Rechtsfragen, in denen das HGB. eine Ent-

scheidung getroffen hat, das BGB. von der Anwendung ausgeschlossen sein (näheres hierzu unten Anm. 18). **Allgemeine Einleitung.**

2. **Das örtliche Anwendungsgebiet** ist das gleiche, wie das des alten HGB. (vgl. Anm. 1). — Anm. 6. Die den Gegenstand des internationalen Privatrechts bildenden Fragen: inwieweit auch ausländisches Recht für deutsche Gerichte zur Anwendung komme, können hier nicht eingehend erörtert werden. (Lit.: Die bekannten Werke über das Internationale Privatrecht von Bar, Zitelmann, Barazetti, Neumann und Niemeyer. Für das Handelsrecht insbesondere noch: Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf der Grundlage der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 02; Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht in JheringsJ. 40, 1—87; 42, 309—352; 43, 299—435.)

Nur folgendes sei hier bemerkt:

Die räumlichen Herrschaftsgrenzen der Normen des BGB. in Kollisionsfällen mit dem ausländischen Recht werden in den Art. 7—31 EG. z. BGB. gezogen. Diese Vorschriften bilden indes kein zusammenhängendes Ganze, sondern nur einen Torso. Für das Vermögensrecht, insbes. für das Sachenrecht und die Schuldverhältnisse klafft eine große Lücke (Art. 11 bestimmt nur wegen der Form eines Rechtsgeschäfts, Art. 12 wegen der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen). Soweit Lücken vorhanden sind, sind sie durch die aus der Natur der Rechtsverhältnisse abzuleitenden allgemeinen Prinzipien zu ergänzen, im Anschluß an die durch Wissenschaft und Gerichtsgebrauch gewonnenen wertvollen Ergebnisse. Einige allgemeine Grundsätze geben die Art. 27, 28 (Rückverweisung), 29 (Heimatlose), 31 (Vergeltungsrecht), und der hier besonders bemerkenswerte Art. 30, welcher bestimmt, daß die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn sie gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Es haben also diejenigen Vorschriften des neuen Rechts, die ausschließlichen (exklusiven) Charakter haben (s. hierüber unten Anm. 12) unbedingte Anwendung zu finden, auch auf Verhältnisse, die sonst nach ausländischem Rechte zu beurteilen wären. Die obigen aus dem BGB. und dem EG. z. BGB. und den allgemeinen Prinzipien herzuleitenden Grundsätze in örtlichen Kollisionsfällen gelten auch entsprechend für das örtliche Anwendungsgebiet der Normen des Handelsrechts.

3. **Das zeitliche Anwendungsgebiet.** Zeitlich ist das neue Handelsgesetzbuch am 1. Januar 1900, Anm. 7. zugleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten (Art. 1 Abs. 1 EG. z. HGB.). Nur der 6. Abschnitt des 1. Buchs (der Abschnitt über die Handlungsgehilfen) ist bereits seit dem 1. Januar 1898 in Kraft (Art. 1 Abs. 2 EG. z. HGB.).

Bei der Frage des zeitlichen Anwendungsgebiets spielt nun aber die Frage eine große Anm. 8. Rolle, nach welchem Rechte die am 1. Januar 1900 schwebenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen sind? **Es erscheint erforderlich, den Übergangsgrundsätzen eine besondere Betrachtung zu widmen.** (Lit., soweit sie für das Handelsrecht besonders in Betracht kommt: Lehmann, Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen HGB. in ZHR. 48, 1—120 und 387—388; Landrichter S., Die handelsrechtlich wichtigen Übergangsbestimmungen des EG. z. BGB. bei Holdheim 9, 25 ff.)

a) Das EG. z HGB. hat nämlich allgemeine Übergangsvorschriften überhaupt nicht und im einzelnen nur **einige wenige spezielle Übergangsvorschriften** gegeben: Art. 22 (über Firmen), Art. 23 (Errichtung von Aktiengesellschaften), Art. 24 (Zusammenlegung von Aktien), Art. 25 (Kraftloserklärung von Aktien), Art. 26 (Außerkurssetzung von Aktien), Art. 27 (Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften), Art. 28 (Zusicherung von Aktienbezugsrechten).

b) Bei einem Gesetzbuch von 905 Paragraphen ist der Erlaß von im ganzen 7 Übergangs- Anm. 9 vorschriften, die sich lediglich mit Einzelfragen beschäftigen, von denen aber keine grundsätzlicher Natur ist, als ein großer Mangel zu verzeichnen. Der Wissenschaft fällt die Aufgabe zu, diese Lücke auszufüllen. Nach unserer Ansicht wird sie durch die Erwägung ausgefüllt, daß es sicherlich im Geiste der an einem Tage in Kraft tretenden, als organisches Ganze

Allgemeine Einleitung.

gedachten Gesetzbücher liegt, **daß für die Übergangszeit die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum BGB. auch für das HGB. gelten.** Ja man darf sich sogar für berechtigt halten, im Art. 2 des EG. z. HGB. einen direkten Ausspruch nach dieser Richtung zu erblicken (übereinstimmend RG. 43, 27; OLG. Kiel in OLGR. 6, 1). Denn danach soll, wo das HGB. keine Vorschriften gibt, das BGB. maßgebend sein. Zu den Vorschriften des BGB. aber kann man ohne sonderlichen Zwang auch die Vorschriften des Einführungsgesetzes zum BGB. zählen (Düringer-Hachenburg I 16). Mindestens sind diese Vorschriften für die Fragen nach dem Eingreifen des HGB. in bestehende Verhältnisse analog zur Anwendung zu bringen.

Anm. 10. Die **Grundsätze des BGB. und des EG. z. BGB. über das zeitliche Herrschaftsgebiet der Rechtsnormen** — Grundsätze, welche, soweit Lücken vorhanden sind, aus den allgemeinen, durch Wissenschaft und Praxis sich ausbildenden Prinzipien zu ergänzen sind — lassen sich im knappsten Umriß dahin skizzieren (Hauptwerk hierüber: Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, III. Aufl. 01; s. a. Affolter, Das intertemporale Privatrecht, 01): Ein ausdrücklicher prinzipieller Ausspruch für die Lösung des zeitlichen Widerstreits fehlt. Die Motive zum BGB. (I 19) fassen die Grundgedanken, wie folgt, zusammen. Neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft; erworbene Rechte bleiben von ihnen unberührt. Indes kann das Gesetz Ausnahmen statuieren: das Verbot der Rückwirkung ist zwar „eine sittlich vernünftige Anforderung an den Gesetzgeber, aber keine Rechtsschranke seiner Machtvollkommenheit". Die Ausnahmen können entweder ausdrückliche sein, oder die Auslegung kann ergeben, das Gesetz wolle die Rückwirkung, insbesondere wenn schwerwiegende politische, soziale, wirtschaftliche oder ethische Rücksichten zu dem neuen Gesetze geführt haben (näheres hierüber Anm. 12ff.; hiermit wesentlich im Einklang RG. 40, 314; 42, 100; 44, 59 und in JW. 01, 1). Das EG. z. BGB., das von allgemeinen Regeln absieht, hat ausführliche Einzelvorschriften gegeben in den 66 Artikeln des „Vierten Abschnitts" (Art. 153—218; Gruppierung bei Habicht § 3). War hierbei auch das Prinzip der Nichtrückwirkung vorzugsweise maßgebend, so erheischte doch die Idee der umfassenden Kodifikation an vielen Punkten ein Eingreifen in schon bestehende Rechtsverhältnisse, wenn man nicht auf Jahrzehnte hinaus die Einheitlichkeit opfern wollte. So erklären sich die Einzelvorschriften des EG. Im allgemeinen werden erworbene Rechte geschützt; namentlich ist der Grundsatz der Nichtrückwirkung bezüglich der Schuldverhältnisse im Art. 170 EG. z. BGB. anerkannt. Kommt aber in den neuen Bestimmungen nur eine neue rechtliche Prägung und Gestaltung zum Ausdruck, so werden sie auf die alten Rechtsverhältnisse angewendet (Dernburg I § 33; Stranz-Gerhard, Einl. § 7).

Anm. 11. c) Soweit in Anwendung der hiernach maßgebenden Übergangsgrundsätze das frühere Recht zur Anwendung kommt, versteht es sich von selbst, daß nicht bloß die früheren Rechtsvorschriften, sondern auch die für das schwebende Verhältnis getroffenen **rechtsgeschäftlichen Bestimmungen** ihre Gültigkeit behalten. Denn der Sinn einer Vertragsbestimmung, durch die eine Dispositivnorm des Gesetzes geändert wird, ist der: mag das Gesetz hierüber disponieren, wie immer, wir wollen, daß zwischen uns dasjenige Rechtens sei, was wir hiermit vereinbaren.

Anm. 12. d) Die hiernach zur Anwendung gelangenden Übergangsbestimmungen des EG. z. BGB. erfahren jedoch eine erhebliche Ergänzung und Modifizierung durch folgendes allgemeine Prinzip: **soweit die Vorschriften des neuen Rechts ausschließlichen, exklusiven, Charakter haben**, d. h. die Anwendung eines anderen Gesetzes während ihrer Geltungszeit überhaupt nicht dulden, **greifen sie sofort in bestehende Verhältnisse ein** und schließen von dem Augenblicke, wo das neue Gesetz in Kraft tritt, die Anwendung derjenigen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Bestimmungen aus, die für das schwebende Verhältnis bisher maßgebend waren. Dieser allgemeine Grundsatz durchbricht und modifiziert die sonst gegebenen Übergangsvorschriften (vgl. RG. 42, 97). Seine Geltung ist schon in den Motiven zu Art. 170 EG. z. BGB. ausdrücklich anerkannt, wo es heißt: „Durch die

Vorschrift des Art. 170 soll nicht ausgeschlossen sein, daß, wenn einzelne Normen des BGB., wie im Wege der Auslegung festzustellen sein wird, einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter dergestalt haben, daß sie die zur Zeit des Inkrafttretens bestehenden Schuldverhältnisse zu ergreifen beabsichtigen, dieser rückwirkenden Tendenz Folge zu geben ist, und die betreffenden Normen auf die bestehenden Schuldverhältnisse zur Anwendung zu bringen sind."

α) Es fragt sich nun: **wann hat ein Gesetz einen solchen ausschließlichen Charakter?** Anm. 13. Dies kann selbstverständlich nur ausnahmsweise, nur dann angenommen werden, wenn überzeugend erkennbar ist, daß der Gesetzgeber die Rückwirkung gewollt hat (RG. 42, 99; 43, 23). Eine allgemeine Rechtsregel etwa des Inhalts, daß jede im öffentlichen Interesse gegebene Rechtsnorm auch bereits bestehende Verhältnisse ergreift, gibt es allerdings nicht. Insoweit ist Cosack (§ 146 S. 753) zuzustimmen. Auch das wäre nicht richtig, wenn man annehmen wollte, daß alle zwingenden Rechtssätze, d. h. alle diejenigen, deren Ausschließung durch entgegenstehende Vereinbarungen nicht zulässig ist, ohne weiteres auf bestehende Verhältnisse Anwendung finden; insoweit ist dem Reichsgericht (RG. 42, 102) zuzustimmen. Vielmehr greift derselbe Grundsatz Platz, wie bei der gleichen Frage auf räumlichem Gebiete. Das neue Gesetz ist insoweit ausschließlich anwendbar, als die Anwendung des alten Gesetzes gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck des neuen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30 EG. z. BGB.); dies ist immer dann der Fall, wenn das neue Gesetz Zustände beseitigen will, deren Fortbestehen ihm aus sittlichen oder sozialen oder wirtschaftlichen oder politischen Gründen als unhaltbar erschienen ist. Die fortgesetzte Anwendung des entgegenstehenden Gesetzes würde sonst die Beseitigung dieser Zustände hindern oder wesentlich erschweren (s. a. Erl. zu § 372). Im Prinzip stimmt dieser Grundsatz mit dem von Pappenheim (bei Gruchot 42, 328) aufgestellten überein. Denn wenn Pappenheim ihn auch — in etwas abweichender Formulierung — auf solche Zustände anwendet, deren Fortbestehen dem Gesetzgeber aus sittlichen Gründen im weiteren Sinne als unhaltbar erschien, so ist doch ersichtlich, daß er die hier vorgetragene Ansicht teilt. Sein Gewährsmann Gierke (DtschPrR. I 214) nämlich erstreckt den Grundsatz auf alle diejenigen Zustände, die dem Gesetzgeber aus sittlichen, politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Gründen unhaltbar erschienen sind. Die Einschränkung auf Zustände, die aus sittlichen Gründen unhaltbar erscheinen, wird von Gierke also nicht gemacht. Auch die Rechtsprechung, soweit sie überhaupt erkennen läßt, daß sie diesen Grundsatz gelten läßt, macht eine solche Einschränkung nicht. Es sei hier beispielsweise verwiesen auf das Urteil des Reichsgerichts in Bd. 22, 1. Dort ist entschieden, daß ein auf Amortisation von Aktien gerichteter Vertrag nicht durchführbar sei, wenn er auf Amortisierung aus anderen Mitteln, als aus dem Gewinn, abzielte, weil das Aktiengesetz von 1884 solche Amortisierung verboten habe. Dieses Verbot beruht sicherlich nur auf wirtschaftlichen Gründen, es will die wirtschaftlichen Folgen, die aus solcher Transaktion entstehen könnten, verhüten; und doch hat das Reichsgericht dem Verbot rückwirkende Kraf auf bestehende Vertragsrechte beigelegt (vgl. jedoch RG. 42, 103 und die dort zitierten Urteile).

β) Zu diesen, in bestehende Verhältnisse sofort eingreifenden, sogenannten Anm. 14. rückwirkenden Bestimmungen der neuen Gesetze gehören insbesondere die **zahlreichen sozialpolitischen Vorschriften des neuen HGB.**, insbesondere die Schutzbestimmungen für die Gesundheit der Handlungsgehilfen (§ 62), aber auch die Zwangskündigungsvorschriften (§§ 67 ff.) und die Bestimmungen über die Konkurrenzklausel (§§ 74, 75). Zwar wird dies noch bei den einzelnen Bestimmungen besonders erwähnt werden; hier sei jedoch sofort die allgemeine Bemerkung vorausgeschickt, daß es ganz besonders diese sozialpolitischen Bestimmungen der neuen Gesetze sind, deren rückwirkende Kraft anzunehmen und zu betonen ist. Sie sollten einem sozialen und politischen Interesse zugleich dienen, und zwar einem solchen von ganz hervorragender Wichtigkeit,

Allgemeine Einleitung.

sie sollten einen Teil der Ausführung jenes Programms bilden, das sich der Gesetzgeber seit mehr als einem Jahrzehnt gesetzt hatte, und das dazu bestimmt war, die Zahl der Unzufriedenen zu mindern und so die Wohlfahrtsaufgaben des Staats zu erfüllen. Ganz entschieden muß hierbei dem Standpunkte Horrwitz' (Das Recht der Handlungsgehilfen, S. 16) widersprochen werden, der den sozialpolitischen Vorschriften nur dann diese rückwirkende Kraft beilegen will, wenn sie zugleich polizeilichen Charakter tragen. Nicht der polizeiliche Charakter ist das Entscheidende, sondern die der Vorschrift innewohnende Tendenz der Beseitigung unhaltbarer Zustände im Interesse ganzer Klassen und der Wohlfahrt des Staats. Von diesem allein entscheidenden Gesichtspunkte aus sind die Bestimmungen der §§ 62 und 76, die den Schutz der sittlichen und körperlichen Wohlfahrt des Handlungsgehilfen im Auge haben, nicht verschieden von der Vorschrift des § 64 HGB., wonach die Gehaltszahlung am Schlusse des Monats erfolgen muß. Auch diese Vorschrift hat die Wohlfahrt, die Sicherheit der Existenzbedingungen des Handlungsgehilfen im Auge. Ebenso sind die neuen Bestimmungen über Zwangskündigungsfristen (§§ 67 ff.; zust. OLG. Colmar in OLGR. 5, 264) und über die Konkurrenzklausel (§§ 74, 75) von hervorragender sozialpolitischer Bedeutung und bestimmt, den Zustand drückender Abhängigkeit und Hilflosigkeit, in welchem sich zahlreiche Handlungsgehilfen auf Grund ihrer früheren Verträge befanden, zu beseitigen. Auch sie fanden daher auf bestehende Verträge sofort Anwendung, als der 6. Abschnitt des 1. Buchs des neuen HGB. am 1. Januar 1898 in Kraft trat. Für die Konkurrenzklausel hat sich freilich das Reichsgericht im entgegengesetzten Sinne entschieden (vgl. näheres § 74 Anm. 16).

Anm. 15. e) Die hier (a bis d) entwickelten Grundsätze werden im wesentlichen maßgebend sein bei der Erörterung der zahlreichen Fragen, nach welchem Rechte sich die schwebenden Verhältnisse richten werden. Der Erörterung dieser Übergangsfragen ist überall, wo es noch erforderlich schien, ein besonderer Platz eingeräumt. Freilich ist dabei nicht ausgeschlossen, daß hier und da für die Entscheidung noch andere Gesichtspunkte maßgebend sein werden. Das muß der Darstellung im einzelnen überlassen werden.

III. Die Rechtsquellen des Handelsrechts.

Anm. 16. Wir unterscheiden ordentliche und außerordentliche Rechtsquellen des Handelsrechts. Die ersteren sind das HGB. und das BGB., die letzteren sind das Landesrecht, die übrigen Reichsgesetze und das Gewohnheitsrecht.

A. **Die ordentlichen Rechtsquellen des Handelsrechts:** Das Handelsgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch.

Anm. 17. 1. **Das Handelsgesetzbuch.** Nicht bloß seine ausdrücklichen Vorschriften kommen in erster Linie als regelmäßige Rechtsquelle des Handelsrechts zur Anwendung, sondern auch alle diejenigen Rechtssätze, die durch Auslegung gewonnen werden — denn mit dem Gesetze sind alle seine logischen Folgerungen zum Gesetz erhoben —, und endlich auch diejenigen, die sich durch analoge Anwendung des Gesetzes ergeben. Denn das HGB. ist zwar ein Sonderrecht für die eigenartigen Verhältnisse des Handelsverkehrs, aber kein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Konsequenz und daher nicht bloß strikter Auslegung fähig (Behrend § 17 Anm. 4; ROH. 11, 417).

Anm. 18. 2. **Das Bürgerliche Gesetzbuch.** Dieses kommt in Handelssachen nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB. (oder im Einführungsgesetz zum HGB.) ein Anderes bestimmt ist (oben Anm. 5). Es ist also eine subsidiäre Rechsquelle des Handelsrechts. Das BGB. steht dem HGB. auch insoweit nach, als dasselbe dispositive Vorschriften enthält. Andrerseits kommt es in allen den Fragen zur Anwendung, für die aus dem HGB., sei es direkt, sei es durch Auslegung oder durch Analogie, nichts zu entnehmen ist. Seine Vor-

schriften sind nicht etwa in dem Sinne subsidiär, in welchem es die Landesstrafgesetze gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch sind (§ 2 des EG. z. StGB.), so daß alle diejenigen Materien, die das HGB. regelt, der Anwendung des BGB. verschlossen wären. Vielmehr sind die Begriffsmerkmale eines Rechtsgeschäftes, über welches das HGB. Rechtsregeln aufstellt, ohne es zu definieren, aus dem BGB. zu entnehmen. Beispiele: Bürgschaft (ROH. 16, 412); Kauf (RG. 1, 57; 26, 43). Ebenso sind die Rechtswirkungen von Begriffen, mit denen das HGB. operiert, soweit sie nicht im HGB. angeordnet sind, dem BGB. zu entnehmen (z. B. Heilung des Verzugs ROH. 7, 227). Endlich sind die Allgemeinen Rechtsgrundsätze, mit denen das HGB. sich überhaupt nicht beschäftigt und die es als Allgemeinvorschriften des bestehenden bürgerlichen Rechts voraussetzt, so die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Betrug, Zwang, Scherz (RG. 8, 248), Verjährung usw., dem BGB. zu entnehmen. (Für Aktiengesellschaften vgl. Anm. 6 zu § 178.)

Allgemeine Einleitung.

B. **Die außerordentlichen Rechtsquellen.**

1. **Das Landesrecht.** Dieses kommt als Rechtsquelle des Handelsrechts nur selten in Betracht. Anm. 19.

a) Der Art. 15 Abs. 1 EG. z. HGB. bestimmt hierüber:

„Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bleiben insoweit unberührt, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im Handelsgesetzbuch auf die Landesgesetze verwiesen ist."

Sie bleiben, wie ergänzend hinzuzufügen ist, auch insoweit unberührt, als es im EG. z. BGB. bestimmt ist (Art. 3 und 55 EG. z. BGB.). So werden in Art. 16—18 EG. z. HGB. eine Reihe landesgesetzlicher Vorschriften (über Lagerscheine, Checks usw.) als „unberührt" bezeichnet. Und nach Art. 75 und 76 EG. z. BGB. blieben die landesgesetzlichen Vorschriften über Versicherungs- und Verlagsrecht unberührt; Vorbehalte, die zum Teil inzwischen durch das Eingreifen der Reichsgesetzgebung erledigt sind (Erl. zu § 1 Nr. 3 und Nr. 8). Der Vorbehaltsausspruch bedarf nicht der Formel: „unberührt bleiben"; es finden sich eine Anzahl gleichbedeutender Ausdrücke („bleiben in Kraft", können erlassen werden" u. a., Art. 3 EG. z. BGB.), die in Tragweite und Wirkung gleichwertig sind (Stranz in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie I 5a § 3).

Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden (Art. 15 Abs. 2 EG. z. HGB.; Art. 218 EG. z. BGB.).

Die Landesgesetze bleiben ferner nach der oben wiedergegebenen Bestimmung des Art. 15 Abs. 1 soweit in Kraft, als im Handelsgesetzbuch auf sie verwiesen ist (vgl. Anm. 22).

b) Soweit das Landesrecht als Rechtsquelle des Handelsrechts überhaupt in Frage steht, kommt es dabei in der weitesten Bedeutung in Betracht auch als Gewohnheitsrecht. Selbstverständlich hat es nach Art. 2 der Reichsverfassung nur subsidiäre Geltung. Anm. 20.

2. **Die übrigen Reichsgesetze außer dem BGB.** Anm. 21.

a) **Diese sollen nach Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB. durch das HGB. nicht berührt werden.** Also auch dort, wo eine handelsrechtliche Frage in Betracht kommt, sollen, wenn in einem anderen Reichsgesetze etwas Gegenteiliges bestimmt ist, als im HGB., die Bestimmung des anderen Reichsgesetzes entscheiden. Das hat darin seinen Grund, daß man die anderen Reichsgesetze als Spezialgesetze betrachtet, die für besondere Verhältnisse berechnet sind und der Anwendung der Vorschriften eines allgemeinen Gesetzbuchs daher entrückt sein sollen. An sich weicht dies von der Regelung dieses Punktes im früheren Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch ab. Denn ihm gegenüber hatte nach Art. 1 das gesamte bürgerliche Recht, auch das in besonderen Reichsgesetzen niedergelegte, subsidiäre Bedeutung. Indes in den entscheidenden Fällen gelangte man auch unter der Herrschaft des alten Rechts zu dem gleichen Ergebnisse. So nahm man von dem Gesichtspunkte des Spezialgesetzes aus an, daß die in dem Gesetze betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung für die Abtretung von Gesellschaftsanteilen vor-

Allgemeine Einleitung.

geschriebene notarielle Form auch dort gilt, wo die Abtretung ein Handelsgeschäft ist; man argumentierte, jenes Gesetz habe den Charakter eines Spezialgesetzes und habe die notarielle Form ganz allgemein, auch für Handelsgeschäfte, einführen wollen (vgl. 5. Aufl. § 6 Note 1 zu Art. 317). Es war deshalb korrekt und einfach, von vornherein alle Reichsgesetze außer dem BGB. als Spezialgesetze zu betrachten und durch das HGB. für unberührt zu erklären.

Alles das gilt selbstverständlich vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 32 EG. z. BGB., d. h. die Reichsgesetze kommen nur insoweit in Betracht, als sich nicht etwa aus dem BGB. die Aufhebung ergibt.

Anm. 22. b) Soweit in Reichsgesetzen (oder in Landesgesetzen) **verwiesen ist** auf Vorschriften des früheren allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, treten die entsprechenden Vorschriften des jetzigen Handelsgesetzbuchs an deren Stelle (Art. 3 EG. z. HGB.). Hier ist nur an die echte Verweisung gedacht (auf diese bezieht sich auch der entsprechende Art. 4 EG. z. BGB.). Unter Verweisung versteht man den „Ausdruck des Gesetzesinhalts durch Bezugnahme auf einen anderen inhaltlich nicht wiederholten Rechtssatz" (so Zitelmann; vgl. näheres Stranz a. a. O. § 19). Die Verweisung hat drei Spielarten: es werden in Bezug genommen entweder einzelne bestimmte Gesetzesstellen oder durch bestimmte Gesetze geregelte Materien oder ganze Rechtsteile. Als Beispiel einer Verweisung sei angeführt: das Depotges. v. 5. Juli 1896 § 3 lautet: „Der Kommissionär (Art. 360, 378 HGB.), welcher einen Auftrag" usw.; hier treten die §§ 383 und 406 des neuen HGB. an die Stelle. (Über die unechte Verweisung s. Stranz a. a. O. § 20).

Anm. 23. 3. **Das Handelsgewohnheitsrecht.**

a) **Im HGB. ist das Gewohnheitsrecht nicht erwähnt.** Bekanntlich hatte das alte HGB. im Art. 1 das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt, und zwar derart, daß es der Reihenfolge nach hinter dem HGB., aber vor dem bürgerlichen Recht zur Anwendung gelangte. Das neue HGB. überläßt der Wissenschaft die Entscheidung, ob das Handelsgewohnheitsrecht überhaupt als Rechtsquelle anzuerkennen und mit welcher Geltungskraft es auszustatten sei, ob es bloß ergänzende oder auch derogierende Kraft habe (D. 4). Dabei hält die Denkschrift partikulares Gewohnheitsrecht fernerhin überhaupt für ausgeschlossen. Wie hat sich die Wissenschaft zu diesen Fragen zu stellen?

Anm. 24. b) Die Untersuchung der Frage, **ob das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen sei**, ist für das bürgerliche Recht und das Handelsrecht identisch. Denn für das Handelsrecht gilt ja nun keine besondere Bestimmung mehr. Das BGB. hat nach heftiger Kritik des § 2 Entwurf I von einer Regelung des Verhältnisses zwischen dem Gesetzes- und dem Gewohnheitsrecht abgesehen und dies der Wissenschaft und Praxis überlassen (s. insbes. gedr. Protokolle I 3, VI 359 ff.).

Anm. 25 α) Hier sei zunächst die Untersuchung an das vom BGB. anerkannte, aus dem Handelsrecht stammende, mit dem Gewohnheitsrecht verwandte Institut der **Verkehrssitte** angeknüpft. Nach den §§ 157 und 242 BGB., die auch für das Handelsrecht gelten, sind Verträge so auszulegen und Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; demgemäß hat der Richter seine Entscheidung zu treffen. Unbedenklich kann und muß die erstere Vorschrift auf die Auslegung von Rechtsgeschäften überhaupt (also auch von einseitigen, auch von Unterlassungen) ausgedehnt werden (Planck zu § 157; Neumann ebendort; Danz, „Laienverstand und Rechtsprechung" in JheringsJ. 38, 466).

Unter der Verkehrssitte ist eine Übung des Verkehrs zu verstehen, die darauf beruht, daß man das Geübte für sittlich und anständig hält. Sie ist der Ausfluß der Verkehrsmoral. Auch im Verkehrsleben wird nicht immer bloß das beachtet, was das geschriebene Gesetz gebietet, sondern auch das, was Sitte und Anstand gebieten, und darauf, daß dies beachtet wird, muß jeder sich verlassen können, der sich in den Rechtsverkehr begibt. Die Sicherheit des Verkehrs erfordert es ins-

besondere, daß Rechtsgeschäfte, deren Sinn zweifelhaft ist, so ausgelegt werden, wie dies der Auffassung und tatsächlichen Übung redlich denkender, im Verkehrsleben stehender Männer entspricht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß solche Verkehrssitte auch gegen den angewendet werden muß, der nicht die Absicht hatte, sich ihr zu unterwerfen, und der sich nach seinen Anschauungen ihr vielleicht nicht unterworfen hätte. Der Verkehrssitte ist jeder unterworfen, der im Verkehrsleben steht. Daß er nicht weiß, was die tatsächlich geübte Verkehrsmoral gebietet, ist seine Sache, kann aber seinen Verkehrsgenossen nicht zum Nachteil gereichen. Jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen so gedeutet werden, wie dies der Anschauung und der tatsächlichen Übung redlicher Männer entspricht. Wer etwas anderes will, muß dies deutlich erklären. In dieser Weise die Verkehrssitte zu berücksichtigen, gebieten Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Das ist der Sinn des § 157 BGB. Vereinbart z. B. der Prinzipal mit dem Handlungsgehilfen eine vierwöchentliche Kündigung und ist dies nach der Verkehrssitte als eine monatliche Kündigung zu verstehen, so müssen beide die Verkehrssitte gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihnen unbekannt war. Weder dies, noch daß ein Teil wirklich eine vierwöchentliche Frist gewollt hat, kommt in Betracht; vielmehr ist die Frist als eine monatliche zu verstehen und gemäß § 67 HGB. gültig (übereinstimmend Danz in IheringsJ. 36, 405 u. 406; auch Planck zu § 157 steht auf diesem Standpunkte; ebenso LG. I Berlin in KGBl. 01, 98). Wer dies nicht zugibt, verfällt in Unklarheiten. So Cosack (§ 23), der meint, daß die Geltung der Verkehrssitte auf der Unterwerfung durch die Partei beruht, welche Unterwerfung jedoch „blindlings" geschähe; man weiß nicht recht, was damit gemeint ist. So auch Düringer-Hachenburg (I 5), die meinen, daß die Verkehrssitte „zunächst ohne Rücksicht auf den Willen der Partei wirkt", daß aber jeder Partei der Nachweis offen gelassen sei, die Anwendung der Übung sei auf sie ausgeschlossen; aber sie geben nicht an, welchen Inhalt dieser Nachweis denn eigentlich haben müsse. Gegen die hier vertretene Auffassung auch Dernburg (II § 10; näheres hierüber Anm. 9 zu § 346).

β) Wenn nun aber der Richter bei Auslegung von Rechtsgeschäften und bei der Bestimmung der Art bestehender Verpflichtungen den Inhalt von solchen Verkehrsübungen berücksichtigen muß, die ihren Grund in der Verkehrsmoral haben, um wieviel mehr muß er hierbei solche Verkehrsübungen anwenden, die ihren Grund darin haben, daß das Geübte nicht bloß für anständig, sondern für **rechtlich notwendig** erachtet wird! In dem Anwendungsgebiete der §§ 157 und 242 BGB., ist also nicht bloß die auf sittlichen Gründen beruhende Verkehrsübung, sondern auch die **gewohnheitsrechtliche Übung, die Rechtssitte oder das Gewohnheitsrecht**, anzuwenden. Anm. 26.

Das gilt nicht bloß vom sogenannten Reichsgewohnheitsrecht, d. h. einer über das ganze Deutsche Reich sich erstreckenden Rechtsübung, sondern auch von partikularem und örtlichem Gewohnheitsrecht. Auch dieses ist vom Richter zu berücksichtigen, wie auch partikulare und örtliche Verkehrssitten im Bereiche des §§ 157 und 242 BGB. zur Anwendung gelangen.

Die so anerkannten Gewohnheitsrechtssätze sind auch gegen das Gesetz anzuwenden (vgl. auch Danz a. a. O. 463), wie ja auch niemand bezweifeln wird, daß eine Verkehrssitte gegen das geschriebene Gesetz zur Anwendung gelangt. Ist nach dem Gesetze der Preis einer gekauften Sache sofort zu bezahlen, so kommt diese gesetzliche Regel doch nicht zur Anwendung, wenn im Weinhandel ein sechsmonatliches Ziel verkehrsüblich ist, und noch weniger, wenn das rechtsüblich ist. Anm. 27.

Soweit also die §§ 157 und 242 BGB. reichen, ist die Bildung von Gewohnheitsrecht zulässig. Anschauungen, die den eben (Anm. 26 und 27) entwickelten Grundsätzen entgegengesetzt sind, müssen zurückgewiesen werden. So wenn die D. (S. 4) sagt, für ein bloß partikulares oder örtliches Gewohnheitsrecht gegenüber den Vorschriften des BGB. sei kein Raum mehr, es könne daher nicht dahin kommen, Anm. 28.

Allgemeine Einleitung.

daß die Vorschriften der neuen Gesetzbücher alsbald durch die mannigfachsten Rechtsbildungen partikularer und örtlicher Natur durchbrochen werden. Im Geist der neuen Gesetzbücher liegt es gerade umgekehrt, sich den jedesmaligen Verkehrsanschauungen anzuschmiegen, nicht starr zu verharren auf den Anschauungen zur Zeit der Verkündung des Gesetzbuchs, sondern, jedenfalls für den Bereich dieser Paragraphen, immer diejenigen Anschauungen zur Geltung zu bringen, die jeweilig im Verkehrsleben herrschen, sei es als Ausfluß sittlicher Ideen, sei es — und dies sicherlich mit noch größerer Macht — als Ausdruck rechtlicher Notwendigkeit. Die gleichen Argumente sprechen gegen Eck (Vorträge 22), Künßel (bei Gruchot 41, 488), die partikulares Gewohnheitsrecht schlechtweg verwerfen, und ebenso gegen Goldmann-Lilienthal (§ 7), die jedem Gewohnheitsrecht die Geltung versagen, weil es mit unserem modernen Verfassungsleben nicht vereinbar sei. Wir finden es im Gegenteil durch die §§ 242 und 157 BGB. sanktioniert, zunächst wenigstens für den Bereich dieser Paragraphen.

Anm. 29.

γ) Fraglich bleibt nun aber, ob auch **außerhalb des Bereichs der §§ 157 und 242 BGB.** Gewohnheitsrecht möglich ist, und wenn es möglich ist, ob nur Reichsgewohnheitsrecht möglich ist, und welche Kraft es gegenüber dem geschriebenen Gesetze hat.

Diese Fragen sind wie folgt zu beantworten:

Anm. 30.

αα) **Reichsgewohnheitsrecht.** Daß sich Gewohnheitsrecht bilden kann, ist durch die obigen Ausführungen dargetan. Kann es sich nun aber innerhalb eines bestimmten Anwendungsgebietes bilden, so ist es als Rechtsquelle überhaupt anerkannt. In den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten Deutschlands ist das Handelsgewohnheitsrecht sogar als prinzipale Rechtsquelle anerkannt (s. oben Anm. 1). Sonst überall muß es als ergänzende Rechtsquelle anerkannt werden, auch dort, wo die §§ 157 und 242 BGB. nicht in Frage kommen, also insbesondere um neue Rechtsinstitute zu bilden, die das BGB. und das HGB. nicht kennen. In dieser Hinsicht hat es schon früher fruchtbringend gewirkt; so z. B. wenn es das Institut des Blankowechsels, des Genußscheins und die Grundsätze vom Kontokorrent erzeugt hat. Nichts aber zwingt dazu, seine rechtserzeugende Kraft für die Zukunft zu verneinen. Darauf deutet auch Art. 2 EG. z. BGB. hin: Gesetz im Sinne des BGB. ist jede Rechtsnorm. Denn dieser Satz beweist, daß es auch im Sinne des BGB. andere Rechtsquellen neben dem geschriebenen Gesetze gibt. Allein es kann außerhalb des Anwendungsgebiets der §§ 157 und 242 BGB. diese rechtserzeugende Kraft nur einem **Reichs**gewohnheitsrecht zuerkannt werden. Dem Reichsgewohnheitsrecht ist aber nicht nur eine ergänzende Kraft beizulegen, wo Lücken sich zeigen (so Endemann § 12 und Staub in der 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 23, 24), sondern auch eine derogierende, so daß ein allgemeines Gewohnheitsrecht selbst gegen das Gesetz gilt (so Dernburg I § 28; Planck I 38, 39; Künßel bei Gruchot 41, 488). Nur muß die Gewohnheit wirklich eine allgemeine sein, nur darf die Rechtseinheit darunter nicht leiden. Die entgegengesetzte Auffassung verkennt die einer Elementargewalt gleiche Macht der Rechtsüberzeugungen und der Übung. Der Wille, Gewohnheitsrecht — selbst derogierendes — auszuschließen, wäre machtlos und eitel (Stranz a. a. O. § 13). Fraglich bleibt nur, ob sich derogierendes Gewohnheitsrecht auch gegen zwingende Rechtssätze bilden kann; dies ist zu bejahen (Planck I 39; anders Staub 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 24). Endlich kann sich Gewohnheitsrecht selbst sowohl als dispositives wie auch als zwingendes Recht bilden (anders Staub 6./7. Aufl. Anm. 25, der es nur als dispositives Recht anerkannte).

Anm. 31.

ββ) **Landesgewohnheitsrecht.** Partikulares Gewohnheitsrecht kann gegenüber dem Reichsrecht, wenn nicht die Rechtseinheit Schiffbruch leiden soll, weder als widerstreitendes, noch als ergänzendes aufkommen. Dies folgt schon aus dem Kodifikationscharakter der neuen Gesetzbücher sowie aus Art. 55 EG. z. BGB. in Verb. mit Art. 2 dort, vor allem aber aus Art. 2 der Reichsverfassung; auch hier wird man

unter „Gesetz" jede Rechtsnorm, also auch die des Gewohnheitsrechtes, einreihen. **Allgemeine Einleitung.** Dies entspricht auch der herrschenden Ansicht. (Eck [Vorträge 1] will ergänzendes, Krückmann [JheringsJ. 58, 191 ff.] will derogierendes partikulares Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht zulassen. Gegen Krückmann erklären sich Crome [ebendort 39, 323] und Oertmann [ArchBürgR. 15, 447]). Reichsgesetze können freilich besonders auf die Berücksichtigungen partikularen Gewohnheitsrechts hinweisen (z. B. § 72 Abs. 3 des PersStandG. v. 6. Februar 1875). Ferner ist die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts im Rahmen der §§ 157 und 241 BGB. zuzulassen, weil es durch diese Paragraphen sanktioniert ist.

γγ) Schließlich sei hervorgehoben, daß **für die dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiete** die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts sowohl mit abändernder, als auch mit ergänzender Wirkung zulässig ist, es sei denn, daß das Landesgesetz ausdrücklich Vorschriften gibt, die das Gewohnheitsrecht verbieten bzw. einschränken. Doch ist auch hier an die Machtlosigkeit solcher gesetzlichen Aussprüche zu erinnern. Dernburg (I § 28) will — nicht zutreffend — dem Gewohnheitsrechte hier nur dieselbe Kraft beimessen, die es auch bisher nach Landesrecht hatte (Stranz a. a. O § 13). Anm. 32.

c) Da sich hiernach Gewohnheitsrecht bilden kann, **ist es nötig, seinen Begriff und seine Erfordernisse festzustellen** (näheres bei Kipp-Windscheid I § 15 ff.; Gierke, DtschPrR. I 165 ff.; vgl. auch RG. 3, 210). Anm. 33.

α) **Begriff.** Zunächst muß das Gewohnheitsrecht von der Verkehrssitte unterschieden werden (dies geschieht auch scharf in RG. 44, 33). Zwar ist dieser Unterschied im großen und ganzen belanglos, soweit es sich um die Anwendung der §§ 157 und 242 BGB. handelt. Denn insoweit ist eine Verkehrsübung in gleicher Weise zu berücksichtigen, es mag sich um bloße Verkehrssitte oder um eine Rechtssitte handeln. Allein ganz belanglos ist der Unterschied auch hier nicht. Denn wenn die Verkehrssitte keine Rechtsnorm ist, so ist z. B. der Richter befugt, das Bestehen oder Nichtbestehen der Verkehrssitte nachzuprüfen (RG. 44, 34), dann ist ferner die Revision wegen unrichtiger Entscheidung auf diesem Gebiete nicht zulässig. Der Unterschied wird auch sonst bedeutsam, wo die Verkehrssitte in die Anwendung der Gesetzesvorschriften hineinspielt. Wann dies der Fall ist, kann erst bei § 346 erörtert werden.

Die Verkehrssitte und die Rechtssitte (der Gebrauch und das Gewohnheitsrecht) unterscheiden sich nun wie folgt. Beides sind tatsächliche Übungen, aber der Grund der Übung ist bei beiden verschieden. Die Verkehrssitte wird geübt, weil man das so Geübte für sittlich und anständig hält, das Gegenteil eines anständigen Geschäftsverkehrs nicht würdig. Die Übung der Rechtssitte dagegen beruht darauf, daß man das so Geübte für rechtlich notwendig hält, das Gegenteil für rechtswidrig. Mit Unrecht will Danz, dem wir im übrigen in vielen Punkten gefolgt sind, die Verkehrssitte und die Rechtssitte zusammenwerfen. Er tut dies dadurch, daß er die Verkehrssitte zur Rechtssitte erhebt. Der begriffliche Unterschied bleibt aber bestehen. Er liegt darin, daß nur der Rechtssitte, nicht auch der Verkehrssitte die **opinio necessitatis** zugrunde liegt. Anm. 34.

β) **Welches die Erfordernisse** des Gewohnheitsrechts im einzelnen sind, richtet sich in Ermangelung reichsrechtlicher Bestimmungen nach allgemeinen Grundsätzen, wie dies ja auch auf dem Gebiete des Handelsrechts früher der Fall war. Im neuen Reichsrechte, bürgerlichen und Handelsrechte, wird hier dasselbe gelten müssen, was Goldschmidt (§ 36) für das frühere Handelsgewohnheitsrecht lehrte: die freie wissenschaftliche Theorie des gemeinen Rechts wird maßgebend sein, das überall dem verständigen Ermessen des Richters freien Spielraum läßt. Im allgemeinen wird man für erforderlich halten müssen: die in der tatsächlichen und langdauernden Übung zum Ausdruck gelangte allgemeine Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes. Nicht die Über- Anm. 35.

Allgemeine Einleitung.

zeugung allein, ohne die entsprechende Übung (ROHG. 9, 23; RG. 20, 304 und 44, 33), aber auch nicht die Übung allein, ohne die erkennbare opinio necessitatis. Und beides, Überzeugung und Übung, müssen allgemein sein, d. h. nicht gerade ausnahmslos, aber auch nicht bloß vereinzelt und durch zahlreiche entgegengesetzte Erscheinungen paralysiert.

Anm. 36.

d) Eine sehr wichtige Art von Gewohnheitsrecht sind auf dem Gebiete des Handelsrechts die Börsenusancen.

α) Unter dem früheren Recht wurden die Börsenusancen lediglich als Verkehrssitten betrachtet, ihr Charakter als Gewohnheitsrecht aber geleugnet (ROHG. 1, 92; 4, 140; 8, 257; so auch die Auflagen vor 1900 § 10 zu Art. 1), weil sie zahlreiche Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthielten, was ja auf dem Gebiete des Handelsrechts dem Charakter als Gewohnheitsrecht nach Art. 1 entgegenstand. Diese Schranke ist jetzt gefallen. Soweit die §§ 157 und 242 BGB. reichen, kann sich nunmehr Gewohnheitsrecht auch gegen das Gesetz bilden (vgl. oben Anm. 21), und die Börsenusancen bewegen sich ja lediglich auf Gebieten, die innerhalb der Grenzen der §§ 157 und 242 liegen. Im ersten Stadium ihrer Bildung werden allerdings auch die Börsenusancen als bloße Verkehrssitte zu betrachten sein. Zunächst wird der Börsenbesucher sich aus Gründen kaufmännischer Redlichkeit und Sittlichkeit an sie für gebunden halten. Nach und nach aber verdichtet sich die Verkehrssitte zur Rechtssitte, schließlich erachtet man sich an sie rechtlich für gebunden. Insbesondere wird dieses letztere Stadium in dem Zeitpunkte eintreten, wo das maßgebende Börsenorgan die betreffende Usance als feststehend den Interessenten bekannt gibt. Solche Kundgebung ist kein rechterzeugender Akt, aber sie gibt dem Bewußtsein der Notwendigkeit einen festen Halt, sie verwandelt es aus einem Bewußtsein sittlicher Notwendigkeit in ein solches rechtlicher Notwendigkeit.

Anm. 37.

Demgegenüber erklärt Cosack (§ 73 II) Usancen für von den Börsenorganen gesetztes autonomes Recht. **Autonomie ist die Befugnis zum Erlaß von Rechtsatzungen für einen engeren Kreis als den Staat**; sie ist vom Gesetz dadurch unterschieden, daß der Staat die Rechtsnorm nicht feststellt, sondern ihrer Festsetzung (durch regierende Häuser, Gemeinden, öffentlich rechtliche Körperschaften usw.) „bloß Raum gibt" (RG. 23, 26; 38, 124; Dernburg I § 20; Stranz § 13). In Handelssachen hat in früheren Zeiten die Autonomie der Städte und der kaufmännischen Korporationen eine große Rolle gespielt. Den Börsenusancen aber den Charakter einer autonomen, durch die Börsenorgane geschaffenen objektiven Rechtsatzung, die als solche alle Beteiligten unmittelbar bindet, beizulegen, geht nicht an. Cosack meint, das müsse deshalb angenommen werden, weil oft bestimmt werde, daß eine Regel, die im Jahre 1896 in unangefochtener Übung stand, vom 1. Januar 1897 ab außer Kraft treten und einer anderen Regel weichen soll. Gewiß verfahren die Börsenorgane oft in dieser Weise. Das so Festgesetzte ist allerdings zunächst kein Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht ist nur das, was infolge des Bewußtseins rechtlicher Notwendigkeit geübt wird; solche Börsenusancen, die es unstreitig gibt, bilden sich ohne Festsetzung durch das Börsenorgan und werden durch dieses nur fixiert. Auf solche beziehen sich unsere obigen Ausführungen (Anm. 36). Wenn die Börsenorgane aber so vorgehen, wie dies Cosack beschreibt, so sind ihre Festsetzungen zunächst allerdings kein Gewohnheitsrecht, aber sie stellen überhaupt kein Recht dar, sondern sind in folgender Weise zu erklären. Eine solche Festsetzung des Börsenorgans ist eine Bekanntmachung der Börsenorgane, die dahin geht, daß nach ihrem sachverständigen Ermessen die Einhaltung dieser Börsenbedingungen den gegenwärtigen Verhältnissen am meisten entspricht, daß es daher für wünschenswert erachtet wird, wenn die Geschäfte an der Börse möglichst allgemein unter ihrer Zugrundelegung abgeschlossen werden. Ein solcher Ausspruch des leitenden Organs hat zur Folge, daß er in gewisser Weise respektiert wird. Zwar nicht, wie gesetztes Recht. Aber es muß nun nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

Verkehrssitte, nachdem eine solche Bekanntmachung erlassen ist, von jedem Börsenbesucher, der im Rahmen einer organisierten Börse ein Geschäft abschließt, angenommen werden, daß er in Gemäßheit jener Bedingungen handle, wenn er das Gegenteil nicht erklärt. So schafft die Bekanntmachung des Börsenorgans nicht eine singuläre Art von gesetztem Recht, sondern eine nach BGB. zu berücksichtigende Verkehrssitte.

Im Laufe der Zeit entwickelt sich dann aus der Verkehrssitte eine Rechtssitte, da sich nach und nach durch die fortgesetzte Übung die Anschauung festwurzelt, daß man jene Bedingungen gegen sich gelten lassen müsse, weil sie rechtlich bindend seien. Sobald diese letztere Anschauung sich gebildet hat, ist der Inhalt der ohne vorherige Übung vom Börsenorgan veröffentlichten Bedingungen Gewohnheitsrecht geworden. Die Publikation von Börsenbedingungen liegt hiernach bald auf der letzten, bald auf der ersten Etappe desjenigen Weges, den eine Übung zurücklegt, ehe sie sich aus einer Verkehrssitte in eine Rechtssitte verwandelt. Auf der letzten Etappe, wenn sie eine vorhandene Übung fixiert, auf der ersten Etappe, wenn sie neue Bedingungen festsetzt, deren einheitliche Befolgung sie für wünschenswert erachtet.

[1])IV. Die Stellung der Frau im Handelsrecht.

Lit.: Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1903; Zschimmer, Der Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefrau in ZHR. 52, 485ff.; Frankenburger, Die Ehefrau als Handelsfrau oder Inhaberin eines Erwerbsgeschäfts in Holdheim 8, 68ff; Schefold, Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau in ArchZivPrax. 91, 142.

A. **Die Stellung der Frau im Handelsrecht im allgemeinen. Insbesondere die unverheiratete Frau.**

Das Geschlecht als solches begründet nach dem neuen Recht in bezug auf die Geschäftsfähigkeit keinen Unterschied zwischen Männern und Weibern. Das ist im BGB. zwar nicht ausgesprochen, aber daraus zu entnehmen, daß das Gesetzbuch keine Beschränkungen nach dieser Richtung kennt. Demgemäß ist die Frau, insbesondere die unverheiratete, die wir hier zunächst im Auge haben, durch ihr weibliches Geschlecht nicht gehindert, sich durch Verträge zu verpflichten; daraus folgt ihre Fähigkeit, ein Gewerbe und insbesondere ein Handelsgewerbe selbständig zu betreiben. Demgemäß brauchte auch das HGB. nicht, wie früher Art. 6, durch eine besondere Vorschrift auszusprechen, daß auch Frauen selbständig ein Handelsgewerbe betreiben können. Auch ohne solche Vorschrift gilt der Satz: Eine Frau, die ein Handelsgewerbe betreibt, hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Besondere Rechtswohltaten für Frauen kennt das neue bürgerliche Recht nicht. Aber andrerseits sind die Frauen auch nicht besser gestellt, als die Männer. Vielmehr finden die Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt usw. auf sie ebenso Anwendung, wie auf die Männer (RG. in JW. 1897, 167 u. 168). Vgl. daher für den Fall der Minderjährigkeit der Handelsfrau Anm. 20 u. 21 zu § 1.

Anm. 33.

Der Ausdruck „Handelsfrau" ist denn auch im HGB. nicht erwähnt, wohl aber im Börsengesetz in seiner neuen Fassung (§ 58 Abs. 2 BörsG. auf Grund des EG. z. HGB. Art. 14 Nr. III).

---

[1]) An dieser Stelle waren von Staub (6./7. Aufl. S. 12ff.) einige grundlegende Fragen der Beweislast ausführlich erörtert worden. Diese allgemeine theoretische Erörterung von Fragen, die für die prozessuale Anwendung der Rechtssätze des Handelsrechts keine andere ist, als für die im Rechtssystem überhaupt, fällt außerhalb des diesem Werke gesteckten Rahmens und mußte hier ausgeschieden werden, zumal im einzelnen die Beweislast überall, wo sie für die Sätze des Handelsgesetzbuchs praktisch wird, an den zuständigen Stellen eingehende Berücksichtigung gefunden hat. Die Ausführungen Staubs aus der 6./7. Auflage sind stets dort, wo dies erforderlich erschien, noch besonders in Bezug genommen worden.

Allgemeine Einleitung. B. **Insbesondere die Ehefrau als Handelsfrau.**

1. **Die Ehefrau wird dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, Handelsfrau (Kaufmann).** Daß ihr weibliches Geschlecht sie daran nicht hindert, folgt aus dem zu A. Gesagten. Aber auch der Umstand, daß sie verheiratet ist, bildet kein Hindernis (ebenso Schefold 144). Das alte HGB. hatte hier im Art. 7 die Sonderbestimmung, daß eine Ehefrau, um Handelsfrau zu sein, der — übrigens widerruflichen — Einwilligung ihres Ehemannes bedurfte. Ohne die Einwilligung war sie nicht Handelsfrau, auch wenn sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betrieb. Nach dem neuen HGB. gilt dies nicht. Schweigend beseitigt es jene Sonderbestimmung des alten HGB. Infolgedessen gilt für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, dasselbe, wie für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Gewerbe überhaupt zu betreiben und dadurch Gewerbefrau zu werden. Nach dem BGB. aber besitzt die Ehefrau die Fähigkeit, ein Gewerbe zu betreiben, auch ohne die Genehmigung des Mannes. Dies ist zwar im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber es folgt daraus, daß die Ehefrau sich selbständig ohne Zustimmung des Ehemannes durch Rechtsgeschäfte verpflichten kann (§ 1399 BGB.). Dem Gesetzgeber erschien diese Folge so unzweifelhaft, daß er den § 11 Abs. 2 der Gewerbeordnung, der die Befugnis der Ehefrau zum selbständigen Gewerbebetrieb ausdrücklich aussprach, als überflüssig aufhob (Art. 36 I EG. z. BGB.). (Anm. 39.)

Hieraus folgt für das neue Recht und für **neue** (nach dem 31. Dez. 1899 geschlossene) **Ehen** (hinsichtlich der alten vgl. unten Anm. 76ff.): eine Ehefrau kann **ohne Einwilligung ihres Ehemannes** Handelsfrau sein. Dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, wird sie Handelsfrau und erlangt alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Im Falle des § 2 muß also die Eintragung hinzukommen; sie gilt ferner gemäß § 5 als Kaufmann, und zwar als Vollkaufmann, wenn sie irgend ein Gewerbe betreibt und eingetragen wird; auch die im Erl. zu § 5 aufgestellten Grundsätze über die Geltung als Kaufmann beziehen sich auf die Ehefrau. (Anm. 40.)

Im Vorübergehen sei hier nur als selbstverständlich bemerkt, daß die Ehefrau des Kaufmanns durch die Eigenschaft als Ehefrau nicht Handelsfrau wird, selbst wenn sie im Geschäfte des Mannes tätig ist. Eine Haftung der Frau für die Handelsschulden des Mannes richtet sich stets nach den allgemeinen Regeln.

Die Frage, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Zustimmung des Ehemannes ein Handelsgewerbe betreibt, ist sonach für ihre Kaufmannseigenschaft ohne Bedeutung, so daß z. B. der Registerrichter die von der Ehefrau beantragte Eintragung ihrer Firma von der Zustimmung ihres Ehemannes nicht abhängig machen kann (zust. Marcus im „Recht" 00, 522; abw. Ritter 25). Desgleichen ist diese Frage ohne Bedeutung für die Gültigkeit der im Betriebe des Handelsgewerbes übernommenen Verpflichtungen, insbesondere auch in den Fällen, wo für Kaufleute besondere Formfreiheitsvorschriften bestehen (vgl. § 350), und erschwerende materielle Vorschriften (z. B. der Ausschluß der Herabsetzung einer Konventionalstrafe nach § 348). Wohl aber ist die Frage in anderer Hinsicht wichtig, insbesondere für die Wirksamkeit der Verpflichtungen in Bezug auf das Ehegut und für die Mitverantwortlichkeit des Mannes. (Anm. 42ff. u. Anm. 56ff.) - Wegen der Buchführungspflicht siehe zu § 38. (Anm. 41.)

2. **Die Gültigkeit und Wirksamkeit der im Handelsbetriebe der Ehefrau entstehenden Verpflichtungen.** (Anm. 42.)

a) Darauf, daß die Ehefrau weder durch ihr weibliches Geschlecht, noch durch ihre Verheiratung die Fähigkeit einbüßt, sich selbständig zu verpflichten, beruht ihre Fähigkeit, auch ohne Genehmigung des Ehemannes selbständig ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden. Die Verpflichtungen, die sie im Handelsbetriebe eingeht, sind also an sich gültig.

b) Aber mit der abstrakten Gültigkeit der Verpflichtung ist den Gläubigern wenig geholfen. **Es fragt sich, in welche Vermögensstücke den Gläubigern wegen der Handelsschulden** (Anm. 43.)

der Ehefrau der Zugriff gestattet ist. In dieser Beziehung wird der Umstand wichtig, ob der Gewerbebetrieb mit Zustimmung des Mannes erfolgt oder nicht. (Über die Frage, wann diese Zustimmung vorliegt, s. Anm. 59.)

Allgemeine Einleitung.

α) Wenn nämlich die Ehefrau eigenmächtig das Gewerbe betreibt, so haftet lediglich ihr vorbehaltenes Vermögen (über den Umfang des Vorbehaltsguts vgl. die §§ 1365 bis 1370, 1440, 1526, 1549, 1555 BGB.) für die im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten. Ein Zugriff in das eingebrachte Gut oder in das gütergemeinschaftliche Vermögen wegen der Geschäftsverbindlichkeiten ist unzulässig; einen gleichwohl erfolgten Zugriffsversuch kann der Mann durch die Interventionsklage aus § 771 CPO. abschlagen (RG. 32, 291; vgl. auch § 774 CPO.; Sydow-Busch Anm. 1 u. 3 sowie Gaupp-Stein Nr. IIa zu § 771 CPO.).

Anm. 44.

β) Wenn er dagegen seine Zustimmung zum Handelsbetriebe gibt, so haftet nicht bloß das vorbehaltene Vermögen der Frau, sondern auch ihr eingebrachtes Gut (§§ 1412, 1405 BGB.) und auch das Gesamtgut bei bestehender Gütergemeinschaft (§§ 1452, 1459 Abs. 1, 1460, 1532, 1549 BGB.). Das gilt nicht etwa nur für die Verbindlichkeiten aus vom Manne speziell konsentierten Rechtsgeschäften (so zu eng Lehmann-Ring § 1 Nr. 22), sondern für alle diejenigen Verbindlichkeiten, die sich aus Rechtsgeschäften, welche der **konsentierte Geschäftsbetrieb** mit sich bringt, ergeben, und ferner für solche, die infolge eines zu einem derartigen Erwerbsgeschäft gehörigen Rechts oder des Besitzes einer dazu gehörigen Sache entstehen (§§ 1405, 1414, 1462, 1533). Es ist nicht, wie bei der Prokura (§ 49 Abs. 1), von allen Rechtsgeschäften die Rede, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, sondern welche „der" Geschäftsbetrieb, also der betreffende Geschäftsbetrieb mit sich bringt, zu welchem nach Lage der Sache der Mann als zustimmend betrachtet werden muß. Es ist aber andrerseits nicht bloß von solchen Geschäften die Rede, die der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, wie bei der Handlungsvollmacht nach § 54; also auch außerordentliche Rechtshandlungen, wenn sie nur im Rahmen des betreffenden Handelsgewerbes liegen, sind getroffen. Welche Rechtshandlungen in diesem Rahmen liegen, ob z. B. der Erwerb oder die Belastung von Grundstücken, der Abschluß einer Gesellschaft usw., bestimmt sich nach den Anschauungen des Verkehrs unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (vgl. OLGR. 4, 341).

Für die Frage der Zugehörigkeit ist anwendbar § 343 HGB., auch die Vermutung des § 344 und sogar auch die Fiktion des § 344 Abs. 2 greifen Platz (s. die Erl. zu § 344; gleicher Ansicht Planck Anm. 4 zu § 1405 BGB. u. Hölder Not. IV zu § 1405; a. A. Lehmann-Ring § 1 Nr. 22 und Ullmann 127).

3. **Die dinglichen Verfügungen der Ehefrau im Handelsbetriebe.** Auch für diese Frage ist es wichtig, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Einwilligung des Ehemannes das Gewerbe betreibt. Betreibt sie es eigenmächtig, so sind ihre Verfügungen nur in Ansehung ihres vorbehaltenen Vermögens wirksam. Dem Ehemann gegenüber sind sie ungültig und sie haben deshalb keine Wirkung auf die zum eingebrachten Gute und auf die zum Gesamtgute gehörenden Gegenstände. Denn zur Verfügung über eingebrachtes Gut bedarf sie nach § 1395 BGB. der Einwilligung des Mannes; ohne diese Einwilligung ist die Verfügung der Ehefrau auch Dritten gegenüber unwirksam (RG. 54, 46). Und das Gesamtgut untersteht bei bestehender Gütergemeinschaft lediglich der Verwaltung des Mannes (§ 1443 BGB.). — Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes, so sind ihre dinglichen Verfügungen auch gültig in Ansehung ihres eingebrachten Gutes (§§ 1395, 1405 BGB.) und ebenso über gütergemeinschaftliches Vermögen (Cosack § 11 [13]). Letzteres deshalb, weil in der Erteilung der Einwilligung zum selbständigen Betiebe eines Handelsgewerbes eine Verwaltungshandlung des Mannes über das gütergemeinschaftliche Vermögen des Inhalts liegt, daß die Frau auch über gütergemeinschaft-

Anm. 45.

liches Vermögen insoweit verfügen darf, als dies der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt (vgl. § 185 BGB.).

Wie weit der Schutz des gutgläubigen Erwerbers geht, darüber s. Anm. 36 zu § 366 (vgl. auch Teutsch in JW. 02, 383).

Anm. 46.

4. **Die Rechte der Ehefrau an dem zum Handelsgewerbe gehörigen Vermögen.**

a) Diejenigen Gegenstände, mit denen die Ehefrau das Handelsgewerbe **beginnt**, können ihr Vorbehaltsgut oder ihr eingebrachtes Vermögen oder auch gemeinschaftliches Vermögen sein (ebenso die herrschende Meinung; u. a. Planck § 1367 Anm. 5, § 1366 Anm. 1 und Ullmann 7 mit ausführlicher und zutreffender Begründung). Man wird nicht berechtigt sein, das Geschäftsvermögen einer sich verheiratenden Frau eo ipso zum vorbehaltenen Gut zu erklären (so Dernburg IV § 40 und in DJZ. 02, 465, sowie Düringer-Hachenburg I 11), letztere mit der Begründung, weil auch ihr „Arbeitsgerät" im § 1366 BGB. zum vorbehaltenen Gut erklärt sei. Eine ausdehnende Auslegung ist hier nicht statthaft, da es sich um eine Ausnahmevorschrift handelt. Denn die Regel bildet der Charakter des Frauenvermögens als eingebrachtes Gut (vgl. § 1363 BGB.). Auch dadurch, daß der Mann in stehender Ehe eingebrachtes Gut oder Gesamtgut zu dem Zwecke des Geschäftsbetriebes der Frau überläßt, verliert es nicht die Eigenschaft des eingebrachten oder des Gesamtguts (zust. Ullmann 18). Die zum Geschäftsvermögen einer Frau gehörigen Gegenstände können daher in buntem Gemenge den verschiedensten güterrechtlichen Charakter tragen (Cosack § 11, S. 40). Dieser verschiedene Charakter ist dann wichtig, wenn die Ehefrau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt. Denn in diesem Falle haftet das Vermögen den Gläubigern nur, insoweit es vorbehaltenes ist (Anm. 44 α). Wenn sie aber mit Einwilligung des Mannes das Handelsgewerbe betreibt, so ist jener verschiedene Charakter deshalb unerheblich, weil in diesem Falle auch das eingebrachte Gut und das Gesamtgut den Gläubigern haftet (Anm. 44 β). Auch wegen der Gültigkeit der dinglichen Verfügungen ist dieser Unterschied im Falle eigenmächtigen Betriebes wichtig (Anm. 45).

Anm. 47.

b) **Geschäftlicher Erwerb.**

α) Was die Frau **durch den Betrieb** des Erwerbsgeschäfts **erwirbt**, wird bei gesetzlichem Güterrecht stets ihr vorbehaltenes Gut, also auch dann, wenn die Grundlage des Geschäftsbetriebes eingebrachtes Gut war (§ 1367 BGB.). Bei allgemeiner Gütergemeinschaft gehört das Vermögen, das die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt, zum Gesamtgute (§ 1438 BGB.), es sei denn, daß sie das Gewerbe mit Hilfe von vorbehaltenem Vermögen betreibt; in diesem Falle gehört zum Vorbehaltsgut alles, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder durch ein Rechtsgeschäft, welches sich auf das Vorbehaltsgut bezieht oder als Ersatz für einen zum Vorbehaltsgut gehörigen Gegenstand erwirbt (§§ 1440 Abs. 2, 1370 BGB.). Bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft wird ebenso, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, alles, was die Frau erwirbt, gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut, §§ 1519, 1549, 1554 BGB.), insbesondere auch der Erwerb aus dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts (§ 1524 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

Zum Erwerb der Frau (im Sinne dieser Ausführungen) gehört nicht bloß der Reingewinn des Geschäftes, sondern es gehören auch dazu alle einzelnen im Geschäftsbetriebe erworbenen Vermögensstücke, insbesondere auch die durch den Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Forderungen.

Anm. 48.

β) Gleichgültig ist hierbei, ob sie das Erwerbsgeschäft eigenmächtig oder mit Einwilligung ihres Ehemanns betreibt. Es genügt, daß sie die Inhaberin des Geschäfts ist, damit der solchergestalt gemachte Erwerb bei gesetzlichem Güterrecht ihr vorbehaltenes Vermögen wird.

Dabei darf auch nicht, wie dies Cosack (§ 11, S. 40) tut, aus dem Wortlaut des § 1367 BGB. (durch den „selbständigen" Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) geschlossen werden, daß bei gesetzlichem Güterrecht die im konsentierten Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenstände nur dann Vorbehaltsgut der Frau werden, wenn die Frau selbständig, d. h., wie Cosack meint, nicht unter der Oberleitung des Mannes, sondern unter eigener Leitung das Gewerbe betreibt. Dieser ganz besondere Unterschied der „selbständigen" mit Einwilligung des Mannes handeltreibenden Ehefrau von der „unselbständigen", in deren Namen der Mann kraft seines Verwaltungsrechts und unter seiner Oberleitung das Gewerbe betreibt, kann nicht anerkannt werden (gegen Cosack auch Lehmann-Ring § 1 Nr. 29; Zschimmer 487 und OLG. Dresden in OLGR. 4, 341; Cosack treten bei Schefold 143 und Dernburg IV § 35[11]). Unter dem selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ist im § 1367 BGB., wie in den übrigen einschlägigen Stellen (§§ 1405, 1414, 1462 BGB.) nichts weiter als der juristisch selbständige Betrieb verstanden, d. h. der Betrieb im Namen der Ehefrau. Geschieht er mit Einwilligung des Mannes, so betreibt die Frau mit seiner Einwilligung selbständig ein Erwerbsgeschäft. Der Mann kann auf Grund seines Verwaltungsrechts das Gewerbe im Namen der Frau überhaupt nicht betreiben, da er kraft dessen nicht in der Lage ist, die Frau durch seine Verwaltungshandlungen persönlich zu verpflichten (§§ 1375 und 1443 Abs. 2 BGB.; a. A. Ullmann 96, der den Betrieb unter Zustimmung der Frau für zulässig hält, eine Zustimmung, die nach seiner Meinung sogar gemäß § 1379, der doch nur die Ergänzung der Zustimmung zu einem einzelnen Rechtsgeschäft vorsieht, durch das Gericht ersetzt werden kann). Soll der Mann hierzu in die Lage versetzt werden, so muß ihm die Frau besondere Vollmacht dazu erteilen (so auch Engelmann im Staudingerschen Kommentar IV Erl. zu § 1375). Dann aber hat er die Rechtsstellung eines Bevollmächtigten; die Frau ist Prinzipalin und betreibt eben das Handelsgewerbe selbständig, wenn auch mit Zustimmung des Mannes. Die unselbständige Handelsfrau im Sinne Cosacks gibt es hiernach nicht. Diese Auffassung stimmt auch mit den Anschauungen der Reichstagskommission des BGB. (S. 134) überein.

γ) Gleichgültig ist hier überall auch, ob sie Alleininhaberin des Geschäfts ist oder Gesellschafterin, wenn nur der Begriff des selbständigen Betriebes vorliegt. Dieses Erfordernis liegt vor, wenn sie offene Gesellschafterin einer o. HG. oder einer einfachen Kommanditgesellschaft wird, mag ihr auch eine Vertretungsbefugnis nicht zustehen (zust. Dernburg IV § 35[11]). Es liegt nicht vor, wenn sie Kommanditistin ist (denn der Kommanditist ist nach unserer Auffassung nicht Kaufmann, vgl. Anm. 18 zu § 1). Auch dann liegt es nicht vor, wenn sie stille Gesellschafterin ist (zust. Ullmann 17); nach unserer Ansicht aber auch dann nicht, wenn sie Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist (auch diese betreibt das Handelsgewerbe nicht selbständig und ist nicht Kaufmann, wie dies bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien näher ausgeführt werden wird.

5. **Die Handelsehefrau im Prozesse.** (Vgl. Seuffert, Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen CPO., in Gruchot 43, 133 ff.)

a) Jede Ehefrau, also auch jede Gewerbefrau und demnach auch jede Handelsfrau, ist ohne weiteres prozeßfähig. Denn jede Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann (§ 52 CPO.) und die Ehefrau kann sich nach dem BGB. unbeschränkt durch Verträge verpflichten (Anm. 39). Überdies fügt § 52 CPO. noch zur Erhöhung der Klarheit hinzu, daß die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt ist.

Es macht hierbei natürlich keinen Unterschied, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Zustimmung des Ehemannes das Handelsgewerbe betreibt (vgl. auch oben Anm. 48).

Allgemeine Einleitung.

Gleichwohl ist die Frage, ob der Mann den Handelsbetrieb genehmigt hat oder nicht, aus anderen Gründen von erheblicher prozessualer Wichtigkeit.

Anm. 51. α) Es ist dies wichtig für **die Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau**, die ja das praktische Endziel des gegen die Ehefrau geführten Prozesses ist. Zwar zur Zwangsvollstreckung in das vorbehaltene Gut genügt in jedem Falle ein gegen die Ehefrau erlassenes Urteil (Sydow-Busch Anm. 2 zu § 739 CPO.).

Und auch zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut „genügt", wenn die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, nach der Vorschrift des § 741 CPO. Halbsatz 1, grundsätzlich ein gegen die Frau erlassenes Urteil, wenn auch der Ehemann mitbelangt werden darf (Ullmann 220; KG. in DJZ. 04, 124 und in KGBl. 05, 4). Allein hier greifen folgende im Halbsatz 2 desselben Paragraphen enthaltene Einschränkungen Platz:

Anm. 52. Wenn zur Zeit der Rechtshängigkeit des gegen die Ehefrau angestellten Prozesses der Ehemann seine Genehmigung zum Gewerbebetriebe offenkundig versagt hat (über den Begriff der offenkundigen Versagung s. unten Anm. 59), so ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut die Verurteilung der Ehefrau allein nicht genügend. Vielmehr verbleibt es dann für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut, gleichviel ob es sich um den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschafts- oder der Fahrnisgemeinschaft handelt, bei den Bestimmungen des § 739 CPO. und für die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut bei den Bestimmungen des § 740 CPO.

Anm. 53. αα) Danach ist die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nur zulässig (§ 739 CPO.), wenn die Ehefrau zu der Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist. Die Verurteilung zur Duldung kann auch durch einen Zahlungsbefehl erfolgen (RG. 50, 51) und wird ersetzt durch eine vollstreckbare Urkunde gemäß § 794 Abs. 2 CPO. (Über die Berechnung des Streitwerts bei solchen „Duldungsklagen", der für die Regel gleich ist dem Betrage der Forderung, vgl. KG. in OLGR. 11, 43; Gaupp-Stein Nr. IV zu § 739.) Die Klage gegen den Ehemann wird damit begründet, daß der Mann entweder das einzelne Geschäft genehmigt hat, oder daß die Schuld entstanden war zu einer Zeit, wo der Ehemann seine Genehmigung noch nicht oder noch nicht offenkundig versagt hatte. Beide Eheleute brauchen nicht gleichzeitig verklagt zu werden und, selbst wenn es geschieht, liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor (RG. 59, 234 mit ausführlichen Literatur-Angaben über diese bestrittene Frage). Ist die Frau zunächst allein verklagt und verurteilt worden, so schafft das Urteil keine Rechtskraft gegen den Mann; dieser kann im späteren, wider ihn gemäß § 739 CPO. erhobenen Prozeß Einwendungen gegen die Leistungspflicht der Frau erheben, es sei denn, daß er der Prozeßführung gegen die Frau zugestimmt hat (§ 1400 Abs. 1 BGB.). Ist zunächst der Mann gemäß § 739 CPO. verklagt und verurteilt, so erzeugt dieses Urteil ebensowenig Rechtskraft gegenüber der Frau (RG. 59, 235). Wird ohne Verurteilung des Mannes in das eingebrachte Frauengut von den Gläubigern der Frau vollstreckt, so kann der Ehemann Erinnerung gegen die Art der Zwangsvollstreckung gemäß § 766 CPO. oder Widerspruchsklage gemäß § 771 CPO. erheben (abgesehen von dem eben erwähnten Falle der Zustimmung des Mannes zur Prozeßführung; vgl. auch Gaupp-Stein Nr. II zu § 739).

Über den Eintritt des Güterstandes erst nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs gegen die Frau vgl. § 742 CPO.

Anm. 54. ββ) Zur Zwangsvollstreckung gegen das Gesamtgut ist nach § 740 CPO. eine Verurteilung des Mannes (zur Leistung) erforderlich und auch genügend, denn das Gesamtgut unterliegt seiner Verwaltung, er ist insbesondere berechtigt, Rechts-

streitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, aktiv und passiv im eigenen Namen zu führen (§ 1443 BGB.). Das Urteil gegen die Frau in einem mit Zustimmung des Mannes geführten Passivprozeß ist auch gegen den Mann wirksam (RG. 56, 74). Eine allein gegen die Ehefrau geführte Klage kann deswegen nicht abgewiesen werden, weil der Mann nicht mitverklagt ist, aber freilich ist das Urteil lediglich in das Vorbehaltsgut vollstreckbar (RG. in JW. 04, 368[36]). Auch im übrigen — hinsichtlich Klagegrund, Rechtsbehelfe usw. — gilt entsprechend das zu *αα* Ausgeführte; grundsätzlich unzulässig ist es auch nicht, gegen die Frau auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut zu klagen (OLGR. 7, 303; Gaupp-Stein § 740 Nr. I).

Allgemeine Einleitung.

β) Auch für die **Aktivlegitimation der Ehefrau** und für die **Wirkung des (Aktiv-) Urteils gegen den Mann** ist es von Wichtigkeit, ob der Mann seine Zustimmung zum Handelsbetriebe erteilt hat oder nicht. Anm. 55.

αα) Zwar ihre Prozeßfähigkeit besteht, auch wenn sie eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt (Anm. 50), und sie kann Rechte, die zum vorbehaltenen Gut gehören, selbständig einklagen. Also kann sie alle im Geschäftsbetriebe erworbenen Forderungen selbständig einklagen (vgl. Anm. 47). Allein sie kann in diesem Falle ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht im Wege der Klage ohne besondere Zustimmung des Mannes nicht geltend machen (§ 1400 Abs. 2 BGB.), und, wie wir oben (Anm. 46) gesehen haben, können sich auch im Geschäftsvermögen einer Handelsfrau Rechte befinden, die zum eingebrachten Gute gehören. Einer trotzdem erhobenen Klage würde der Einwand mangelnder Sachlegitimation entgegengestellt werden können. Führt die eigenmächtig ihr Geschäft betreibende Handelsfrau einen sonstigen aktiven Rechtsstreit ohne Zustimmung des Mannes, so ist sein Ergebnis, obgleich die Frau insoweit prozeßfähig und sachlich legitimiert ist, dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes unwirksam (§ 1400 Abs. 1 BGB.), und wenn auf Grund des Urteils eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut oder in das Gesamtgut erfolgt (z. B. wegen der festgesetzten Kosten), so steht ihm die Interventionsklage zu (§ 774 CPO.).

ββ) Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Zustimmung des Mannes, so ist seine Zustimmung zu allen solchen Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Er muß sie also alle gegen sich gelten lassen ohne besondere Zustimmung, und der Gegner kann die mangelnde Zustimmung nicht einwenden (§ 1405 BGB.; zust. Zschimmer 502). Anm. 56.

6. **Haftet auch der Mann aus den Gewerbeverbindlichkeiten seiner Frau?** Das ist zu verneinen, wenn die Frau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt; Ausnahmen bilden einzelne Fälle, von denen der § 1388 BGB. handelt. Wenn sie es aber mit seiner Zustimmung betreibt, so haftet er zwar im Falle des gesetzlichen Güterrechts nicht, wohl aber haftet er im Falle der Gütergemeinschaft für solche Schulden als Gesamtschuldner (§§ 1459, 1452, 1405, 1435, 1460, 1530 Abs. 2; 1532; 1519 Abs. 2; 1549 BGB.), also auch persönlich mit seinem eigenen Vermögen. Anm. 57.

7. **Näheres über das Erfordernis der Einwilligung des Mannes in den Handelsbetrieb der Ehefrau.** Anm. 58.

a) Die Einwilligung braucht nicht vom Ehemann persönlich erteilt zu werden; wenn er geschäftsunfähig ist, erteilt sie sein Vormund oder Pfleger (§§ 1409, 1915 BGB.). Aber eine Ersetzung der Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht gibt es nicht (Anm. 65). Ist der Mann abwesend, so kann der Frau nur geholfen werden durch Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den Ehemann (zust. Zschimmer 507). Ist die Frau selbst die Vormünderin ihres Mannes, so bedarf sie der Einwilligung nicht; dann ist sie selbständig (§§ 1426 ff.; 1409 BGB.; Cosack § 11[22]).

Anm. 59.

b) **Die Form** der Einwilligung bzw. Versagung. Die Einwilligung kann ausdrücklich erfolgen oder in konkludenter Weise. Die konkludente Einwilligung besteht insbesondere darin, daß die Frau mit Wissen — wissen müssen genügt nicht — und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt. Dieser Einspruch muß aber, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, entweder dem Dritten bekannt oder in das Güterrechtsregister eingetragen sein, und zwar hier, wo es sich um eine Handelsfrau handelt, nicht bloß in das Güterrechtsregister am Wohnsitze des Mannes, sondern auch an dem Orte der Hauptniederlassung der Frau, wenn dieser von dem Wohnsitze des Mannes verschieden ist; bei der Verlegung der Handelsniederlassung in einen anderen Bezirk ist der Vermerk in das Register dieses Bezirks zu übertragen (§§ 1405, 1435, 1452, 1519, 1549 BGB., Art. 4 EG. z. HGB.). Das gleiche gilt vom Widerruf der Einwilligung (§ 1405 Abs. 3 BGB.). Ist die Versagung der Einwilligung nicht in dieser Weise offenkundig (also entweder dem Dritten bekannt oder eingetragen), so gilt sie dem Dritten gegenüber nicht. Es liegt dann insoweit Handelsbetrieb ohne Einspruch vor.

Anm. 60.

Mit dieser Vorschrift ist allen billigen Anforderungen des Verkehrs Genüge geschehen. Es ist allerdings richtig, daß hiernach eine konkludente Einwilligung nur dann vorhanden ist, wenn der Ehemann von dem Gewerbebetriebe der Ehefrau weiß, wobei das Kennenmüssen dem Kennen hier nicht gleichsteht. Allein es wird wohl nicht gerade häufig vorkommen, daß eine Ehefrau ohne Wissen ihres Mannes ein Gewerbe betreibt. In den allermeisten Fällen wird daher der Blick in das Güterrechtsregister genügen, um Klarheit darüber zu erhalten, ob die Frau eigenmächtig oder mit Einwilligung des Mannes das Gewerbe betreibt. Die Nichteintragung eines Einspruchs oder Widerrufs der Genehmigung wird in den meisten Fällen für diese Annahme genügen, wenn sie auch kein absolutes Zeichen dafür ist, da ja immer noch die Möglichkeit vorliegt, daß der Mann von dem Gewerbebetriebe nichts weiß.

Anm. 61.

Die hier vorgeschriebene Form für den Einspruch des Ehemannes ist nicht nur dann erforderlich, wenn die Ehefrau Handelsfrau ist, sondern auch dann, wenn sie als Handelsfrau gilt, sei es, weil sie ein Gewerbe betreibt, das kein Handelsgewerbe ist, ihre Firma aber trotzdem eingetragen ist (§ 5 HGB.), oder weil sie sonst im Rechtsverkehr als Handelsfrau auftritt (Erl. zu § 5). Auch hier hat der unterlassene Widerspruch des Mannes die dargelegten Rechtsfolgen.

Anm. 62.

Ein in das Güterrechtsregister eingetragener Einspruch ist wertlos, **wenn er den Tatsachen widerspricht.** Das will sagen: wenn der Mann ausdrücklich oder durch eine konkludente Handlung die Einwilligung erteilt oder die Versagung der Einwilligung zurückgenommen hat, so z. B. wenn er im Geschäfte der Ehefrau selbst tätig ist, kann er sich auf die Versagung des Einspruchs nicht berufen.

Anm. 63.

c) Eine ganz andere, hiervon verschiedene Frage ist die, inwieweit der Mann **vom familienrechtlichen Standpunkte** aus als Haupt der ehelichen Gemeinschaft seiner Frau gegenüber berechtigt ist, die Einwilligung zum selbständigen Gewerbebetriebe **zu versagen** oder die erteilte Einwilligung **zurückzunehmen**, und inwieweit die Frau dem betreffenden Befehle des Mannes Folge leisten muß, und welches die Folgen des Ungehorsams der Frau sind. Hierüber gilt folgendes:

α) Prinzipiell hat der Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354 BGB.). Demgemäß kann er bestimmen, ob die Frau ein selbständiges Gewerbe betreiben darf oder nicht. Meist wird er hierbei erheblich interessiert sein, da, wie oben gezeigt, durch den konsentierten Betrieb seine Rechte erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden.

Anm. 64.

Versagt der Mann die Einwilligung und ist die Frau der berechtigten Ansicht, daß hierin ein Mißbrauch seines Untersagungsrechtes liegt, so ist sie berechtigt, den Ge-

horsam zu verweigern. Es kann dies z. B. dann der Fall sein, wenn sie lediglich mit vorbehaltenem Vermögen das Gewerbe beginnt und vollauf Zeit und Muße dazu hat. Versagt der Mann die Einwilligung aus berechtigtem Grunde, so muß sie gehorchen und den Gewerbebetrieb unterlassen. Aber der Ehemann hat in keinem Falle ein Klagerecht direkt auf Unterlassung und die Frau wird auch durch den eigenmächtigen Betrieb Handelsfrau. Noch weniger kann der Mann, wie Cosack (§ 11 Anm. 6) will, das Geschäft der Frau einfach schließen (gegen Cosack auch Schefold 154). Der Mann wird regelmäßig nur auf dem Wege der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (BGB. § 1353 in Verb. mit § 1567 Abs. 2 Nr. 1; CPO. § 606; keine Vollstreckung aus § 888 CPO.) oder einer Feststellungsklage seine Untersagung verwirklichen können (Planck § 1356 Anm. 4; Lehmann-Ring § 1 Nr. 21). Denn die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann nicht bloß zur Beseitigung örtlicher Trennung, sondern in der Regel auch wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten und zum Zwecke der Herbeiführung eines dem Wesen der Ehe entsprechenden Verhaltens des anderen Teils erhoben werden (RG. in JW. 02, 315[25]). Unberechtigter Ungehorsam der Frau kann somit auch als Incidenzpunkt bei einer Ehescheidungsklage in Betracht kommen. — Soweit das Erwerbsgeschäft der Frau persönliche Dienstleistungen voraussetzt, gibt § 1358 dem Manne die Möglichkeit, auf die Erwerbstätigkeit der Frau Einfluß auszuüben (vgl. unten Anm. 73 ff.).

Andererseits kann die Frau zwar, auch wenn sie berechtigterweise den Gehorsam verweigert, den Mann nicht zwingen, die Einwilligung zu erteilen oder die zum eingebrachten oder gar zum Gesamtgut gehörigen Gegenstände ihr zum Zweck des eigenmächtigen Geschäftsbetriebes zu überlassen. Denkbar ist höchstens eine Klage auf Aufhebung der Verwaltung nach Maßgabe des § 1418 BGB., wenn das Verhalten des Mannes die Besorgnis einer erheblichen Gefährdung ihrer Rechte auf das eingebrachte Gut begründet, und in bösen Mißbrauchsfällen die Ehescheidungsklage. Das Vormundschaftsgericht kann nicht helfen, denn dieses kann nur beim Abschluß einzelner Rechtsgeschäfte eingreifen (§ 1402 BGB.). Anm. 65.

β) Kann hiernach der Mann im großen und ganzen nach seinem freien Ermessen die Einwilligung erteilen oder versagen, so kann er auch **nach seinem freien Ermessen** die erteilte Einwilligung **wieder zurückziehen**. Ein Verzicht auf den Widerruf ist ungültig (Düringer-Hachenburg I 10; Lehmann-Ring § 1 Nr. 22; Ullmann 128); auch wenn er im Ehevertrage im voraus ausgesprochen ist (abw. Cosack § 11 Anm. 23 u. Zschimmer 506). Der Widerruf bedarf aber der Eintragung in das Güterrechtsregister oder muß dem Dritten bekannt sein (ebenso wie der Einspruch, vgl. Anm. 59). Anm. 66.

γ) Jedenfalls aber ist die Frage der Einwilligung für die Kaufmannseigenschaft der Frau gleichgültig. In denjenigen Beziehungen, wo es erheblich wird, ob der Mann die Einwilligung erteilt hat oder nicht, geht jedenfalls die Frage den Dritten nichts an, ob der Mann die Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht versagt oder die erteilte Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht zurückzieht. Dem Dritten gegenüber entscheidet lediglich die Frage, ob die Einwilligung erteilt oder offenkundig versagt ist. Anm. 67.

8. **Die Rechte des Mannes an dem Geschäftsvermögen der Ehefrau** bestehen neben der Verpflichtungsfähigkeit und Verfügungsberechtigung der Ehefrau fort. So kann der Ehemann bei gesetzlichem Güterrecht auch dann, wenn die Frau mit oder ohne seine Genehmigung selbständig ein Gewerbe betreibt, ohne ihre Zustimmung über Geld und andere verbrauchbare Sachen verfügen, soweit dieselben eingebrachtes Gut sind (§§ 1376 Nr. 1, 92 BGB.), also unter dieser Voraussetzung insbesondere auch über die zum Warenlager gehörigen Gegenstände. Er kann Verbindlichkeiten der Frau zur Leistung eines zum eingebrachten Gut gehörigen Gegenstandes durch Leistung des Gegenstandes erfüllen (§ 1376 Nr. 3 BGB.). Da Anm. 68.

auch zum Geschäftsvermögen eingebrachtes Gut gehören kann (Anm. 46), so ist dieses Verfügungsrecht des Mannes unter Umständen von Bedeutung. Dagegen umfaßt das Verwaltungsrecht des Mannes nicht die Befugnis des Mannes, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, und gibt ihm auch nicht das Recht, über eingebrachtes Gut, in weiterem Umfange, als dies eben erwähnt ist, zu verfügen (§ 1375 BGB.). Insbesondere steht ihm nach dem in Anm. 47 Gesagten an dem durch den Geschäftsbetrieb erworbenen Vermögen, Forderungen oder sonstigen Gegenständen, ein Verfügungsrecht überhaupt nicht zu, weil diese zum vorbehaltenen Gut der Frau gehören. Aus demselben Grunde fällt auch sein Nießbrauch am eingebrachten Gut, der ihm nach § 1383 BGB. zusteht, an den im Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenständen weg.

Verfügt der Ehemann dinglich über Frauengut, über welches er nicht verfügen darf, so ist die Verfügung unwirksam (vgl. RG. 54, 46, wo das gleiche von Verfügungen der Frau ohne Einwilligung des Mannes gesagt ist). Unter Umständen greift jedoch der gute Glaube des Dritten ein. Verfügt der Ehemann nämlich über das Frauengut im eigenen Namen und als sein eigen und befindet sich der Dritte in gutem Glauben, so greift § 932 Satz 1 BGB. ein (vgl. Dernburg IV § 43 Nr. V). Verfügt er dagegen über die Sache als Frauengut, aber ohne Zustimmung der Frau, so greift § 932 Satz 1 BGB. nicht ein; der gute Glaube des Dritten, als sei der Ehemann befugt zu handeln, nützt nichts.

Bei der Gütergemeinschaft hat der Mann das Verwaltungsrecht über das Gesamtgut. Inwieweit die zum Geschäftsbetriebe gehörigen und die durch den Betrieb erworbenen Gegenstände Gesamtgut werden, darüber s. oben Anm. 46 u. 47. Die Frau persönlich verpflichten kann er durch seine Verwaltungshandlungen nicht (§ 1443 BGB.).

Anm. 69. 9. **Verhältnis der persönlichen Gläubiger des Mannes zu dem Geschäftsvermögen der Frau.**

a) Wie weit haftet das Frauengut den Gläubigern des Mannes?

α) Die Gläubiger des Mannes können Befriedigung aus dem Geschäftsvermögen der Ehefrau, soweit es vorbehaltenes Vermögen enthält, nicht verlangen.

β) Aber auch nicht, soweit es eingebrachtes Vermögen enthält (§ 1410 BGB.). Sollte dennoch eine Pfändung erfolgen, so kann die Frau in den Fällen zu α und β die Interventionsklage anstellen. (Auch Beschwerde erheben? Darüber s. unten Anm. 72.)

Anm. 70. γ) Auch die Rechte, die dem Manne an dem eingebrachten Gute kraft seiner Verwaltung und Nutznießung zustehen, sind nach § 1408 BGB. nicht übertragbar und demgemäß auch nicht pfändbar, was § 861 CPO. ausdrücklich ausspricht. Doch bezieht sich die Unübertragbarkeit und Unpfändbarkeit nur auf die Nutznießung als solche. Die einzelnen auf Grund der Nutznießung dem Ehemann zufließenden Früchte, Revenuen usw. sind bis zu einem gewissen Grade pfändbar (hierüber § 861 CPO.). Die Pfändbarkeit der Einkünfte wird aber für das Handelsleben bedeutungslos, weil die Einkünfte des von der Ehefrau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts ihr vorbehaltenes Vermögen, dem Nießbrauch des Mannes also entzogen werden (Anm. 47).

Anm. 71. δ) Das Gesamtgut haftet bei bestehender Gütergemeinschaft für die persönlichen Verbindlichkeiten des Mannes (§§ 1459, 1530, 1549 BGB.), also auch diejenigen Stücke des Geschäftsvermögens, die zum Gesamtgute gehören, und das sind insbesondere die im Handelsgewerbe erworbenen Gegenstände. Denn zum Gesamtgut gehört alles, was Mann und Frau während der Gütergemeinschaft erwerben (§ 1438 BGB), es sei denn, daß sie das Gewerbe mit vorbehaltenem Vermögen betreiben (vgl. oben Anm. 47).

Anm. 72. b) Darf der Gerichtsvollzieher, der eine persönliche Schuld des Mannes einzutreiben hat, **in den Geschäftsräumen der Handelsfrau** eine Pfändung vornehmen? Nach § 808 CPO. setzt die Pfändung voraus, daß der Schuldner den Gewahrsam der zu pfändenden Sachen hat. Unter Gewahrsam ist sicherlich nichts anderes zu verstehen, als was das BGB. unter Besitz versteht. Der bloße Gewahrsam oder die bloße Detention, wie sie beim Besitzgehilfen nach § 855 BGB. besteht, genügt zweifelsohne nicht. Wenn nun auch bei gesetzlichem Güterstande der Ehemann das Recht

hat, das zum Geschäftsvermögen der Ehefrau gehörige Geld und die dazu gehörigen Waren, soweit diese eingebrachtes Gut sind, kraft seines Verwaltungsrechts zu veräußern (Anm. 68), und wenn auch der Ehemann nach § 1443 BGB. bei Gütergemeinschaft das Recht hat, über das Gesamtgut zu verfügen, und wenn er auch nach § 1373 und 1443 BGB. die zum eingebrachten und zum Gesamtgut gehörigen Sachen in seinen Besitz zu nehmen berechtigt ist, so ist doch, solange die Frau auf ihren Namen ein Gewerbe betreibt, lediglich sie die Besitzerin der zum Geschäftsvermögen gehörigen Gegenstände. Der Mann wird dadurch, daß er im Handelsgewerbe der Frau tätig ist, bloßer Besitzgehilfe im Sinne des § 855 BGB. Denn er gibt dadurch deutlich nach außen zu erkennen, daß das Auftreten der Frau im Rechtsverkehr, kraft dessen sie im eigenen Namen Rechtsgeschäfte abschließen und dadurch auf ihren Namen Eigentum und Besitz erwerben will, billigt und durch seine Tätigkeit fördern will. Er erscheint daher, da er ja kraft seines ehemännlichen Verwaltungsrechts, wie oben (Anm. 68) gezeigt, die Ehefrau durch Rechtsgeschäfte nicht verpflichten kann, lediglich als ihr Bevollmächtigter, zu der er in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, also als ihr Besitzgehilfe. (Das gleiche Ergebnis folgt aus den Ausführungen Dernburgs III § 14.) Auch § 1362 BGB. ändert an diesen Deduktionen nichts, da hiernach nur vermutet wird, daß dasjenige, was die Frau besitzt, dem Manne gehört, d. h. sein Eigentum ist. Zur Pfändung berechtigt das noch nicht, da der Mann die Sache ja nicht besitzt. Höchstens kann sich der Gläubiger auf Grund dieses Paragraphen den Anspruch auf die im Besitze der Frau befindlichen Gegenstände überweisen lassen und alsdann seine Klage auf Herausgabe mit Berufung auf § 1362 BGB. begründen; einer solchen Klage gegenüber hat die Frau die Beweislast, daß die Sache ihr gehöre (vgl. auch Planck, Anm. 1 u. 2 zu § 1362 BGB.).

Es ist daher unzulässig, daß die Gläubiger des Mannes in den Geschäftsräumen der Frau pfänden. Gar zu häufig geschieht dies, um auf diese Weise etwas von der Frau, die nicht Schuldnerin ist, herauszuschlagen. Von den Gerichten wird dies häufig gebilligt, indem sie die Frau darauf vertröten, daß ihr zwar die Beschwerde über die Art der Zwangsvollstreckung versagt, die materielle Interventionsklage aber gestattet sei. Allein auch die bloße Pfändung ist ein Unrecht. Im steten Kampfe mit dem Gerichtsvollzieher kann eine Frau, nachdem der Mann im Verkehrsleben Schiffbruch gelitten hat — und das wird wohl meist der Anlaß zur Etablierung der Frau sein —, das Geschäft nicht betreiben. Sollten aber, was von den Gerichten oft befürchtet wird, fraudulose Verhältnisse vorliegen, so helfen die Anfechtungsvorschriften. Und wenn die Frau nur zum Scheine als Inhaberin des Geschäfts auftritt, so erscheint allerdings auch die unmittelbare Pfändung nicht ungerechtfertigt. Allein für das Vorliegen eines Scheinverhältnisses müssen ganz besondere Tatsachen erfordert werden. Der Umstand allein, daß der Mann im Geschäfte tätig ist, vielleicht gar seine ganze Kraft und Intelligenz dem Geschäfte widmet, begründet ein solches Scheinverhältnis nicht. Dadurch erfüllt er nur seine moralischen Pflichten als Ehemann, und hört jedenfalls nicht auf, bloßer Besitzgehilfe der Frau zu sein. (So auch für das frühere Recht RG. in JW. 99, 538[23]. Für den Fall der Gütergemeinschaft wird jetzt die Frage auf Grund der §§ 740, 741 CPO. anders beantwortet durch den Aufsatz im nicht amtlichen Teil des PrJMBl. 00, 22 ff. und die preuß. Geschäftsanweisung für GerVollz. § 48 Abs. 1—3).

10. **Das Recht des Mannes zur Aufkündigung von Verträgen der Frau auf persönliche Leistungen.** Der § 1358 Abs. 1 BGB. gibt dem Manne das Recht, solche Rechtsverhältnisse ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, durch welche die Frau sich zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet. Er muß jedoch die Ermächtigung hierzu vom Vormundschaftsgericht erhalten. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt. Das Recht fällt fort, wenn der Mann die Zustimmung erteilt oder seine fehlende Zustimmung vom Vormundschaftsgericht ersetzt ist, und endlich, wenn und solange

Anm. 73.

Allgemeine Einleitung.

die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Zustimmung und Kündigung können nur durch den Ehemann erfolgen, nicht durch einen gesetzlichen oder sonstigen Vertreter.

Anm. 74. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht kann auch im Verhältnis des Ehemannes zu seiner handeltreibenden Gattin ausgeübt und hier von großer Bedeutung werden. Man denke z. B. an den Fall, daß eine Ehefrau ein Agenturgeschäft betreibt. Besonders aber kann dieses Kündigungsrecht von entscheidender Bedeutung werden, wenn die Frau Gesellschafterin wird, offene Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft oder einer einfachen Kommanditgesellschaft oder Kommanditistin einer solchen oder Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und sich hierbei zu persönlichen Leistungen verpflichtet. (Vgl. auch § 105 Anm. 26). In solchem Falle kann der Ehemann dieses Rechtsverhältnis kündigen. Indessen soll dies doch wohl nur bedeuten, daß er die Verpflichtung zur persönlichen Leistung zum Stillstand bringen kann, nicht auch, daß er das ganze Rechtsverhältnis, zu dessen Bestandteilen jene Verpflichtung gehört, zur sofortigen Lösung bringen kann. Es würde diese letztere Ansicht weit hinausgehen über die Ziele, die sich der Gesetzgeber bei diesem außerordentlichen Rechtsmittel gesteckt hat. Zur Erreichung dieser Ziele genügt es, daß die Verpflichtung zur persönlichen Dienstleistung aufhört. Welche Folgen sich hieraus ergeben, kann nur die Beschaffenheit des einzelnen Falles lehren. Oft wird der andere Teil hieraus ein Auflösungsrecht entnehmen können.

Unzutreffend ist die Annahme von Düringer-Hachenburg (I 8), daß dem Manne ein Zwangsmittel zur Realisierung der Kündigung nicht zustehe, wenn die Frau nicht gehorche, und daß nur dann die Kündigung für den Dritten von Wirksamkeit sei, wenn die Frau mit dem Manne übereinstimme. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist vielmehr nicht daran zu zweifeln, daß der Mann aus eigenem Rechte das Kündigungsrecht direkt den Gegenkontrahenten der Frau gegenüber auszuüben und dadurch die Verpflichtung der Frau zur Lösung bringen kann. So faßt auch Planck (Anm. 1b zu § 1358) die Sache auf.

Anm. 75. 11. **Ausländische Ehefrau.** Für die Geschäftsfähigkeit einer ausländischen Ehefrau in Ansehung ihres Gewerbes ist es ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist (Art. 36 I EG. z. BGB.). Die ausländische Frau kann also in Deutschland auch ohne Genehmigung ihres Mannes ein selbständiges Gewerbe betreiben und wird dadurch zur Handelsfrau. Dies stimmt übrigens mit dem allgemeinen Prinzip des Art. 7 EG. z. BGB. überein. Im übrigen kann auch hier die Einwilligung des Mannes von Wichtigkeit sein z. B. für die Rechtswirksamkeit der handelsgewerblichen Verfügungen und Prozesse gegen den Mann usw. Ob solche Einwilligung notwendig ist, richtet sich nach dem Güterrechte des Staats, dem der Mann bei Eingehung der Ehe angehörte (Art. 36 I EG. z. BGB.). Daneben gilt jedenfalls die Bestimmung des § 1405 BGB. auch für solche Verhältnisse: das heißt die Einwilligung zum Gewerbebetrieb ersetzt die Einwilligung zu den einzelnen Rechtsgeschäften, und die Einwilligung gilt als erteilt, wenn der Mann weiß, daß die Frau ein Gewerbe betreibt, seinen Einspruch aber nicht dem Dritten mitteilt oder durch Eintragung in das Güterrechtsregister des inländischen Wohnsitzes des Mannes und des Orts der Hauptniederlassung eintragen läßt (Art. 36 EG. z. BGB.; Art. 4 EG. z. HGB.). Gilt hiernach die Einwilligung als erteilt, so haftet für die Verbindlichkeiten der Frau aus dem Gewerbebetrieb das Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Manne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft auch das Gesamtgut (Art. 36 I EG. z. BGB.).

Alles dies gilt auch, wenn die ausländische Handelsfrau ihren Wohnsitz im Auslande hat. Entscheidend ist der Handelsbetrieb im Inlande.

Anm. 76. 12. **Übergangsfragen** (Lit.: Stranz-Gerhard 274 ff.; Wieruszowski bei Gruchot 44, 305; Lehmann in ZHR. 48, 46 ff.

a) Auf diejenigen **Ehen, die am 1. Januar 1900 bestehen,** gelangen die Art. 7 und 8 des alten HGB. zur Anwendung, nach denen eine Ehefrau nur mit Zustimmung des Ehemannes Handelsfrau sein und bleiben kann, die Handelsschulden einer Handelsfrau

aber gültig und in ihr gesamtes Vermögen ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes an ihm vollstreckbar sind. Das kommt daher, daß diese Bestimmungen Fragen des Güterstandes und der Ehe und damit zusammenhängende Geschäftsfähigkeitsfragen regeln, wie ja auch das BGB. alle diese Fragen mitten im ehelichen Güterrecht behandelt. Für Fragen dieser Art ist aber das alte Recht maßgebend, sofern die Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschlossen war (Art. 200 EG. z. BGB.; zust. Lehmann-Ring § 1 Nr. 30; a. A. Planck Anm. 4 zu § 1356, der die Art. 7, 8 durch das neue Recht für beseitigt erklärt, Goldmann I 9, der die Handelsfrau der Gewerbefrau — s. unten Anm. 79 — gleichstellt, und Zschimmer 489). Diese Fragen sind daher nicht, wie Düringer-Hachenburg (I 12) wollen, nach den verschiedenen vor dem 1. Januar 1900 bestehenden Güterrechtssystemen zu beantworten, sondern nach den einheitlichen Vorschriften der früheren Art. 7 und 8 des alten HGB. Die früheren landesrechtlichen Güterrechtsbestimmungen können schon deshalb hier nicht zur Anwendung kommen, weil sie für die hier vorliegenden Fragen durch Art. 7 und 8 des alten HGB. aufgehoben waren und nicht wieder von selbst Geltung erlangen können (vgl. RG. 19, 181).

Allgemeine Einleitung.

b) Dies gilt nicht etwa nur für diejenigen Gewerbe, die auch nach dem alten Rechte Handelsgewerbe waren, sondern auch für solche, die es nur nach dem neuen Rechte sind. Denn es handelt sich nicht um die Frage der Anwendbarkeit der Art. 4, 271 und 272, sondern der Art. 7 und 8 des alten HGB. Diese aber regelten die betreffenden Fragen nicht etwa nur für diejenigen Gewerbe, die nach Art. 4, 271 und 272 des alten HGB. Handelsgewerbe waren. Sie waren mit diesen Artikeln nicht organisch und unlöslich verbunden. Alle hier in Frage kommenden Artikel waren wohl sämtlich Bestandteile eines Gesetzbuchs, aber die in Art. 7 und 8 gegebenen Geschäftsfähigkeits- und ähnlichen Vorschriften setzten nicht einen bestimmten und unwandelbaren Begriff des Handelsgewerbes voraus. Vielmehr würden die Vorschriften der Art. 7 und 8 auch dann anwendbar gewesen sein, wenn die Art. 4, 271 und 272 aus irgend welchem Anlaß einen anderen Inhalt angenommen hätten, wenn z. B. beim sonstigen Fortbestehen des alten HGB. durch ein neues Gesetz eine neue Art von Handelsgeschäften und Handelsgewerben eingeführt worden wäre. Das kann sich aber dadurch nicht ändern, daß nicht bloß die Artikel 4, 271 und 272, die den Begriff des Handelsgewerbes und des Kaufmanns bestimmten, sondern außerdem noch zahlreiche andere Vorschriften des alten HGB. einen veränderten Inhalt erhalten. Für die vorliegende Frage ist dies einflußlos. Für die Fähigkeit der am 1. Januar 1900 verheirateten Frauen, **Handelsfrauen** zu werden, für die Giltigkeit und Wirksamkeit **ihrer Handelsschulden** ist daher das alte Recht maßgebend, und es bezieht sich das auch auf den durch das neue Gesetzbuch veränderten und erweiterten Begriff der Handelsgewerbe. Wenn also z. B. eine frühere Ehefrau ein großes Bergwerk in kaufmännischer Weise betreibt und sich in das Handelsregister eintragen lassen will, um gemäß § 2 Handelsfrau zu werden, so kann sie dies nur tun mit Genehmigung des Mannes, weil auf sie noch der alte Art. 7 zur Anwendung kommt, obwohl der Betrieb eines Bergwerks früher kein Handelsgewerbe war. Wollte man dies nicht annehmen, so müßte man zwar für den Fall, daß eine frühere Ehefrau ein Gewerbe, das auch nach altem Recht Handelsgewerbe war, betreiben will, die Zustimmung des Mannes für erforderlich halten, und für die Gültigkeit und Wirksamkeit ihrer Handelsschulden das alte Handelsrecht entscheiden lassen. Für den Fall aber, daß eine solche Ehefrau ein Gewerbe, das nur nach neuem Handelsrecht ein Handelsgewerbe ist, betreiben will, müßten — nicht etwa die neuen handelsrechtlichen Vorschriften, denn diese finden ja auf die früheren Ehefrauen in der vorliegenden Frage keine Anwendung —, sondern die zahllosen Güterrechte aus früherer Zeit über die Frage entscheiden, ob die Frau ohne Zustimmung des Mannes Handelsfrau werden kann, und inwieweit ihre Handelsschulden giltig und wirksam sind. Dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber sicher nicht gewollt.

Anm. 77.

Allgemeine Einleitung.

Anm. 78.

c) Die behandelten Einschränkungen erstrecken sich **nur** darauf, daß die Eigenschaft als **Handelsfrau** der Ehefrau in den am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen genommen ist. Dagegen hatte das alte HGB. keine Bestimmungen über die **Folgen**, die eintreten, wenn die Ehefrau, dem Gesetz entgegen, ohne Zustimmung des Mannes Handelsgeschäfte vornimmt. Diese Frage war und ist deshalb nach dem jeweiligen Güterrecht zu entscheiden. In fast allen Bundesstaaten, namentlich auch in Preußen, ist dies Güterrecht jetzt dasjenige des BGB., weil es durch die Überleitung in den Ausführungsgesetzen für maßgebend erklärt ist. Wie aber nach dem BGB. die rechtlichen Handlungen einer Frau, die ohne Zustimmung ihres Mannes ein Handelsgeschäft anfängt oder führt, zu beurteilen sind, und welche Wirkung sie ausüben, ist oben Anm. 42ff. auseinandergesetzt (vgl. Stranz-Gerhard S. 275 Anm. 31 und über die Art des Einspruchs gegen ein Erwerbsgeschäft der Frau S. 349 Anm. 15).

Anm. 79.

d) Hinzuzufügen ist übrigens folgendes: Kann die Frau wegen fehlender Zustimmung des Mannes nicht Handelsfrau sein, so kann sie doch **Gewerbefrau** trotz fehlender Zustimmung des Mannes sein. Der § 11 Abs. 2 der GewO. bestimmte ausdrücklich, daß die Frau die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes hatte, gleichviel ob sie verheiratet oder unverheiratet war. Etwaige landesgesetzliche Einschränkungen waren damit reichsgesetzlich beseitigt. Nun ist zwar der § 11 Abs. 2 der GewO. durch Art. 36 I EG. z. BGB. aufgehoben. Aber er findet auf die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen als eherechtliche und damit zusammenhängende Geschäftsfähigkeitsvorschrift weiter Anwendung und ist überdies nur aufgehoben, weil die allgemeinen Vorschriften genügen (Mot. EG. 130). Es ist somit bei der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Ehefrau in bezug auf den **Gewerbebetrieb** auch bei alten Ehen geblieben. Selbstverständlich regelt sich das Rechtsverhältnis der Ehegatten und die Rechtsstellung Dritter, wenn der Mann nicht einverstanden war, nach dem BGB.

Anm. 80.

e) Schließlich ist zu bemerken, daß die Landesgesetzgebung an dem hier geschilderten Rechtszustande nichts ändern kann, weil nach Art. 218 EG. z. BGB. dies nur dort geschehen kann, wo die bisherigen Landesgesetze in Kraft bleiben, während hier bisheriges Reichsrecht in Kraft bleibt.

Erstes Buch.
Handelsstand.

Erster Abschnitt.
Kaufleute.

§ 1.

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. § 1.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Lit: Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht, ZHR. 48, 418ff.; 49, 29ff.

Einleitung. **Inhalt des vorliegenden Paragraphen.** In Abs. 1 gibt er die Definition des Kaufmanns. Ein Hauptbestandteil dieser Definition ist der Begriff Handelsgewerbe. Der zweite Absatz beschäftigt sich mit diesem letzteren Begriffe, aber ohne ihn erschöpfend zu behandeln. Vielmehr wird hier nur eine Klasse der vom neuen HGB. anerkannten Handelsgewerbe, diejenigen „kraft Gegenstands des Gewerbes" (Anm. 31), behandelt. Die andere Klasse wird in § 2 abgehandelt.

Hiernach zerfällt der Inhalt des vorliegenden Paragraphen in I (Abs. 1) Definition des Kaufmanns, II (Abs. 2) die erste Klasse der Handelsgewerbe.

I. (Abs. 1.) **Die Definition des Kaufmanns.** Anm. 1.

A. **Vorbemerkung.** Der Paragraph will zwar nur eine Begriffsbestimmung des Kaufmanns **im Sinne dieses Gesetzbuchs** (einschl. des EG.) geben. Allein, wenn nicht im ein=

§ 1. zelnen Falle zwingende Auslegungsgründe dagegen sprechen, wird dieser Begriff des Kaufmanns auch für andere Reichs- und Landesgesetze in privat- und namentlich in handelsrechtlichen Materien als maßgebend zu erachten sein. Für die gleichzeitig mit dem HGB. oder später erlassenen Gesetze ist dies ohne weiteres anzunehmen (so z. B. wenn das BGB. im § 196 Nr. 1 bei der Verjährung von Ansprüchen von Kaufleuten spricht, wiewohl dem Gesetzgeber, der neben den „Kaufleuten" „die Fabrikanten" nennt, der Kaufmannsbegriff des alten HGB. vorgeschwebt hat; vgl. Planck Anm. 2 zu § 196). Für die früheren Gesetze ergibt sich dies aus Art. 3 des EG. z. HGB. Zwar heißt es da nur, daß dort, wo auf die Vorschriften des Allg. deutschen Handelsgesetzbuchs verwiesen ist, das neue HGB. an die Stelle tritt. Im Wege der Analogie wird man den Gesetzeswillen aber ohne jeden Zwang dahin auslegen können, daß auch der diesen früheren Gesetzen zugrunde liegende Begriff des Kaufmanns sich nunmehr nach dem neuen HGB. bestimmt. (So im § 101 GVG. alter Fassung; im § 8 des AbzRG. v. 16. Mai 1894; ferner in §§ 1, 8—11 des DepotRG. v. 5. Juli 1896, vgl. Düringer-Hachenburg I 24.) Auch für das öffentliche Recht, z. B. die Gewerbe-, Steuer-, Straf-, Prozeßgesetze, wird für die Regel der Kaufmannsbegriff des HGB. anzuwenden sein, z. B. im § 15a GewO., zitiert in Art. 9 EG., im § 1 usw. des KfmGG. v. 6. 7. 04: „Streitigkeiten zwischen Kaufleuten einerseits" usw. Auch das pr. Ges. über die Handelskammern v. $\frac{\text{24. Februar 1870}}{\text{19. August 1897}}$ hat (namentlich im § 3) den Kaufmannsbegriff des HGB. für sich angenommen (s. Lastig in der bei § 2 angegebenen Schrift S. 541). Aus besonderen Umständen, die im Gebiet des öffentlichen Rechts häufiger vorliegen werden, wird man das Gegenteil folgern dürfen. (Abweichend in der Grundauffassung, weniger im praktischen Ergebnis Lehmann-Ring Nr. 1.)

Anm. 2. Der hier niedergelegte juristische Begriff des Kaufmanns deckt sich nicht mit dem wirtschaftlichen, z. B. wenn zahlreiche Handwerker als Kaufleute gelten. Wirtschaftlich ist Kaufmann, wer Handel treibt. Handel ist die auf Vermittlung des Güterumlaufs zwischen Produzenten und Konsumenten gerichtete Erwerbstätigkeit (Conrad, Handwörterbuch unter „Handel"). Über verschiedene Arten des Handels s. Gierke § 10. Ebensowenig deckt sich der juristische Begriff immer mit den Anschauungen des Lebens, z. B. wenn von Gesetzes wegen der Dienstmann oder der Staat (als Eisenbahnunternehmer) als Kaufmann gelten.

Anm. 3. B. **Inhalt der Definition: Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.** Es ist nicht, wie früher (Art. 4) gesagt: Kaufmann ist, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. Es ist also nicht der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern der des Handelsgewerbes zugrunde gelegt. Von einem kodifizierten Recht der verschiedenen Handelsgeschäfte (objektives System, Hauptausgangspunkt des alten HGB.) ist das neue HGB. grundsätzlich zu einem Sonderrechte des Handelsgewerbes, der Kaufleute für ihren Gewerbebetrieb (subjektives System, Kaufmannsrecht) fortgeschritten; mit Ausnahmen freilich, da ihm auch Nichtkaufleute in mannigfacher Hinsicht unterworfen werden (Thöl § 25; Schirrmeister 426; Lastig in der bei § 2 angegebenen Schrift S. 545ff.).

Handelsgewerbe ist nicht bloß der gewerbsmäßige Betrieb der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Geschäfte, der früheren absoluten und relativen Handelsgeschäfte (Handelsgewerbe im materiellen Sinne), sondern auch jedes andere kaufmännisch betriebene Gewerbe, wofern der Unternehmer ins Firmenregister eingetragen ist (§ 2, Handelsgewerbe im formellen Sinne). Der Kaufmannsbegriff hat daher eine wesentliche Erweiterung erfahren.

Der Begriff Handelsgeschäft aber wird nicht hier, sondern im § 343 definiert. Er setzt die Begriffe Handelsgewerbe und Kaufmann voraus und bedeutet jedes Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Im alten HGB. (Art. 4) setzte dagegen der Begriff Kaufmann den der Handelsgeschäfte (Art. 271ff.) voraus.

C. **Die einzelnen Bestandteile der Definition des Kaufmannsbegriffes.**

Anm. 4. 1. **Wer ein Handelsgewerbe betreibt**, ist Kaufmann, sagt das Gesetz. Irgendwelches besondere subjektive Erfordernis ist für den Betrieb eines Handelsgewerbes

nicht aufgestellt. Daraus folgt, daß ein **Handelsgewerbe** jeder betreiben kann, der **nach den Vorschriften des BGB. ein Gewerbe betreiben kann.** Aber auch **hierfür** bestehen nach dem BGB. keine besonderen Fähigkeitsbedingungen. Ein Gewerbe betreiben kann jeder, der fähig ist, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, mit anderen Worten: jedes rechtsfähige Rechtsgebilde. — Zunächst also die natürlichen Personen (§ 1 BGB.), gleichviel ob Mann oder Frau (vgl. Allg. Einl. IV), geschäftsfähig oder nicht (Anm. 20ff.), gleichviel welchen Standes, also auch Mitglieder des hohen Adels (RJA. 2, 227). Sodann die juristischen Personen (§§ 21ff., besonders auch § 80 BGB.; § 33 HGB.), auch Körperschaften öffentlichen Rechts (die — politische oder kirchliche — Gemeinde, der Staat, auch geistliche Orden, Klöster — Chartreuse —), was jetzt angesichts des § 36 HGB. nicht mehr zweifelhaft sein kann (vgl. näheres zu den §§ 33 und 36). — Ferner die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften (§ 124 und § 161 Abs. 2). — Nicht aber die sonstigen Personenvereinigungen ohne juristische Persönlichkeit, die nichtrechtsfähigen Vereine (§ 54 BGB.); auf diese finden vielmehr die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anwendung. Diese aber ist als solche nicht rechtsfähig. Weder ist sie juristische Person, noch ist ihr formelle Parteifähigkeit verliehen. Damit ist es aber selbstverständlich nicht für rechtlich unmöglich erklärt, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt. Wenn in einem solchen Falle die Gesellschafter keine gemeinschaftliche Firma wählen, liegt keine offene Handelsgesellschaft vor, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die mehreren Gesellschafter sind Einzelkaufleute (näheres Anm. 20 zu § 105). — Gemeinschuldner sind rechtsfähig und deshalb auch fähig, ein Gewerbe, also auch ein Handelsgewerbe zu betreiben. Es fehlt ihnen zwar das Recht, über ihr zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, aber nicht die Fähigkeit, sich durch Verträge aller Art für ihr sonstiges und künftiges Vermögen zu verpflichten (§§ 1, 6, 7 KO.; RG. 29, 74). **§ 1.**

Hiermit ist aber nur die Frage beantwortet, wer als **Träger** des Gewerbebetriebs, der durch den Betrieb entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten, denkbar ist. Eine hiervon verschiedene Frage ist, welche Erfordernisse bei den einzelnen Personenkategorien dazu gehören, damit ein rechtsgültiger Gewerbebetrieb und damit ein Gewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes vorliege. Nicht jedes Rechtssubjekt ist rechtlich fähig, **selbständig** ein Gewerbe zu betreiben. Hierüber im Nachfolgenden (Anm. 20ff.). Anm. 5.

2. **Ein Handelsgewerbe** muß die Person betreiben, damit sie Kaufmann sei. Anm. 6.

a) **Ein Gewerbe.** Zunächst muß die entwickelte Tätigkeit ein Gewerbe darstellen. Der Begriff des Gewerbes muß für das HGB., das ihn voraussetzt und ihn auch nicht der GewO. entlehnt, selbständig entwickelt werden. **Die Erfordernisse sind folgende:**

α) **Zur Gewerbsmäßigkeit** gehört, daß die Absicht nicht auf einzelne Geschäfte, sondern einheitlich auf einen **ganzen Komplex** von Geschäften in fortgesetzt gleichartiger Tätigkeit (RG. in JW. 99, 282[16]) gerichtet ist, und daß ferner die Absicht dahin geht, aus **dieser** Tätigkeit eine **dauernde Einnahmequelle** zu machen (RG. 38, 20 und die dort angeführte Lit.).

αα) Es muß die Absicht bestehen, aus **dieser** Tätigkeit dauernden Gewinn zu ziehen. Es würde keine Gewerbemäßigkeit vorliegen, wenn jemand gewisse Rechtsgeschäfte (z. B. Zahlungsvermittlungen) zwar oft vornimmt, aber nicht in der Absicht, aus **ihnen** selbst dauernd Gewinn zu erzielen, sondern nur, um diese Tätigkeit für sonstige Zwecke (z. B. Grundstücksspekulation) nutzbar zu machen. Denn es genügt nicht ein irgendwie geartetes Interesse, sondern eben nur die Absicht, aus der Tätigkeit selbst Einnahmen zu erzielen (RG. 38, 22).

ββ) **Gewinn** muß man erzielen wollen. Als Kaufmann würde nicht zu erachten sein, wer ein Handelsgewerbe aus irgendwelchen Gründen lediglich in der Weise betreibt, daß er nur seine Selbstkosten decken will, z. B. um die Bedeutung einer von ihm gemachten Erfindung aus wissenschaftlichen Zwecken zu demonstrieren; oder aus Wohltätigkeit, z. B. derart, daß die Waren nur am Markt und zu ermäßigten, einen Anm. 7.

§ 1. Gewinn nicht abwerfenden Preisen abgegeben werden. Hieraus folgt, daß ein (dem Genossenschaftsgesetz nicht unterstehender) Konsumverein, der nur an Mitglieder für deren eigenen Bedarf gute Waren zu möglichst billigen Preisen abgibt, kein Gewerbe betreibt; er bezweckt Verminderung der Ausgaben für die Mitglieder, keine Vermehrung der Einnahmen, daher keinen „Gewinn". Die Verteilung einer Dividende ist dann belanglos, wenn sie die Rückzahlung eines Teils des für die Waren entrichteten Preises darstellt (RG. in RJA. 2, 22; vgl. auch § 105 Anm. 13).

Aber man braucht nicht etwa mit jedem Geschäfte Gewinn erzielen zu wollen. Die Gewinnabsicht braucht nur die den ganzen Betrieb beherrschende Tendenz zu sein. Ist dies der Fall, so liegt Gewerbemäßigkeit auch dann vor, wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, nicht bei jedem einzelnen Geschäft obwaltet, wenn z. B. ein einzelnes Geschäft auch unentgeltlich gemacht wird (vgl. auch RG. 33, 109 f.). Auch schadet es nicht, wenn ein Geschäft mit Verlust gemacht wird, sei es wider Erwarten oder gar mit Absicht, z. B. um Kunden zu gewinnen.

Anm. 8. *γγ)* Eine **dauernde** Einnahmequelle muß beabsichtigt sein. Das ist der Gegensatz zum bloß gelegentlichen Betriebe (ROHG. 14, 118), z. B. wenn jemand nach Gelegenheit Botengänge ausführt. Der Betrieb muß, wie Cosack (§ 7) mit Recht betont, ein planmäßiger sein, einerlei, ob sich der Plan auf lange oder kurze Zeit (z. B. Restauration während eines Jahrmarktes) erstreckt. Der Fiskus wird z. B. dadurch nicht Kaufmann, daß er den Betrieb eines ihm als Erbschaft zufallenden Geschäfts so lange fortsetzt, bis die Nachlaßschulden gedeckt sind; eine Frau nicht dadurch, daß sie jahrelang Spekulationsgeschäfte macht (Bolze 2 Nr. 712; RG. in JW. 94, 19[46]; s. hierzu Anm. 30).

Anm. 9. *δδ)* Zum Begriffe der Gewerbsmäßigkeit ist übrigens eine Tätigkeit erforderlich, **die mittels kaufmännischer oder allenfalls technischer Kenntnisse und Fertigkeiten dem** Zweck der Gewinnerzielung nachstrebt. Wo diese Mittel einen höheren Charakter tragen, wo die Tätigkeit in das Bereich der Kunst und Wissenschaft gehört, da kann man das Unternehmen nicht mehr ein gewerbliches Unternehmen nennen. Deshalb gehören der Arzt, Rechtsanwalt, Bildhauer, Maler, Komponist, Schriftsteller, Lehrer, der öffentliche Beamte, auch der Zahnarzt nicht zu den Gewerbetreibenden in diesem Sinne (s. auch D. 11). Selbst wenn sie Erwerbszwecke verfolgen, so sind diese doch nicht das ihre Tätigkeit beherrschende Moment, wenigstens sollen sie es nicht sein; der Sprachgebrauch spricht vom „Beruf", nicht vom Gewerbe (Lehmann-Ring Nr. 6). Ihre Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte auf ihrer Seite, auch wenn sie in der Anschaffung und Veräußerung von Gegenständen bestehen, so z. B. wenn der Maler die Farben und die Leinwand, der Bildhauer den Marmor, der Zahnarzt das Material zu den Gebissen anschafft, weil solche Anschaffungen gegenüber der Aufgabe und dem Wesen des Berufs als nebensächlich zurücktreten (Düringer-Hachenburg I 27).

Auch **der Arzt als solcher** (ebenso der Zahnarzt) betreibt im Sinne des HGB. kein Gewerbe, sondern „dem Wesen der Sache und der allgemeinen Auffassung nach" einen wissenschaftlichen Beruf (Dernburg I § 95[8]). Die Einbeziehung der Ärzte unter die Gewerbetreibenden (§ 29 GewO.) kann nur auf die besonderen und ausdrücklichen Bestimmungen der Gewerbeordnung bezogen werden; sie hat keineswegs die Ärzte allseitig ihren Vorschriften unterworfen (§ 6 Abs. 1 GewO.). Bedeutungslos ist auch für unsere Frage, wenn im Sinne von Steuergesetzen (z. B. Rges. v. 13. Mai 1870; vgl. RG. 39, 134) oder im Sinne des Ges. über unlauteren Wettbewerb (vgl. Pinner UnlW. 12) die ärztliche Tätigkeit als Gewerbe angesehen wird. Wie aber, wenn der Arzt zugleich Inhaber einer Heilanstalt ist? Dann ist zu unterscheiden: ob der Anstaltsbetrieb sich als Förderungsmittel der, wenn auch mit Gewinnbezug verbundenen, ärztlichen Berufstätigkeit unterordnet — in diesem Falle kein Gewerbe —; oder ob er selbständiges Mittel zur Erzielung einer dauernden Einnahme-

quelle, ob er Selbstzweck ist — in diesem Fall Gewerbe. Danach fehlt z. B. das Moment der Gewerbsmäßigkeit, wenn der Arzt wesentlich für Lehr- und Untersuchungszwecke, für eigene Fortbildung, sachgemäße Ausübung seines Berufes usw. eine Anstalt hält, selbst wenn hierbei eine mäßige Verzinsung des Anlagekapitals erzielt wird. Andererseits ist es z. B. vorhanden, wenn der Arzt hauptsächlich gerade aus der Gewährung von Aufenthalt und Unterhalt Gewinn zu ziehen beabsichtigt, wofür als Moment ins Gewicht fällt, daß die Kranken in der Hauptsache nicht von ihm, sondern von anderen Ärzten (Hausärzten, Spezialisten) behandelt werden (KG. in RJA. 2, 27 und in OLGR. 8, 89; PrOVG. in DJZ. 98, 331). Die Grenzlinie wird oft schwer zu ziehen sein. Gegen diese Unterscheidung und für die Verneinung der Kaufmannseigenschaft in allen Fällen hat sich Marcus ausgesprochen („Recht" 04, 9 ff.). Der ärztliche Anstaltsinhaber kann übrigens nur Kaufmann im Sinne des § 2, nie im Sinne von Abs. 2 des § 1, etwa der Nr. 1 dort sein, weil in der Anschaffung der Waren (Nahrungs-, Genuß-, Heilmittel usw.) und Verabreichung an die Kranken nicht der Gegenstand des Unternehmens zu finden ist (RJA. 2, 25; s. auch Anm. 85). § 1.

Theaterunternehmungen sind in der Regel gewerbliche, weil sie im allgemeinen wirtschaftliche Selbstzwecke verfolgen und dauernde Einnahmequellen bilden sollen; Ausnahmen sind denkbar (s. auch § 2 Anm. 3).

εε) Gewerbsmäßigkeit ist auch dann vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen als gewinnsüchtigen, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen, oder wie bei einer Sparkasse gemeinnützigen Zwecken (OLG. Jena in RJA. 2, 23), oder wie beim gewerbetreibenden Staat der öffentlichen Wohlfahrt (s. auch § 36 Anm. 10 über den Staat als Kaufmann). Derartige Endzwecke des Gewerbebetriebes heben den Begriff des Gewerbebetriebes erst dann auf, wenn die Absicht der Gewinnerzielung überhaupt nicht besteht, wenn etwa die Handhabung der Geschäfte in der Weise erfolgt, daß nur die Selbstkosten gedeckt werden (s. Anm. 7), oder wenn etwa die Statuten eines kirchlichen Vereins, der Herbergen und Kosthäuser für wandernde Gesellen usw. unterhält, unter Ausschluß der Gewinnabsicht die Pflege kirchlichen Sinnes und Lebens als Zweck verfolgen (KG. in RJA. 4, 206). War aber dieser Ausschluß in dem vom KG. (a. a. O.) entschiedenen Falle gegeben? Dort erschien vielmehr durch die wirtschaftlichen Einzelunternehmungen des kirchlichen Vereins die Gewinnerzielung beabsichtigt, und dann ist es gleichgültig, ob der Unternehmer den erzielten Gewinn für die Zwecke kirchlichen Lebens verwendet. Wird aber Gewinnerzielung beabsichtigt, so ist es gleichgültig, daß der Unternehmer den erzielten Gewinn zu anderen Zwecken zu verwenden gedenkt. Anm. 10.

β) Liegen die angegebenen Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit vor, dann ist jedes, auch das erste, auf Grund der Absicht dauernden Gewinnes abgeschlossene Geschäft als gewerbsmäßig anzusehen; desgleichen auch die sog. Vorbereitungsgeschäfte, z. B. der Ankauf der Einrichtungsgegenstände, das Engagieren der Gehilfen, die Anschaffung der Ware, deren Veräußerung in jener Absicht bezweckt wird (RGSt. 27, 227; weitere Judikatur s. Anm. 15 zu § 123 u. Erl. zu § 343). Würde jemand nach dem ersten Geschäft vom Schlage gerührt, so wäre er als Kaufmann gestorben (Gierke § 17). Anm. 10a.

γ) **Weitere Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit gibt es nicht.** Anm. 11.

Es gehört zur Gewerbsmäßigkeit nicht ein gewisser Umfang des Betriebes. Dieser hat vielmehr höchstens auf die Frage der Eigenschaft als Vollkaufmann Einfluß (§ 4), im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2 freilich auch auf die Eigenschaft als Kaufmann. Aber er ist in diesen Fällen ein selbständiges Merkmal neben der Gewerbsmäßigkeit.

Nicht gehört zur Gewerbsmäßigkeit, daß der auf den Abschluß einer Reihe von Geschäften gerichtete Wille sich dem Publikum gegenüber kundgibt. Das Gegenteil nimmt zwar das RG. an (JW. 94, 19[46]), dem sich viele Schriftsteller an- Anm. 12.

§ 1. schließen (s. Goldmann I 3). Allein auch für das Gebiet des Strafrechts wird dieses Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit nicht aufgestellt (Olshausen Anm. 2 zu § 260 StGB.). — Vgl. unten Anm. 30, wo die Manifestation gegenüber dem Publikum als selbständiges Erfordernis der Kaufmannseigenschaft ebenso abgelehnt wird, wie sie hier als Element der Gewerbsmäßigkeit abgelehnt wird.

Anm. 13. δ) Ob im Einzelfall gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, ist Frage rechtlicher und tatsächlicher Beurteilung der konkreten Sachlage (ROHG. 14, 117). Wer aus der Gewerbsmäßigkeit rechtliche Folgerungen zu seinen Gunsten herleiten will, muß sie dartun und beweisen. Die Eideszuschiebung genügt dazu im allgemeinen nicht (OLG. München in ZHR. 42, 496).

Anm. 14. b) **Ein Handels-Gewerbe** muß vorliegen. Darüber, wann das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, enthält das HGB. genaue Bestimmungen, die für den Begriff „Gewerbe" fehlen (Anm. 6). Es verhalten sich hierüber der Absatz 2 des vorliegenden Paragraphen und der § 2. Ob ein Handelsgewerbe im wirtschaftlichen Sinne (oben Anm. 2) vorliegt, ist belanglos. — Näheres weiter unten Anm. 31 ff. und zu § 2.

Anm. 15. 3. **Betreiben** muß die Person das Handelsgewerbe, damit sie Kaufman sei.

a) Dazu gehört, daß die Geschäfte **im Namen der betreffenden Person**, des „Geschäftsprinzipals" (Geschäftsherrn), abgeschlossen werden (RG. 13, 146; KG. in KGJ. 26 A S. 214).

Nicht notwendig **auf** den Namen der betreffenden Person, wie öfters ungenau, statt „im" Namen gesagt wird. Weicht der bürgerliche Name von der Firma ab, so ist der Inhaber der Firma derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Schulze, der Müllers Geschäft mit der Firma Müller übernommen hat, ist derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, nicht Müller, der jetzt von Renten lebt.

Anm. 16. Im Namen der betreffenden Person müssen also die Geschäfte geschlossen werden.

α) In diesem Sinne betreibt das Geschäft derjenige, welcher die Rechte und Verpflichtungen aus dem Geschäft überkommt, der Herr des Geschäfts im juristischen Sinne (KGJ. 26 A S. 214). An sich kann man Handelsgeschäfte auch im Namen eines anderen betreiben (s. §§ 49 u. 54). Die Definition wäre daher präziser gewesen, wenn sie vom Betreiben der Handelsgeschäfte in **eigenem Namen** gesprochen hätte (Thöl § 38; Gierke § 12), aber es ist unzweifelhaft, daß dies gemeint ist.

β) In diesem Sinne betreibt das Handelsgewerbe nicht bloß derjenige, der es durch persönliche Tätigkeit betreibt, sondern auch der, welcher es mit fremder Hilfe durch Dritte betreiben läßt, z. B. die Ehefrau durch den Ehemann (RGSt. in JW. 93, 419[1]), die Witwe durch den Prokuristen.

Anm. 17. γ) Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Geschäfte auch **für Rechnung** dessen gehen, in dessen Namen sie geschlossen werden, daß ihm der Ertrag zukommt (Thöl § 38; RG. 37, 61 und im SächsArch. 6, 586; zust. BayObLG. in OLGR. 3, 406 und KG. dort 8, 248; s. a. Anm. 29). Umgekehrt ist derjenige nicht Kaufmann, für dessen Rechnung die Geschäfte abgeschlossen werden, wenn dies nicht in seinem Namen geschieht. Nur darf der Geschäftsinhaber, in dessen Namen der Betrieb erfolgt, nicht einfach vorgeschoben sein, z. B. ein Wickelkind von seinem Vater (RG. 3, 120; 37, 61).

Anm. 18. δ) Nicht erforderlich ist, daß die Betriebsmittel dem Prinzipal gehören (Cosack § 7 S. 23).

Nach alledem (α bis δ) ist, um Beispiele anzuführen, nicht Kaufmann der Prokurist, der Handlungsgehilfe (RG. in JW. 02, 424[29]), der Liquidator einer ihm fremden Gesellschaft, der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft (RG. in JW. 90, 70[6]), der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Aktionär als solcher, das Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solches, der stille Gesellschafter, der Konkursverwalter (Jaeger § 6[22]; s. a. unten Anm. 25), der Bevormundete, wenn der Vormund das Gewerbe zwar für Rechnung des Mündels, aber im eigenen Namen betreibt. Wohl aber ist Kaufmann der Vormund im letzteren

Falle, das persönlich haftende Mitglied einer stillen oder einfachen Kommanditgesellschaft, der Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft, dieser jedoch nur in seiner Eigenschaft als offener Gesellschafter, nicht überhaupt, „er ist Kaufmann, nicht Einzelkaufmann" (Thöl § 38; Hahn § 5; RGSt. 29, 348; s. auch ROHG. 14, 281; 16, 380; anders Puchelt Art. 4, 10; Allfeld S. 41). Ob der Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft Kaufmann ist, darüber soll an zuständiger Stelle gehandelt werden (Anm. 11 zu § 320). Der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist kein Kaufmann, er ist nur Mitglied einer juristischen Person. Der Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft ist kein Kaufmann (vgl. § 161 Anm. 6). Zwar wird das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben (§ 161), aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur derjenige betrachtet, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt (oben Anm. 16). Als Kommanditist aber riskiert er nur ein bestimmtes Kapital, beteiligt sich mit ihm bei einer Handelsgesellschaft, ist aber kein Unternehmer eines Handelsgeschäfts. Die Frage ist streitig (vgl. die Dissertationen von Seligmann und Kielhorn über die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten); zustimmend Gierke § 12; Goldmann § 7[a]; a. M. Lehmann Nr. 13 unter Hinweis auf RG. 32, 399, das aber nur die Frage entscheidet, ob der Kommanditist als Zeuge vernommen werden kann (vgl. hierüber Anm. 17 zu § 161). — § 1.

Über den, der zuläßt, daß ein anderer in seinem Namen ein Handelsgewerbe betreibt, s. Anm. 12 zu § 15. — Anm. 19.

b) Rechtsgültig muß der Betrieb sein. — Anm. 20

α) Wenn auch jede rechtsfähige Person Subjekt des Handelsgewerbes sein kann (Anm. 4), so ist doch nicht jedes Rechtssubjekt fähig, selbständig ein Gewerbe zu betreiben, d. h. zum Gewerbebetrieb gehörige Rechtsakte mit voller Wirksamkeit in eigener Person und ohne fremde Mitwirkung vorzunehmen. Dies kann vielmehr nur, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen im Rechtsverkehr (Dernburg I §§ 60ff.), **wer geschäftsfähig ist**, d. h. wer fähig ist, selbständig, durch eigene Handlungen, seine Rechte und Pflichten zu gestalten (§§ 104ff. BGB.). Wem diese Fähigkeit in vollem Umfange mangelt („Geschäftsunfähige" § 104 BGB.) oder nur in beschränkter Weise zusteht („in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte", §§ 106, 114 BGB.), der bedarf zum gültigen Handelsgewerbebetriebe der Zustimmung oder der Mitwirkung oder Vertretung einer anderen Person. Führt aber jemand ein Geschäft ohne die Erfordernisse eines rechtsgültigen Gewerbebetriebes, z. B. ein Minderjähriger ohne Einwilligung des Vormunds, so ist dies kein Handelsgewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes; er wird dadurch nicht Kaufmann, seine Geschäfte sind nicht Handelsgeschäfte, er kann insbesondere auch nicht wegen unterlassener Buchführung bestraft werden (RGSt. 26, 94; 36, 357).

Im einzelnen ist hier zu erwähnen: Geisteskranke können ein Handelsgewerbe selbstständig überhaupt nicht betreiben (§§ 104, 105 BGB.), ebensowenig Kinder unter 7 Jahren. — Minderjährige über 7 Jahre (näheres: Frankenburger, Minderjährige als Kaufleute in Holdheim 8, 91) bedürfen der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (Vaters, Vormunds), die mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch allgemein zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts erteilt werden kann (§§ 107, 112 BGB.). Dann ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, und insoweit auch prozeßfähig (§ 52 CPO.). Diese Regel gilt auch für einzelne Akte, die der Gewalthaber seiner Genehmigung vorbehalten oder gar verboten hat. Vorbehalt und Verbot sind bedeutungslos (Planck § 112[1]; Cosack § 12[2a]; a. M. Düringer-Hachenburg I 15). Die erteilte Ermächtigung kann nur mit Genehmigung des Gerichts zurückgenommen werden. Hauskinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter elterlicher Gewalt, welche die Vertretung des Kindes um- — Anm. 21.

§ 1. faßt; für sie gilt hinsichtlich des selbständigen Gewerbebetriebes das, was für Minderjährige überhaupt gilt (§§ 1626, 1630 BGB.). Ein Volljähriger steht unter väterlicher Gewalt nicht mehr. Dem Volljährigen steht der für volljährig Erklärte gleich (§ 3 Abs. 2 BGB.). Der wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte steht in Ansehung der Geschäftsfähigkeit dem Minderjährigen über 7 Jahre gleich (§ 114 BGB.). — Für die Unselbständigen (Bevormundeten oder Hauskinder) kann der gesetzliche Vertreter (Vormund oder Vater) das Gewerbe in ihrem Namen betreiben. Will er im Namen des Mündels, bzw. Kindes, ein neues Erwerbsgeschäft beginnen, oder der Vormund (nicht der Vater!) ein bestehendes auflösen, so „soll" er dazu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen. In diesen Fällen handelt es sich ausnahmsweise nur um eine Ordnungsvorschrift, die Kaufmannseigenschaft wird dadurch nicht berührt, die Eintragung in das Firmenregister, die Wirksamkeit der vorgenommenen Einzelgeschäfte dadurch nicht gehindert, daß die Genehmigung nicht eingeholt oder versagt ist (§§ 1823, 1897, 1645 BGB.). Das Einschreiten ist Sache des Vormundschaftsgerichts (zust. KG. in RJA. 1, 105). Nach § 1827 Abs. 2 BGB. soll das Vormundschaftsgericht den über 18 Jahre alten Mündel vor Beginn oder Auflösung eines Geschäftes, soweit tunlich, hören. Zur Fortführung des dem Mündel ohne Entgelt zufallenden Geschäfts und zur Führung eines Geschäfts im eigenen Namen bedarf es auch dieser Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter nicht. Dagegen bedarf der Vormund zur Gültigkeit eines Vertrags, der im Interesse des Mündels auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Geschäfts gerichtet ist, und zur Abschließung eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr. 3 BGB.): das gleiche gilt vom Vater des Hauskindes (§ 1643 BGB.). — Außerdem ist darauf aufmerksam zu machen, daß der gesetzliche Vertreter (Vormund oder Vater) zu verschiedenen Arten von Rechtsakten die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht, und zwar auch dann, wenn der Gewerbebetrieb genehmigt ist, oder der Genehmigung nicht bedarf (§§ 1643, 1820, 1822 BGB.). In den gleichen Fällen bedarf auch der beschränkt Geschäftsfähige, der die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zum Gewerbebetrieb erhalten hat und dadurch insoweit unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, der Genehmigung des Gewalthabers und des Vormundschaftgerichts (§ 112 BGB.). Das sind insbesondere Verträge über Grundstücke, Aufnahme von Darlehen, Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, von Bürgschaften, Erteilung einer Prokura usw. Doch kann das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung zu gewissen Geschäften, nicht zu allen, ein für allemal erteilen (§ 1825 BGB.), und zwar dem gesetzlichen Vertreter, nicht dem Minderjährigen für seinen Geschäftsbetrieb (a. M. Düringer-Hachenburg I 15; gegen ihn Planck § 1825[5]; Cosack § 12[11a]). Ohne die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sind alle diese Geschäfte unwirksam.

Die elterliche Nutznießung erstreckt sich auf den Ertrag eines Geschäftes, das der elterliche Gewalthaber im Namen des Hauskindes betreibt (näheres § 1655 BGB.). Sie fällt weg, wenn das Geschäft zum freien Vermögen gehört, also insbesondere auch dann, wenn das Kind den Gewerbebetrieb mit Ermächtigung selbständig führt (§ 1651 Nr. 1 BGB.).

Über die Fähigkeit der Frau zum Betrieb des Handelsgewerbes s. Allg. Einl. Anm. 38 ff.

Anm. 22. β) Zur Rechtsgültigkeit des Betriebes gehört auch, daß die Rechtsgeschäfte **um ihrer selbst willen nicht ungültig sind.** Der Gewerbebetrieb eines Wucherers fällt zwar äußerlich unter § 1 Nr. 4, aber seine Geschäfte sind wegen § 138 BGB. nichtig, sein Gewerbebetrieb daher kein Handelsgewerbe, er selbst nicht Kaufmann, wenn er es nicht aus anderen Gründen ist. Das gleiche gilt vom gewerbsmäßigen Betrieb ungültiger Börsentermingeschäfte und Differenzgeschäfte (zustimmend Lehmann-Ring § 7 und Nr. 4).

Dagegen reicht die bloße Anfechtbarkeit der Geschäfte, der Umstand, daß der Gewerbebetrieb ganz oder zum Teil auf Täuschung abzielt, nicht aus, um die Kaufmannseigenschaft zu verneinen (vgl. Bolze 18 Nr. 253). Desgleichen reicht dazu ein Verbot des öffentlichen Rechts (§ 7; s. a. unten Anm. 26) oder des Privatrechts (§§ 60, 72, 112, 236) oder eines Privatvertrages nicht aus (s. Erl. zu § 7). **§ 1.**

D. **Wo diese drei** (zu C. 1, 2, 3 aufgestellten) **Erfordernisse zusammentreffen, ist Kaufmannseigenschaft vorhanden,** und zwar Anm. 23.

1. **soweit sie vorhanden sind.** Die Kaufmannseigenschaft ergreift nicht die Gesamtpersönlichkeit, — abgesehen von juristischen Personen, die, wie die Aktiengesellschaften, kraft ihrer Rechtsform ganz Kaufleute sind — sondern nur das Gebiet ihres kaufmännischen Betriebs. „Sie ist nicht eine die ganze rechtliche Individualität durchdringende Standesqualität, sondern eine dem Betrieb des Handelsgewerbes entspringende Folgerung: jenseits dieses Gebiets kommt sie nicht weiter in Betracht" (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 32). Der Beamte, der Anwalt, der Staat als Inhaber eines Bank- oder Fabrikgeschäftes unterliegen außerhalb des Handelsgewerbebetriebs dem bürgerlichen Recht (unten Anm. 28; vgl. auch § 3 Anm. 14: Landwirt mit kaufmännischem Nebengewerbe). Betreibt eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie mit Bezug auf das eine Vollkaufmann, mit Bezug auf das andere Minder- oder Nichtkaufmann sein (ROHG. 11, 343). Doch trifft dies nur zu, wenn wirklich mehrere getrennte Gewerbebetriebe stattfinden, nicht z. B. wenn ein technischer Betrieb die Grundlage für den Betrieb eines Handelsgewerbes bildet, wie dies beim Fabrikanten regelmäßig der Fall ist (ROHG. 11, 387). — Sind kaufmännischer und sonstiger Gewerbebetrieb nicht getrennt („gemischte Gewerbebetriebe" — Cosack § 8 III), so ist der Gewerbetreibende Kaufmann, wenn der kaufmännische Teil eine gewisse Selbständigkeit gegenüber dem sonstigen hat; z. B. wenn ein kleiner Logierwirt eine Restauration auch für Nichthotelgäste betreibt.

2. **so lange jene Erfordernisse vorhanden sind**; für Beginn, Fortdauer und Ende sind sie entscheidend (ROHG. 17, 168; RG. 13, 152). Daher hat derjenige, der die Kaufmannseigenschaft behauptet, die tatsächlichen Unterlagen hierfür beizubringen und zu beweisen, daß der Betreffende zur fraglichen Zeit ein Handelsgewerbe betrieben hat (s. a. Anm. 20). Über den Beginn des Gewerbebetriebs s. oben Anm. 10a und § 343 Anm. 14ff. Er setzt nicht voraus, daß man sich sofort persönlich mit der Führung des Geschäfts befaßt (RG. in JW. 99, 372[26]). Eine rechtliche Vermutung, daß jemand, der Kaufmann gewesen ist, es auch verbleibt, besteht nicht. Ein Rechtssatz, daß Veränderungen nicht vermutet werden, gilt im heutigen Zivilprozeß nicht (Bolze 4 Nr. 12 30, 13 Nr. 658). Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß sich die Beweislast durch faktische Vermutungen umkehrt (ROHG. 19, 37; RG. bei Gruchot 36, 1068). Hier werden die regelmäßigen Erfahrungssätze des Lebens (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 58ff.) eine große Rolle spielen. Auch ändert sich diese Beweislast, sobald die Eintragung erfolgt ist (Anm. 7 zu § 5, ferner Anm. 16 im Exk. zu § 8). Anm. 24

Die Kaufmannseigenschaft hört auf beim Wegfall eines der gesetzlichen Erfordernisse. Verliert z. B. der Kaufmann die Geschäftsfähigkeit und betreibt er gleichwohl das Gewerbe selbst weiter, so ist dies doch kein Gewerbebetrieb im gesetzlichen Sinne mehr (s. oben Anm. 20). Insbesondere aber hört die Kaufmannseigenschaft auf, wenn der Gewerbebetrieb eingestellt wird. Der Umstand, daß zeitweilig keine Geschäfte abgeschlossen werden, reicht dazu nicht aus (ROHG. 8, 47). Beim Eintritt des Konkurses ist dies für die Regel der Fall, nicht bloß dann, wenn der Konkursverwalter den Betrieb einstellt (RG. 13, 152), sondern auch, wenn er das Geschäft fortführt, weil sich die Akte des Verwalters als obrigkeitlicher Zwangsverkauf einer beschlagnahmten Vermögensmasse darstellen (vgl. RG. 29, 29), ferner auch weil sie ohne die Absicht auf eine dauernde Einnahmequelle den eng begrenzten Zweck verfolgen, die vorhandenen Schulden und die Verwaltungskosten zu decken (s. oben Anm. 7 u. 8; zustimmend RG. in JW. 02, 186; Jaeger § 6[22], jetzt auch Cosack 25[21]; s. auch Hahn § 4 zu Art. 4). Anders wenn der Kridar Anm. 25.

§ 1. nach der Konkurseröffnung fortfährt, gewerbsmäßig Handelsgeschäfte zu betreiben; dann bleibt er Kaufmann (RG. 13, 152). Bei den juristischen Personen hört durch die Konkurseröffnung wie ihre Rechtsfähigkeit (vgl. § 42 BGB.; § 292 Nr. 3 HGB.) so ihre Kaufmannseigenschaft auf (Lehmann-Ring Nr. 34). Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, ihr Eintritt in den Liquidationszustand beendigt die Kaufmannseigenschaft nicht unbedingt sofort. Ist das Handelsgewerbe zur Zeit der Auflösung noch vorhanden und wird es liquidiert, so liegt darin immer noch der Betrieb eines Handelsgewerbes. Zwar haben die Gesellschafter beschlossen, das Handelsgewerbe nicht mehr dauernd zu betreiben, aber was nunmehr geschieht, sind doch immer noch Gewerbebetriebsakte, wenn auch die letzten. Die so abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte (ROHG. 23, 144; Düringer-Hachenburg I 36; Makower 4). Auch die juristischen Personen verlieren während der Liquidation nicht unbedingt die Kaufmannseigenschaft (§ 49 Abs. 2 BGB.; § 294 Abs. 2 HGB.). Ebenso wird der Einzelkaufmann dadurch nicht Nichtkaufmann, daß er beschließt, das Gewerbe einzustellen und nur noch „liquidiert". So sagt auch das RG. (in JW. 03, 64[8]): „Auch die von einem Kaufmann zum Zweck der Liquidation geschlossenen Verträge gehören zum Betriebe des Handelsgewerbes." Die Veräußerung des ganzen Handelsgeschäfts ist für die Regel, aber nicht notwendig, der letzte Akt kaufmännischer Tätigkeit; dann z. B. nicht, wenn es erst einige Zeit nach Vertragsschluß zu übergeben ist und bis dorthin fortgeführt wird (RG. in JW. 99, 494[32]; vgl. auch § 343 Anm. 26). Im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2 endlich hört die Kaufmannseigenschaft auch dann auf, wenn das Gewerbe einen so geringen Umfang annimmt, daß es keine kaufmännische Einrichtung mehr erfordert. Aber in diesen Fällen gilt der Eingetragene für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann vermöge des § 5 (s. die Erl. zu diesem).

Anm. 26. E. **Es ist unzulässig, weitere Erfordernisse für die Kaufmannseigenschaft aufzustellen.**

1. **Zu ihrer Begründung gehört nicht die Beobachtung der einschlägigen öffentlichrechtlichen, insbes. polizeilichen und steuergesetzlichen Vorschriften,** noch ist es erheblich, daß diese Vorschriften einem bestimmten Gewerbebetrieb überhaupt entgegenstehen (s. hierüber zu § 7; s. a. oben Anm. 22 a. E.).

Anm. 27. Auch die Eintragung in das Handelsregister ist in den Fällen des § 1 Abs. 2 nicht erforderlich, also wenn die Kaufmannseigenschaft durch den Betrieb eines reinen Handelsgewerbes begründet wird. Anders im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2.

Anm. 28. 2. **Der Betrieb des Handelsgewerbes braucht nicht den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf zu bilden** (RGSt. 8, 147). Der Gewerbebetrieb braucht nicht „die Grundlage der sozialen Existenz zu sein" (Allfeld 30). Auch der Künstler, der Beamte, der Soldat, der nebenher ein Handelsgewerbe betreibt, ist für diesen Betrieb Kaufmann (oben Anm. 23).

Anm. 29. 3. **Der Betrieb der Handelsgeschäfte braucht nicht von Grund aus auf freiem Entschlusse zu beruhen.** Es können auch Gesetze und Verträge auf die Art des Betriebes bestimmend einwirken, ohne daß die Kaufmannseigenschaft beseitigt würde. So ist der Apotheker Kaufmann, obgleich er hinsichtlich der Waren und ihrer Preise gesetzlichem Zwang unterliegt (KGJ. 3, 10; RGSt. 24, 426; RG. in JW. 95, 228; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1160). Ebenso der Lotteriekollekteur (ROHG. 23, 213). Ebenso der Pächter eines Stadttheaters trotz der ihm vom Stadtrat auferlegten Beschränkungen (OLG. Dresden in OLGR. 8, 250). Ein Restaurateur, der im eigenen Namen für eigene Rechnung Speisen und Getränke verabfolgt, büßt seine Kaufmannseigenschaft dadurch nicht ein, daß er vertragsmäßig verpflichtet ist, ausschließlich von einer bestimmten Firma Weine zu beziehen und sie zu festgestellten Preisen abzugeben, auch ein festes Gehalt als teilweisen Ersatz seiner Dienste und Spesen von jener Firma bezieht (Bolze 9 Nr. 232; zustimmend OLG. München KGJ. 23 D S. 17).

4. **Nicht erforderlich ist ferner, daß der Handeltreibende dem Publikum gegenüber als solcher auftritt.** Das ROHG. (22, 303) hat das Gegenteil ausgesprochen, das Reichsgericht scheint sich unserem Standpunkt zuzuneigen (Bolze 18 Nr. 253). Dem ROHG. folgen die meisten Schriftsteller. Das Erfordernis kann nicht anerkannt werden, weil das Gesetz es nicht aufstellt und es in der Natur der Sache nicht begründet ist. Nur ist andererseits zu betonen, daß in dem wenn auch häufigen Abschluß von Erwerbsgeschäften in der Mehrzahl derjenigen Fälle, in denen es heimlich geschieht, die Kaufmannseigenschaft deshalb nicht vorliegen wird, weil der Begriff der Gewerbsmäßigkeit fehlen wird, indem jene Geschäftsabschlüsse trotz ihrer Häufigkeit den Charakter der Gelegentlichkeit (Anm. 8) an sich tragen werden. So wenn Ärzte, Richter, Anwälte, Ehefrauen in Wertpapieren spekulieren (s. z. B. Bolze 2 Nr. 712, wo entschieden ist, daß eine Ehefrau dadurch noch nicht Handelsfrau wird, daß sie jahrelang dauernd Spekulationsgeschäfte durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat). — Vgl. oben Anm. 12, wo dargelegt ist, wie das Reichsgericht das Merkmal der Willensmanifestation gegenüber dem Publikum als dem Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit wesentlich betrachtet, jedoch unseres Erachtens auch dies zu Unrecht.

§ 1. Anm. 30.

II. (Abs. 2.) Die erste Klasse der Handelsgewerbe.

Anm. 31.

A. **Vorbemerkung.** Wie oben in der Einleitung gezeigt, enthält Abs. 2 unseres Paragraphen nicht eine erschöpfende Definition des Begriffes Handelsgewerbe, sondern zählt nur eine Klasse von Handelsgewerben auf. Und zwar diejenigen Handelsgewerbe, die unmittelbar dadurch begründet werden, daß die betreffende Person eine der hier aufgezählten Arten von Geschäften gewerbsmäßig abschließt; allein auf den **Gegenstand** des Gewerbebetriebs ist das entscheidende Gewicht gelegt. **Anders bei der zweiten Klasse** (§ 2). Die Gewerbe aus § 2, bei denen die **Betriebsweise** zum Merkmal erhoben ist, werden erst durch die hinzukommende Eintragung Handelsgewerbe; es besteht Eintragungszwang. Der § 3 Abs. 2 schafft keine neue Klasse von Handelsgewerben; die dort erwähnten fallen begrifflich unter § 1 oder § 2 — nur ist die Eintragung, in beiden Fällen Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft, ein Recht, aber keine Pflicht des Unternehmers.

Treffende Namen mit allgemeinem Anklang sind noch nicht gefunden worden. Aus der Leporello-Liste seien hervorgehoben: reine und hypothetische Handelsgewerbe (Staub in der 6./7. Aufl.); natürliche (§ 1) und künstliche (§§ 2, 3), (Lehmann-Ring); absolute und relative (Goldmann); Muß- (§ 1), Soll- (§ 2), Kannkaufleute (§ 3), (Simon); Kaufleute kraft Gesetzes und kraft Eintragung (entweder zwangsweiser oder freiwilliger, Cosack); Berufskaufleute und Registerkaufleute (Dernburg). Das rechte Wort fehlt noch. Will man nur deutlich sein, so mag man sagen: Handelsgewerbe kraft Gegenstands des Gewerbes (§ 1) und kraft Betriebsart des Gewerbes und Eintragung (§ 2).

Ohne Rücksicht auf den Gegenstand, nur wegen ihrer Rechtsform hat das HGB. gewisse Unternehmen zu Handelsgewerben (fingierten) und ihre Träger, durchweg jur. Personen, zu Kaufleuten (Kaufleuten kraft Rechtsform) erklärt. Über diese Gruppe s. § 6 Abs. 2.

Indem wir zu der Darstellung der Handelsgewerbe übergehen, können wir nicht umhin, in Erinnerung an das alte Recht zu erwähnen, **daß das neue HGB. den Begriff der absoluten Handelsgeschäfte abgeschafft hat.** Es gibt keine Geschäfte mehr, welche, einzeln abgeschlossen, um ihrer selbst willen Handelsgeschäfte sind. Die im Art. 271 des alten HGB. aufgezählten Handelsgeschäfte sind (bis auf das Darlehn gegen Verbodmung, „da es als Gegenstand eines selbständigen Handelsgewerbes nicht vorkommt", D. 12) nunmehr eingereiht worden in den Kreis derjenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bedeutet. Sie sind nach früherer Terminologie relative Handelsgeschäfte, nach der jetzigen Rechtslage reine Grundhandelsgeschäfte geworden, da ihr Betrieb von selbst ohne hinzukommende Eintragung zum Kaufmann macht. (Der Ausdruck Handelsgrundgeschäfte, den die 6./7. Aufl. gebrauchte, hat sich nicht eingebürgert.)

§ 1. B. **Die 9 Arten der reinen Grundhandelsgeschäfte.** Der Katalog ist ein erschöpfender und
Anm. 32. schließt jede Analogie aus (RG. in RJA. 2, 230). Das Wort „Handelsgeschäft“ wird übrigens im Leben und im Gesetz in zweierlei Bedeutung gebraucht: zur Bezeichnung einer Handelsniederlassung (z. B. §§ 22, 23, 24, 26; s. § 13 Anm. 3) oder eines einzelnen Rechtsgeschäfts (hier und insbes. §§ 343—372 und Überschrift des dritten Buches); vgl. Gareis, Lehrbuch 29.

Anm. 33. Nr. 1. **Die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden.**

1. **Allgemeines.** Nach dem alten HGB. waren die Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung einerseits und die Veräußerung in der Absicht der Anschaffung andererseits zwei selbständige absolute Handelsgeschäfte. Die absoluten Handelsgeschäfte sind abgeschafft, und es kommen diese beiden Geschäfte fortan nur noch als Grundgeschäfte des Handelsgewerbes in Betracht. Es war hierbei ganz korrekt, wenn das neue HGB. diese beiden Geschäfte **miteinander verband**: Anschaffung **und** Weiterveräußerung. Denn innerhalb eines Gewerbebetriebes, der ja aus einem Komplex von Geschäften Gewinn erzielt, kommen sie nur vereint auf Umsatz gerichtet in Betracht. Ein Handelsgewerbe kann nicht allein aus Anschaffungs- oder allein aus Veräußerungsgeschäften bestehen, wenngleich diese, für sich betrachtet, Handelsgeschäfte sein können, sondern setzt ihre Verbindung voraus, welche durch die Absicht hergestellt wird (Goldmann I 10). Es genügt also nicht ein bloß äußerliches Neben- oder Nacheinander, z. B. die gewerbsmäßige Veräußerung von Kunstgegenständen, deren Besitz dem Sammler leid geworden ist, oder die Anschaffung neuer an Stelle veräußerter alter Inventarstücke (Cosack 28; Lehmann-Ring Nr. 42).

Der auf Anschaffung und Veräußerung gerichtete Gewerbebetrieb kann sich auch schon in solchen Geschäften betätigen, welche eine Anschaffung oder Veräußerung darstellen, sofern die diesen Geschäften zugrunde liegende Absicht ihnen das Gepräge aufdrückt, vermöge dessen sie Elemente eines auf Anschaffung und Veräußerung gerichteten Gewerbebetriebes bilden. Auch ist es selbstverständlich, daß es nunmehr gleichgültig ist, ob die Anschaffung oder die Veräußerung vorangeht, da ja eben gerade beide Geschäfte zusammengefaßt sind: die Anschaffung zum Zwecke der nachfolgenden Veräußerung, und die Veräußerung in der Absicht der nachfolgenden Anschaffung.

Anm. 34 2. **Die Anschaffung.** Anschaffung ist „abgeleiteter entgeltlicher Erwerb beweglicher Sachen zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden“, wie das RG. im Plenarbeschluß v. 30. 6. 92 (31, 17) definiert. Die „Anschaffung“ bezeichnet seit dem 1. Januar 1900 den obligatorischen Vertrag, die causa des auf die Übertragung des Eigentums gerichteten dinglichen Rechtsgeschäfts (§§ 929—931, 873 BGB.), wie Goldmann (I 10) mit Recht hervorhebt.

Anm. 35 Im einzelnen sind hiernach Anschaffungsgeschäfte im Sinne dieses Paragraphen: vor allem der Kauf, den das Gesetz früher (Art. 271) exempli causa erwähnte und voranstellte; sodann die Bestellung zur Lieferung eines Werkes; der Tausch, die Annahme an Zahlungsstatt (§ 364 BGB., ein im Handelsverkehr ziemlich häufiger Fall, z. B. bei Wechseln RGSt. 11, 146, oder bei Waren, wenn der Vermögensverfall des Schuldners droht); das depositum irregulare (s. § 700 BGB., wobei ein besonderes Entgelt nicht vereinbart zu werden braucht, die Pflicht zur Rückgabe gleichwertiger Stücke genügt, RG. 42, 9); die locatio conductio irregularis; das pignus irregulare, insbes. (RG. 21, 36) die uneigentlichen Lombardgeschäfte, d. h. diejenigen Geschäfte, bei denen der Darlehnsgeber, der Wertpapiere zu seiner Sicherheit erhält, befugt ist, an Stelle der empfangenen Wertpapiere andere von gleicher Art zurückzugewähren.

Von diesen Geschäften kommen für den vorliegenden § 1 Nr. 1, d. h. als Grundgeschäfte eines Handelsgewerbes, hauptsächlich in Betracht der Kauf, der Tausch und

der Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB. Die Annahme an Erfüllungs Statt wird als Grundgeschäft eines Gewerbes wohl kaum vorkommen und die uneigentlichen Depot- und Lombardgeschäfte gehören als Grundgeschäfte des Handels nicht unter Nr. 1, sondern unter Nr. 4 unseres Paragraphen. § 1.

Anschaffungsgeschäfte liegen nicht vor: Anm. 36.

a) wenn die Absicht eines Eigentumserwerbes fehlt; Beispiele: Miete, Annahme zum regulären Pfande (vgl. RG. 21, 36);

b) wenn die Entgeltlichkeit fehlt; Beispiele: der Erwerb durch Schenkung, durch Empfang zur Mitgift, der Erwerb von Todes wegen (auch weil kein Geschäft unter Lebenden vorliegt);

c) wenn kein Vertragsgeschäft oder überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt; Beispiele: Erwerb durch Aneignung — Finden, Okkupation, Jagd — oder Erzeugung (s. a. Anm. 37) oder Spezifikation oder sonstige originäre Art; durch Delikt (Behrend § 26[7]); durch Spiel oder Wette (Goldschmidt I § 47[5]). Vgl. hierzu überall RG. 31, 18.

d) Kein Anschaffungsgeschäft ist ferner die Übernahme der Aktien durch die Simultangründer. Denn nicht die Aktienurkunden sind die vertragliche Gegenleistung für die Einlage, sondern die Aktienrechte. Die Aktienrechte sind aber nicht Gegenstände, die durch abgeleiteten Erwerb aus fremdem Vermögen in das des Gründers übergehen, also „angeschafft" werden, die Anteilsrechte entstehen vielmehr als Rechte des Gründers. Dies hat das Reichsgericht in dem in Anm. 34 zitierten Plenarbeschluß zutreffend ausgeführt, im Gegensatz zur konstanten früheren Praxis (vgl. frühere Urteile RG. 22, 128; 26, 35). Dieselben Erwägungen greifen auf die Übernahme von Aktien bei der Sukzessivgründung und bei der Kapitalserhöhung Platz, so daß im Gegensatz zu RG. 22, 116 und 26, 50 auch hier ein Anschaffungsgeschäft verneint werden muß (näheres hierüber Staub bei Holdheim 3, 61; gegen ihn Bendixen bei Holdheim 3, 148; zust. jedoch Förtsch Anm. 5 zu Art. 271, RG. in JW. 98, 80 und Lehmann-Ring Nr. 40; über die Frage indes, ob ein „Anschaffungsgeschäft" im Sinne der Stempelgesetze vorliegt, vgl. RG. 41, 140 und § 179 Anm. 15). Das gleiche gilt für die Übernahme konvertierter Pfandbriefe im Gegensatz zum RG. (24, 108; 20, 10; 27, 50; nach Lehmann-Ring Nr. 40 Tatfrage im Einzelfalle), für den Bezug von Stammprioritäten von der Aktiengesellschaft durch Hergabe von Stammaktien und Zuzahlung eines Barbetrages.

e) **Insbesondere ist die Selbsterzeugung (Urproduktion) nicht als Anschaffung aufzufassen** (s. a. Anm. 36), weil kein Vertragsgeschäft vorliegt. So die Bearbeitung selbstgewonnenen Materials zum Zwecke des Verkaufs: Bergbau, Ziegelei (RG. 50, 154), Steinbruch, Bernsteingräberei sind keine Grundhandelsgeschäfte nach § 1 (ROHG. 9, 189; 13, 385; 14, 117; 15, 237; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 307 u. 409); ebensowenig Fabrikation feuerfester Steine aus eigenem Material (ROHG. 16, 380); Ziegelfabrikation, auch bei geplantem Erwerb weiterer Grundstücke zu diesem Zwecke (Bolze 8 Nr. 314); Molkerei aus eigenem Viehstande (RGSt. 26, 37). Gleichgültig ist dabei, ob die Erzeugung aus eigenem oder fremdem, z. B. gepachtetem Grundstücke erfolgt: wer einen Steinbruch pachtet, schafft die unbewegliche Bodensubstanz, nicht fertige Steine an (RG. 6, 9; RGSt. 27, 263). Vgl. auch Bolze 13 Nr. 260 (das Recht, nach Bedarf Kies sich anzueignen für einen bestimmten nach Kubikmetern festgesetzten Preis). Auf den Namen kommt es dabei überall nicht an. Was die Parteien in ROHG. 2, 424 ein Erpachten der Milch nannten, war in Wahrheit ein Kaufen zum Zwecke des Wiederverkaufs. Anm. 37.

Die Gewerbe der Urproduzenten sind hiernach keine reinen Handelsgewerbe nach § 1, wie ihre Geschäfte früher keine absoluten Handelsgeschäfte waren. Ihr Gewerbe kann aber Handelsgewerbe nach § 2 (s. unten Anm. 85 u. § 2 Anm. 3 u. 4) und

§ 1. ihre Geschäfte können accessorische Handelsgeschäfte nach § 343 sein. Dabei kommt es überall nur auf den Gesamtcharakter des Gewerbes an. Der Umstand allein, daß der Selbstproduzent zur Unterstützung seines in der Hauptsache auf Veräußerung eigener Produkte gerichteten Gewerbes ab und zu einen fertigen Gegenstand einkauft, macht ihn nicht zum Kaufmann.

Über die Urproduktion durch Landwirtschaft vgl. § 3.

Anm. 38. 3. **Bewegliche Sachen (Waren) oder Wertpapiere** müssen Gegenstand der Anschaffung sein. Ausgeschlossen sind somit **Grundstücke**; der Grundstückshandel ist also nicht Grundhandelsgeschäft (s. § 2 Anm. 3 u. § 343 Anm. 21 u. 22).

a) **Bewegliche Sachen.** Ihr Begriff ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen; eine Definition enthält auch das BGB. nicht. Sachen sind nur körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.). Aber nicht alle körperlichen Gegenstände gehören hierher. Vielmehr ist aus dem eingeklammerten Worte „Waren" zu ersehen, daß die beweglichen Sachen Gegenstände des Handelsverkehrs sein müssen. Dazu kann auch Geld gehören, z. B. wenn Geldsorten behufs Weiterveräußerung angekauft werden, oder wenn Bijouteriefabrikanten Goldmünzen aufkaufen, um sie einzuschmelzen (Goldschmidt Handbuch I § 47 Anm. 21a und 22).

Bewegliche Sachen sind auch loszutrennende Bestandteile des Grund und Bodens (Behrend § 26[3]; s. § 956 BGB.): Früchte auf dem Halm (StrArch. 83, 350); Holz auf dem Stamme zum Abschlagen (RG. in JW. 94, 144), ebenso Kauf eines Hauses zum Abbruch (ZHR. 8, 633). Darin liegt kein Widerspruch mit dem, was oben Anm. 37 gesagt ist, wonach das Pachten eines Steinbruches zur Gewinnung von Steinen oder eines Grundstückes zur Gewinnung von Bernstein keine Anschaffung ist. Man muß eben unterscheiden zwischen Pachtung des Steinbruchs und Kauf der zu brechenden Steine (RG. 6, 4). Pachtung ist anzunehmen, wenn Vertragserfüllung und Preis von dem Umfang der Ausbeute unabhängig sind.

Die bekannte Streitfrage: ist der elektrische Strom eine Sache? ist hier dahin zu beantworten, daß er im privatrechtlichen Verkehr als Sache und Ware mitunter behandelt wird, da er ja angesammelt, aufbewahrt, gemessen und demgemäß veräußert und erworben werden kann (RG. 17, 269; näheres Exk. vor § 373). Aber man beachte, daß Elektrizitätswerke ihn nicht anschaffen, sondern produzieren (Anm. 37).

Anm. 39. b) **Wertpapiere.** Dies sind Urkunden, bei denen das in der Urkunde verbriefte Recht an den Besitz der Urkunde geknüpft ist und mit der Urkunde übertragen wird (Brunner in Endemanns Hdb. des Handelsr. II 175 ff.). In der Regel sind es Inhaber- oder Orderpapiere, ausnahmsweise Namenspapiere, z. B. Versicherungspolicen, Namensaktien, auf Namen umgeschriebene Inhaberpapiere (Staub-Gerhard Art. 18[11]). Hier ist der Begriff enger. Sie müssen für den Handelsverkehr bestimmt sein. Dies ist zwar jetzt nicht mehr (wie in Art. 271) ausdrücklich gesagt, aber der Zusammenhang ergibt es deutlich, insbesondere die Tendenz der Vorschrift und die Einschränkung des Begriffes bewegliche Sache durch das Wort Ware (D. 10). Für den Handelsverkehr bestimmt sind sie bei leichter Übertragbarkeit und gesicherter Realisierbarkeit; also dann, wenn sie auf den Inhaber gestellt oder als Orderpapiere und indossable Namenspapiere durch Indossament übertragbar sind, nicht auch dann, wenn ihre Übertragung Zession erfordert (RG. 16, 85; 40, 134). Eine Übertragung mit unbekannten Einwendungen verträgt der Handelsverkehr nicht (s. ROHG. 24, 258).

Anm. 40. Als Beispiele von Wertpapieren hatte das alte HGB. vorangestellt: Staatspapiere und Aktien. Diese Beispiele werden auch jetzt gelten müssen (s. a. § 122 Anm. 7). Die Aktien sind auch dann für den Handelsverkehr bestimmte Papiere, wenn sie auf Namen lauten, da die Übertragung durch Indossament geschehen kann (§ 222; oben Anm. 48), ja selbst dann, wenn sie vinkuliert sind, d. h., wenn ihre Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaftsorgane geknüpft ist, weil sie Trägerinnen des Rechts

bleiben (RG. 36, 39; a. M. Lehmann-Ring Nr. 49). Als weitere Beispiele erwähnt die D. 10 **Wechsel und Schecks**. Auch diese Beispiele sind annehmbar mit der Maßgabe, daß die Indossabilität vorausgesetzt ist. Ist die Indossierbarkeit ausgeschlossen, so hören sie auf, für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere zu sein. Mit dieser Maßgabe sind auch kaufmännische Verpflichtungsscheine und die sonst im § 363 aufgeführten Urkunden Wertpapiere (ROHG. 24, 258). Ohne Belang ist, ob es sich um das Haupt- oder Nebenpapier (Zinsscheine, Erneuerungsscheine) handelt. Das DepotG. vom 5. Juli 1896 führt im § 1 als Beispiele von Wertpapieren an: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine oder Talons, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen. Diese Aufzählung ist hier nicht maßgebend. Sie ist zu ganz anderen Zwecken gegeben, nämlich, um den Deponenten zu schützen. Bei Kuxen z. B. entscheidet die landesrechtliche Gestaltung. Die Altkuxe des preußischen Rechts — vor dem Inkrafttreten des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 — galten als unbewegliche Sache. Die Neukuxe, die als bewegliche Sache gelten, werden vom RG. zu den Wertpapieren sowohl im Sinne des Börsengesetzes (RG. 47, 106) wie überhaupt, also auch im Sinne des HGB. gerechnet, wenngleich sie auf den Namen lauten und ihre Übertragung nicht durch Indossament erfolgt (RG. 54, 351; a. M. Staub 6./7. Aufl. Anm. 38). Die Übertragung, die schriftlich erfolgen muß, wird nicht als Zession angesehen (RG. 28, 251; Dernburg II § 17; III § 152). **§ 1.**

Von Wertpapieren aber wohl zu scheiden sind die bloßen **Legitimationsurkunden**: Entreebillets, Eßmarken, Pfandscheine, Sparkassenbücher, es sei denn, daß der Aussteller dem jedesmaligen Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will (§ 807 BGB.).

c) **Als Waren und Wertpapiere in diesem Sinne sind nicht zu erachten**: Forderungen, die nicht in für den Handel bestimmten Wertpapieren verkörpert sind (RG. 26, 43), wenn auch Beweisurkunden über sie ausgestellt sind. Auch nicht Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbriefe (RG. in SeuffA. 46 Nr. 41); sie sind nicht Gegenstand des Handelsverkehrs, auch sind sie (bis auf den Inhabergrundschuldbrief nach § 1195 BGB.) keine Wertpapiere, schon deshalb nicht, weil die Übertragung durch Zession erfolgt und überdies die Übertragung des Papiers nicht die Übertragung des Rechts bedeutet (§§ 1154, 1192 BGB.; s. auch § 952 Abs. 2 BGB.). Ferner nicht Gesellschaftsanteile (Goldschmidt Handbuch I § 47 Anm. 19), auch nicht Geschäftsanteile der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, selbst wenn darüber Anteilscheine ausgestellt sind. Ferner nicht Urheberrechte (Behrend § 26 Anm. 4). Endlich auch nicht ein Vermögensinbegriff (universitas iuris: ganzes Vermögen, Handelsniederlassung, Verlassenschaft); der Kauf oder Verkauf einer Niederlassung kann aber ein accessorisches Handelsgeschäft sein (s. zu § 343). Sachgesamtheiten (universitas facti: Bibliothek, Warenlager) werden hierher zu rechnen sein, trotzdem es zweifelhaft ist, ob sie körperliche Gegenstände im Sinne des BGB. sind (Neumann § 90[4]). Anm. 41.

4. **Weiterveräußerung (im unveränderten Zustande oder im be- oder verarbeiteten Zustande).** Anm. 42.

a) **Veräußerung.** Die den Gewerbebetrieb beherrschende **Absicht** muß auf die Anschaffung **und Weiterveräußerung** gerichtet sein (s. Anm. 33). Einkauf von Vieh zum Zwecke der Viehzucht fällt darunter nicht, ebensowenig Einkauf von Tieren durch einen Menageriebesitzer. Die Veräußerung ist dasselbe Rechtsgeschäft, wie die Anschaffung, nur vom umgekehrten Standpunkte aus. Das ergibt deutlich das Wort „Weiterveräußerung". Veräußerung ist hiernach jedes auf Übertragung des Eigentums gerichtete entgeltliche Rechtsgeschäft unter Lebenden: Verkauf, Vertausch, Hingabe an Zahlungsstatt, depositum irregulare, pignus irregulare, das uneigentliche Lombardgeschäft (s. Anm. 34 u. 35), dagegen nicht das Hergeben zum regulären Faustpfand, das Vermieten usw. (s. Anm. 36). Auch das Verschenken gehört nicht unter Nr. 1. Denn die Veräußerung muß entgeltlich sein, zumal man ja sonst keinen Gewinn er-

§ 1. zielen kann. Einzelne Schenkungsgeschäfte können nur als accessorische Handelsgeschäfte in Betracht kommen, nicht als Grundhandelsgeschäfte. Von der Veräußerung zum Kostenpreis gilt dasselbe (vgl. auch Anm. 7). Die von einem Gastwirte zum Zwecke der Beherbergung vorgenommenen Ankäufe von Betten und Möbeln sind keine reinen Grundhandelsgeschäfte, weil diese Gegenstände nicht veräußert werden sollen (ROHG. 22, 329), desgleichen nicht die Anschaffung von Theaterdekorationen und Ausstattungsgegenständen durch den Theaterdirektor (vgl. auch ROHG. 22, 117), oder die Anschaffung von Büchern zum Zwecke des gewerbsmäßigen Verleihens (ROHG. 23, 400), so daß also Theaterdirektoren und Leihbibliothekbesitzer (s. a. Anm. 80) nicht Kaufleute kraft Gewerbes sind, d. h. Kaufleute gemäß § 1. Dagegen muß immer wieder der Deutlichkeit wegen betont werden, daß alle die Geschäfte, die unter § 1 Nr. 1 nicht fallen, den Gewerbetreibenden zwar nicht ohne weiteres zum Kaufmann, ihn aber unter den Voraussetzungen des § 2 dazu machen, und daß sie ferner sämtlich accessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können.

Anm. 43. b) Die Veräußerung muß nach der Absicht des Gesetzes **den Gegenstand selbst** erfassen und Anschaffung wie Veräußerung müssen sich auf **denselben Gegenstand** richten (Gierke § 13). Ist Gegenstand der Veräußerung eine andere Sache und soll der angeschaffte Gegenstand nur das Mittel bilden, um jenen anderen Gegenstand zum Zwecke der Veräußerung zu bearbeiten oder auszustatten, nur den Hilfsstoff, der in einem anderen gewerblichen Erzeugnis aufgeht, so kann man nicht von einer Veräußerung des angeschafften Gegenstandes sprechen (OG. Wien in ZHR. 43, 338). Beispiele: Zwirn und Nadel beim Schneider, Kleister und Pinsel beim Tapezierer, Farbe beim Maler, Marmor beim Bildhauer (RGSt. 28, 60), Sämereien beim Gärtner, Vieh bei einer Meierei — das sind Arbeits- bzw. Produktionsmittel. Knöpfe, Futter beim Schneider (ROH. 7, 240), Goldrahmen beim Gemälderestaurator (Busch Arch. 21, 358), die Seife beim Tuchwalker (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 464), Papier und Silbersalze beim Photographen (Cosack § 8 S. 28), Kisten und Leinwand zum Zwecke der Verpackung, selbst wenn sie besonders angerechnet werden (Behrend § 26 Anm. 17), — das sind nur Zutaten. Solche Anschaffungen und Veräußerungen sind trotz der gewerblichen Absicht keine Grundhandelsgeschäfte; sie machen z. B. den Flickschneider, den Gemälderestaurator, nicht zum Kaufmann. Die genannten Personen können aber aus anderen Gründen Kaufleute sein, und die hier gedachten Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte sind alsdann accessorische Handelsgeschäfte.

Anm. 44. 5. **Unverändert oder in be- oder verarbeitetem Zustande** kann die Veräußerung beabsichtigt sein.

a) An sich hätte es zweifelhaft sein können, ob die Anschaffung dadurch nicht aufhört, ein Grundhandelsgeschäft zu sein, daß die Veräußerung der Sache in veränderter Gestalt beabsichtigt wird. Einst hieß es: Quicumque rem comparat, non ut ipsam rem integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator (Decr. Gratiani c. 11 § 2 D. 88). Der neuzeitlichen Wirtschafts- und Rechtsentwicklung folgend, schneidet das Gesetz jeden Zweifel ab: Bearbeitung und Verarbeitung sollen auf die Natur des Geschäftes ohne Einfluß sein. Bearbeitung ist Formveränderung des Stoffs, z. B. Färben, Schleifen, Reinigen, Bleichen, Appretieren; Verarbeitung Herstellung einer neuen Sache aus dem Stoff, z. B. eines Rockes aus Tuch, einer Maschine aus Eisen (so mit Recht Gierke § 13; s. a. Anm. 53). Die Grenzlinie scharf zu ziehen, ist schwierig und auch für die Anwendung der Nr. 1 unerheblich. Unter die Nr. 1 fallen, um streitig gewordene Fälle hervorzuheben, die Gasfabrikanten (OLG. Jena in RJA. 1, 54), die Apotheker (RGSt. 24, 426), die Restaurateure, Wirte (so die herrschende Meinung mit Recht [s. a. Anm. 84 unter „Gastwirte"]; dagegen Voß DJZ. 03, 46; gegen Voß vgl. auch Orthal ebendort S. 197).

Vor allem werden hiermit die zahlreichen Anschaffungsgeschäfte **der Handwerker, welche eigenes, d. h. von ihnen angeschafftes, nicht ihnen übergebenes Material be- oder verarbeiten,** zu Grundhandelsgeschäften, die Handwerker selbst zu Kaufleuten, wenn auch unter Umständen nur zu Minderkaufleuten. So die Brauer, Müller, Fleischer (OLGR. 6, 234), Schneider (RG. 51, 123), Tischler, Klempner, Schuhmacher, Uhrmacher, Gerber, Bäcker (vgl. hierüber näheres Anm. 2ff. zu § 4). § 1.

b) Be- oder Verarbeitung soll ohne Einfluß sein. Aber das ist zugleich die Grenze. Liegt mehr vor, **soll die Sache in ein Grundstück hineingearbeitet und wesentlicher Bestandteil** (nicht Zubehör, s. Anm. 51) **eines Grundstücks** werden (§ 94 BGB.), so ist die Grenze überschritten. Dann ist die Sache nicht mehr bloß be- oder verarbeitet, sondern hat aufgehört, bewegliche Sache und Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein. Die „Weiterveräußerung" bedeutet aber: die Sache wird so veräußert, wie sie angeschafft wurde, d. h. so, daß sie auch in der Hand des Erwerbers noch eine bewegliche Sache ist und Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann. Anm. 45.

Anders beim Hineinbauen von Materialien, die gemäß § 95 BGB. nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks werden, z. B. in das vom Mieter errichtete Grundstück oder in Schaubuden, Tribünen oder nur zu einem vorübergehendem Zwecke (Goldmann I 13).

α) Die Anschaffungen **eines Bauunternehmers** sind demgemäß dann sicherlich nicht Grundhandelsgeschäfte, wenn er die angeschafften Gegenstände dazu verwenden will, um einen übernommenen Bau zu errichten. Beim Inhaber eines Baumaterialiengeschäfts liegt die Sache anders: dieser schafft die Sachen als bewegliche an und veräußert sie als bewegliche. Der Bauunternehmer aber beabsichtigt im gegebenen Falle nicht, die angeschafften beweglichen Sachen als solche zu veräußern (ROHG. 11, 329; RGSt. 18, 363; 33, 421 und die dort zitierte Literatur; a. M. Dernburg I § 96[3], doch isoliert). Der Bauunternehmer ist in diesem Falle kein Kaufmann (RG. 14, 233); ebensowenig der Eisenbahnbauunternehmer (RG. a. a. O.). Anm. 46.

Anders ist es aber auch nicht, wenn der Bauunternehmer die angeschafften Materialien besonders berechnet und bezahlt erhält, wie dies früher (ROHG. 13, 343; RGSt. 18, 363) für den Begriff der absoluten Handelsgeschäfte angenommen wurde. Die besondere Berechnung ändert daran nichts, daß auch in diesem Falle die Materialien nicht als solche, als bewegliche Sachen, bezahlt werden, sondern nur, wofern und nachdem sie Bestandteile des Grundstücks geworden sind (zust. Cosack § 8[10]). Anm. 47.

β) Aus gleichem Grunde, wie bei den Bauunternehmern, sind nach richtiger Ansicht auch die Anschaffungsgeschäfte der Maurermeister (RG. in JW. 01, 844), Zimmermeister (RG. in SeuffBl. 69, 159), **und überhaupt aller Bauhandwerker** — Bauklempner, Bautischler, Dachdecker, Gas- und Wasserrohrleger (über den Bautöpfermeister s. Anm. 51) — keine reinen Grundhandelsgeschäfte, sofern ihre Tätigkeit darin besteht, daß sie die angeschafften Materialien derart in das Grundstück hineinverarbeiten, daß sie wesentliche Bestandteile desselben werden. Beispiele: Pflasterung und Regulierung einer Straße (ROHG. 15, 257), Errichtung einer Badeanstalt sind keine Grundhandelsgeschäfte (Bolze 3 Nr. 461). Anm. 48.

Deshalb sind auch die Verträge mit Bauunternehmern, Baumeistern und Bauhandwerkern, durch welche diese die Errichtung von Bauten, bzw. die Lieferung von hierzu erforderlichen Handwerkerarbeiten (z. B. die erforderlichen Bautischler- oder Bauklempnerarbeiten) übernehmen, nicht Veräußerungen im Sinne unseres § 1 Nr. 1. Denn hier wird keine bewegliche Sache veräußert: der Baumeister will ein Grundstück, der Bauhandwerker einen Grundstücksteil liefern (vgl. § 94 Abs. 2 BGB. — Zust. RGSt. 28, 60 u. 364, die gegenteilige Ansicht Makowers I 9 ist unzutreffend).

§ 1.

Anm. 49. c) (Der Deutlichkeit wegen muß auch in diesem Zusammenhange wiederum daran erinnert werden, daß alle die Geschäfte, deren Subsumierung unter § 1 Nr. 1 hier (Anm. 45—48) abgelehnt wurde, den Gewerbetreibenden unter den Voraussetzungen des § 2 zum Kaufmann machen, und daß sie ferner akzessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können.)

Anm. 50. d) Auch damit kann man die Natur als reines Grundhandelsgeschäft nicht begründen, daß man das Hineinarbeiten in das Grundstück als Nebenleistung konstruiert. Unzutreffend hat z. B. das Reichsgericht in Bolze 7 Nr. 365 die Handelsgeschäftsnatur bejaht, obwohl es sich um Lieferung und Legung des Parketts handelte, weil das Legen Nebenleistung sei. Der Begriff der Nebenleistung ist dabei nicht faßbar. Das Entscheidende ist, daß die Gegenstände nicht in beweglichem Zustande, sondern nach Hineinarbeitung in das Grundstück und nur so geliefert werden sollen (anders Makower I 9).

Anm. 51. e) Dagegen reicht nicht jede Verbindung des angeschafften Gegenstandes mit dem Grundstücke aus, um die Natur als reines Grundhandelsgeschäft zu beseitigen. Soll die Sache bloß Zubehör (Pertinenzstück) des Grundstücks (§ 97 BGB.), nicht wesentlicher Bestandteil desselben werden, also bewegliche Sache bleiben, so liegt Veräußerung im Sinne dieses Paragraphen vor. Beispiele: Anschaffung eines Wandspiegels, der befestigt werden soll; elektrischer Klingeln. Auch bei Anschaffung von Maschinen, die in ein Gebäude einmontiert werden sollen (beispielsweise zur elektrischen Beleuchtung), handelt es sich für die Regel um Pertinenzstücke (OLG. Marienwerder in SeuffA. 48, 78). Die Pertinenzqualität nimmt aber dem Gegenstande nicht die Eigenschaft der beweglichen Sache und macht sie nicht ungeeignet, Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein. — Öfen, die der Bautöpfermeister aufstellt, sind nach dem RG. (JW. 01, 844[37]) stets als Zubehör, nicht als Bestandteil anzusehen; daher ist der Bautöpfermeister Kaufmann. Allgemein zutreffend erscheint dies nicht, Kachelöfen sind nach der Natur der Sache und der Verkehrsanschauung der meisten Gegenden (§ 97 Abs. 1 Satz 2) richtiger als Bestandteile aufzufassen. Dernburg (III § 5 gegen Ende) verficht noch weitergehend die Anschauung, daß Öfen nur im Rheinland nicht als wesentliche Bestandteile des Grundstücks gelten, wohl aber im übrigen Deutschland.

Anm. 52. **Nr. 2. Die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.**

1. Die Übernahme der Be- oder Verarbeitung von Waren für Andere.

a) Allgemeines. Es handelt sich um die Formproduktion (Schirrmeister in ZHR. 48, 429), hauptsächlich um die Geschäfte des Werkmeisters (§ 631 BGB.), und zwar um diejenigen Werkmeistergeschäfte, die in der Arbeit **gegen Lohn** (Geld oder andere Vergütung) bestehen. Das Geschäft kann ausnahmsweise auch Dienstvertrag sein (§ 611 BGB.; Behrend § 27[2]). Soll „der Unternehmer" (conductor operis) nicht bloß die Bearbeitung vornehmen, sondern auch das Material liefern, so greift die Nr. 2 nicht Platz. Die Geschäfte solcher Personen können zwar auch reine Grundhandelsgeschäfte sein, wenn sie nämlich die Waren anschaffen; denn alsdann fallen die Geschäfte unter Nr. 1. Wenn sie aber das Material hergeben, ohne es anzuschaffen, indem sie es nämlich selbst produzieren, so fallen ihre Geschäfte weder unter Nr. 1, noch unter Nr. 2 (ROHG. 9, 192; 15, 237); solche Personen sind Urproduzenten, ihre Geschäfte keine Grundhandelsgeschäfte (s. Anm. 37). Der Stoff muß also dem Bearbeiter übergeben sein (s. Anm. 55). Indes ändert es die Natur des Geschäftes nicht, wenn der Werkmeister Zutaten oder Arbeitsmittel zugibt (ROHG. 7, 240, Zutaten beim Schneider; s. weitere Beispiele Anm. 43).

Anm. 53. b) Über die Be- und Verarbeitung ist des näheren oben Anm. 44ff. gehandelt worden. Zu diesem Begriff gehört nicht, daß an der Substanz des Gegenstandes eine innere oder

äußere Veränderung vorgenommen wird, so daß auch Waschen und Reinigen dazu gehört § 1. (RGSt. 22, 271).

c) Dabei ist überall nur die technische Bearbeitung gemeint. Bei Fertigstellung literarischer oder künstlerischer Erzeugnisse (Bearbeitung von Romanen, Restaurierung von Gemälden) ist die geistige Arbeit das Wesen des übernommenen Werkes, sie gehören also nicht hierher, auch wenn der Stoff (Papier, Leinwand, Öl) vom Besteller geliefert wird (s. Anm. 19). Anm. 54.

d) Für Andere muß die Be- oder Verarbeitung erfolgen. Das greift nur Platz, wenn der Besteller (locator operis) das Material liefert. Liefert der Unternehmer das Material, so liegt diese Voraussetzung nicht vor. Indessen entscheidet nicht gerade die Eigentumsfrage; die Nr. 2 spricht von der Bearbeitung der Waren für andere, nicht von Waren anderer (Behrend § 27[7]). Vielmehr gilt der Besteller auch dann als derjenige, der das Material liefert, wenn er es durch den Übernehmer der Arbeit für seine Rechnung anschaffen läßt, sei es auch auf den Namen des Übernehmers. Auch dann ist der Besteller der Lieferer des Materials, wenn er es — und zwar vorher — von dem Übernehmer gekauft hat. Nur darf in letzterem Falle nicht ein einheitlicher Vertrag vorliegen, sondern es müssen zwei gesonderte Verträge vorliegen. Letzteres wird — allerdings selten — der Fall sein, wenn der Übernehmer als berechtigt gilt, den einen Vertrag, Kauf des Stoffes, gesondert zu erfüllen, und die Annahme der Erfüllung dieses Vertrages nicht abgelehnt werden kann, weil die Bearbeitung nicht erfolgt ist. Anm. 55.

e) Über den Begriff Ware s. oben Anm. 38. Bearbeitung unbeweglicher Sachen, Hineinarbeitung in ein Grundstück schließen auch hier den Begriff aus; Beispiele: Hausanstrich, Hausreparaturen, Drainage. Der Bauunternehmer und Bauhandwerker ist also auch dann kein Kaufmann, wenn er kein Material liefert (s. Anm. 48). Anm. 55a.

2. **Wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.** Über die Grenzen zwischen Handwerk und Fabrikbetrieb s. Anm. 8ff. zu § 4. Anm. 56.

Wie dort Anm. 2 hervorgehoben ist, sind diejenigen Personen, die sich im wesentlichen mit der Be- oder Verarbeitung für andere beschäftigen, entweder Vollkaufleute oder überhaupt keine Kaufleute, während diejenigen Personen, die Material verarbeiten, das sie dazu anschaffen, also die Inhaber der unter Nr. 1 fallenden Bearbeitungsgewerbe, entweder Vollkaufleute oder Minderkaufleute sind. Der zur Unterstützung des handwerksmäßigen Betriebes in geringem Umfange betriebene Handel mit fertigen Waren hebt das Gewerbe aus dem Rahmen der Bearbeitungsgewerbe nicht heraus und bewirkt nicht, daß der, welcher nach Nr. 2 Nichtkaufmann ist, Kaufmann wird (s. Anm. 15 zu § 4; vgl. oben Anm. 43).

3. **Im einzelnen gehören hierher:** die Übernahmegeschäfte der Färbereien (ROHG. 1, 132), Bleichen, Plättereien, Appreturanstalten (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 109), Kattundruckereien, Spinnereien, Gerbereien, Eisenhammer, Fabriken, Reparaturwerkstätten (Goldschmidt I § 55 Nr. II), Dampfwaschanstalten und chemischen Reinigungsanstalten (RGSt. 22, 271), Dampfdreschmaschinen-Anstalten (vorausgesetzt, daß nicht die Maschine dem Landwirt auf bestimmte Zeit zum Gebrauch vermietet, sondern der Ausdrusch vom Unternehmer als Werk- oder Dienstvertrag besorgt wird; KG. in RJA. 2, 229), Lohnmühlenwerke, Lohnglasschleifereien, Lohnwebereien, — immer unter der Voraussetzung mehr als handwerksmäßigen Betriebes. Eine Münzstätte wird dieses Requisit immer erfüllen. Auch Mästen, Aufziehen, Dressieren von Tieren — in Anstalten — gehören hierher (Hahn § 3 zu Art. 271). Anm. 57.

Nicht hierher gehören: die Werkverdingungsverträge der Bauunternehmer, Bauhandwerker (s. Anm. 46 und 48), der Künstler und Schriftsteller (Anm. 54); die Geschäfte der Badeanstalten, weil es sich gewiß nicht um Bearbeitung von Sachen handelt, auch der mit der Verabreichung der Bäder verbundene Verkauf der darin vorhandenen Stoffe (Salz, Sole, Kiefernadeln) ändert nichts. Anm. 58.

§ 1. Nr. 3. **Die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie** (Lit.: Ehrenberg, Versicherungsrecht).

Anm. 59. 1. **Definition des Versicherungsvertrages.** Unter einem Versicherungsvertrage — nur Verträge fallen unter die Nr. 3, nicht die gesetzlichen Versicherungen, z. B. Kranken-, Unfall- usw. Versicherungen der Reichsgesetze — ist derjenige selbständige Vertrag zu verstehen, durch den die eine Partei der anderen gegen Entgelt eine Vermögensleistung für den Fall des Eintritts einer ungewissen, zumeist wirtschaftlich nachteiligen Tatsache verspricht (Ehrenberg I 55; RG. in OLGR. 5, 36).

Anm. 60. 2. **Den Gegensatz zur Versicherung gegen Prämie bildet die Versicherung auf Gegenseitigkeit.** Der Wegweiser, um den Unterschied zwischen beiden Versicherungen festzustellen, ist die gesetzliche Bezeichnung gegen Prämie. Während Behrend (§ 26[37]) diese Worte für überflüssig hält, enthalten sie nach unserer Ansicht das einzige unterscheidende Kriterium. Bei der einen wird die Versicherung gegen Prämie übernommen, d. h. der eine Teil übernimmt die Gefahr, der andere zahlt ein Äquivalent dafür: sei es eine fixe Prämie (für die ganze Versicherungszeit) oder eine Zeitprämie oder einen nach Gefahrenklassen zu berechnenden Satz (Ehrenberg I 278ff.). Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit dagegen wird als Gegenleistung die Versicherung des Gegenkontrahenten gegen seine Gefahr stipuliert. Am anschaulichsten tritt dies Verhältnis hervor, wenn es sich lediglich um zwei Kontrahenten handelt. Dafür, daß A. die Gefahr des B. übernimmt, verpflichtet sich B. in dem einen Falle zu einer Geldzahlung, in dem andern Falle dazu, seinerseits die gleichartige Gefahr des A. zu tragen. Versichern sich mehrere auf Gegenseitigkeit, so wird das Verhältnis wohl verwickelter, aber nicht andersartig. Die Gegenleistung dafür. daß die bisherigen Genossen die Gefahr des neu hinzutretenden Genossen übernehmen, besteht bei der Gegenseitigkeitsversicherung darin, daß der letztere die Gefahren der anderen mitzutragen sich verpflichtet. „Das Charakteristische liegt darin, daß die Versicherer zugleich die Versicherten sind und daß die einzelnen Überschüsse an die Versicherten zurückfließen, etwa entstehende Ausfälle aber von diesen gedeckt werden" (RG. 14, 238). Und auch dadurch, daß die Vereinigung der sich gegenseitig versichernden Genossen eine juristische Person geworden ist, wird die Sache nicht anders. Denn immerhin besteht doch auch die juristische Person nur um der Mitglieder willen und durch die Mitglieder (s. Goldschmidt, System § 69).

Unter Festhaltung dieser Kriterien liegt das Wesen der Prämienversicherung nicht gerade in der Bestimmtheit der Gegenleistung. Die außerordentlich häufige Vertragsbestimmung, wonach die Prämie dadurch geringer wird, daß der Versicherte am Reingewinn des Versicherers teilnimmt, ändert an der Natur der Prämienversicherung nichts. Und ebenso hört der Charakter der Gegenseitigkeitsversicherung dadurch nicht auf, daß die Vereinigung nach ihren Satzungen Vorauszahlungen oder periodische Einzahlungen, nicht selten „Prämien" genannt, verlangt. Ebensowenig dadurch, daß von diesen Vorauszahlungen nicht alles zurückgezahlt wird, was nach Berechnung der Schadenverteilung übrig bleibt, sondern ein Teil zur Bildung von Reservekapitalien angesammelt wird. Endlich nicht einmal durch Ausschließung der Nachschußpflicht (vgl. § 24 des Anm. 61 erwähnten Gesetzes). Denn das sind lediglich geschäftliche Modalitäten, durch die das Ziel der Versicherung, die Bezahlung der Schäden, am besten gesichert wird (ROHG. 4, 199; RG. 14, 238).

Anm. 61. 3. **Die Versicherung auf Gegenseitigkeit ist kein Grundhandelsgeschäft im Sinne unserer Nr. 3** (ROHG. 4, 201; RG. 14, 237). Die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind also keine Kaufleute nach § 1 (vgl. Hagen in KGBl. 02, 57), aber sie können es auch nach § 2 nicht werden, weil sie nach den obigen Ausführungen kein Gewerbe betreiben (Düringer-Hachenburg I 32; KGJ. 24 A S. 212).

Indes sind durch das RG. über die **privaten Versicherungsunternehmungen** vom 12. Mai 1901 wichtige Änderungen herbeigeführt, durch welche die Unterscheidung der beiden Arten von Versicherungen an Bedeutung verloren hat (Behrend in ZHR. 55, 35ff.; Könige, Kommentar zum Gesetz v. 12. 5. 01 in der Guttentagschen Sammlung). Erlangt

nämlich ein privater „Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit", einerlei, ob er neu zugelassen wird, oder schon vor Inkrafttreten des Gesetzes bestanden hat, durch die Erlaubnis der Aufsichtsbehörde die Rechtsfähigkeit (§ 15 Ges.), so finden die in betreff der Kaufleute im ersten und dritten Buche des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1 bis 7, auf ihn entsprechende Anwendung, soweit das Gesetz (vom 12. Mai) nicht ein anderes bestimmt (§ 16 Ges.). Die Nichtanwendung der §§ 1 bis 7 stellt zwar klar, daß die Versicherungen dieser Vereine keine Grundhandelsgeschäfte und daß die Vereine nicht schlechthin als Kaufleute (namentlich nicht in gewerbe- und steuerrechtlicher Beziehung) anzusehen sind, aber sie unterstehen den für solche gegebenen Bestimmungen (KG. in RJA. 3, 122). Sie unterstehen also beispielsweise dem Registerzwange (§ 30 Ges.), den Vorschriften über die Firma (§ 18 Ges.) und die Handelsbücher; die von ihnen abgeschlossenen Versicherungsverträge sind Handelsgeschäfte, ihre Agenten sind Handlungsagenten, ihre kaufmännischen Angestellten sind Handlungsgehilfen, sie können Prokuristen anstellen usw. Für Ansprüche gegen sie aus den im § 101 GVG. bezeichneten Streitigkeiten ist daher die Kammer für Handelssachen zuständig, ebenso wie für Beschwerden aus § 47 Abs. 1 Ges.; die Angelegenheiten der gedachten Vereine sind Handelssachen (RJA. 3, 122; Könige a. a. O. zu § 16). Daraus folgt auch, daß für Streitigkeiten zwischen solchen Vereinen und ihren Angestellten die Kaufmannsgerichte zuständig sind (so mit Recht Ritter im „Gewerbegericht" 10, 39 ff.; a. M. Müller in JW. 05, 711 ff.). Dem Handelsrecht sind nicht unterstellt die „kleineren" Vereine (§ 53 Ges.) und die landesrechtlichen öffentlichen Sozietäten (§ 119 Ges.). — Über ausländische Versicherungsunternehmungen vgl. § 33 Anm. 4. § 1.

4. Wenn dagegen eine Gesellschaft sich zwar Gesellschaft auf Gegenseitigkeit nennt, aber nicht bloß mit ihren Mitgliedern Versicherungsverträge schließt, sondern **auch mit Fremden**, so sind die letzteren Verträge Versicherungsverträge gegen Prämie, und die Gesellschaft hat insoweit Kaufmannseigenschaft (RG. 28, 313; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 582). Anm. 62.

5. **Liegt Prämienversicherung vor,** so ist die **Übernahme** solcher Versicherungen reines Grundhandelsgeschäft, gleichviel welcher Art die versicherte Gefahr ist. Nur der Versicherer ist sonach Kaufmann. Die Versicherungen können aller Art sein. Es gehören hierher Versicherungen gegen Hagel, gegen Feuer, auch wenn es sich um Grundstücke handelt (ROHG. 5, 12); Transportversicherungen, Hypothekenversicherungen (ROHG. 5, 335), Unfallversicherungen, Invaliditätsversicherungen, Rückversicherungen, Seeversicherung (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 213); auch die Lebensversicherung, selbst wenn man sie nicht für eine eigentliche Versicherung halten sollte, denn jedenfalls hat das HGB. sie für eine solche erachtet (Gareis-Fuchsberger Art. 271 [16]). Anm. 63.

6. Hinsichtlich des Versicherungsrechtes bestimmt Art. 75 des EG. z. BGB., daß die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend bleiben, soweit nicht das BGB. besondere Bestimmungen (z. B. §§ 1127 ff., 1522, 1529 u. a.) trifft. Doch greifen selbstverständlich in erster Linie diejenigen Bestimmungen des HGB. Platz, die sich daraus ergeben, daß die Prämienversicherung ein Grundhandelsgeschäft ist. Das ReichsG. vom 12. Mai 1901 (oben Anm. 61) regelt im wesentlichen die öffentlich-rechtlichen Beziehungen und die Aufsicht. Ein Reichsgesetz über den Privatversicherungsvertrag, dessen Entwurf schon den Bundesrat passiert hat, ist in Vorbereitung. Anm. 63a.

Nr. 4. **Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte.** (Vgl. den Artikel: „Banken" in Conrads Handwörterbuch.) Anm. 64.

Es genügt nicht, wie Düringer-Hachenburg (I 32) zutreffend hervorheben, diejenigen Geschäfte aufzuzählen, mit welchen sich der Bankier gewöhnlich befaßt. Vielmehr muß dargelegt werden, welche Arten von Geschäften dem Bankiergewerbe eigentümlich sind, d. h. den betreffenden Gewerbetreibenden zum Bankier machen, sein Geschäft zum Bankgeschäft. Diese Begriffsbestimmung ist jetzt um so notwendiger, als der gleiche Begriff auch sonst vom Gesetze gebraucht wird (§ 367; § 41 Abs. 4 des GmbHG.; § 248 BGB.).

§ 1. Anm. 65.

Die dem Bankiergewerbe charakteristischen Geschäfte sind diejenigen Geschäfte, welche die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld und Wertpapieren befriedigen.

1. Die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung **von Wertpapieren.**

Der typische Fall ist die **kommissionsweise Ausführung von Aufträgen** zur Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren. Dadurch wird der Gewerbetreibende Kommissionär und fällt allerdings auch unter die Nr. 6 des § 1. Aber er wird dadurch außerdem Bankier und untersteht infolgedessen den Sondervorschriften, welche für das Bankiergewerbe gegeben sind (Anm. 64). Aber auch dann, wenn der Verkauf und der Ankauf der Wertpapiere für eigene Rechnung geschieht, nicht im Wege des Kommissionsgeschäfts, liegt die Betätigung des Bankiergewerbes dann vor, wenn diese Tätigkeit in einer Weise erfolgt, die dazu bestimmt und geeignet ist, den Bedürfnissen des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Wertpapieren zu dienen, also wenn der Inhaber des Handelsgewerbes mit dem Publikum solche Geschäfte macht (nicht auch dann, wenn er ausschließlich an der Börse spekuliert). Zwar fällt diese Tätigkeit unter Nr. 1, aber außerdem fällt sie auch unter Nr. 4 und macht ihn zum Bankier. Oft entwickelt sich hieraus die sogenannte Emissionstätigkeit, nämlich dann, wenn sie sich an eine Gründung oder Kapitalserhöhung anschließt. Der Bankier schließt z. B. mit dem Inhaber eines Etablissements, der sein Anwesen in eine Gesellschaft einbringt, im voraus einen Vertrag, Inhalts dessen diesem die Aktien, die er als Äquivalent für die Illation erhält, zu gewissen Preisen vom Bankier abgenommen werden. Die solchergestalt dem Bankier zufließenden Aktien werden dann an den Markt gebracht. Diese Anschaffung und Veräußerung von Waren nennt man Emission. Über eine andere Art von Emission s. Anm. 67.

Anm. 66.

2. Die Geschäfte, welche dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung **von Geld** dienen.

Dahin gehört zunächst das Geldwechselgeschäft. Das Gesetz stellt das Geldwechselgeschäft neben das Bankgeschäft. Allein Düringer-Hachenburg (I 33) sind im Recht, wenn sie diese Scheidung für unbegründet erklären. Das Geldwechslergeschäft ist ein Teil des Bankgeschäfts, es dient dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geldsorten.

Anm. 67.

Von ungleich größerer Wichtigkeit aber sind die übrigen Geldgeschäfte, die hier in Frage kommen. Zunächst diejenigen, die dem Bedürfnisse des Verkehrs **nach Beschaffung von Geld, der Kreditvermittlung,** dienen. Dahin gehört das Diskontierungsgeschäft. Sodann das Darlehn in seinen mannigfachen Formen (Blanko-, Accept-, Kontokurrentkredit usw.); mit und ohne Sicherheit, letzteres als Lombardgeschäft gegen Verpfändung von Kaufmannswaren [s. Anm. 69 über die Pfandleihe] oder gegen Bestellung von Hypotheken und Grundschulden, ROHG. 1, 217; auch Baugeldgeber betreiben mit ihren Zahlungsvermittlungsgeschäften Bankiergeschäfte, RG. 38, 20. Hierher ist auch das Einziehen (Inkasso) von Wechseln, Checks, Verpflichtungsscheinen und Forderungen zu rechnen, da es auch dem Bedürfnisse des Publikums nach Anschaffung von Geld dient (s. a. Anm. 85). Ferner gehört hierher die Übernahme von Anleihen, Aktien und sonstigen Gesellschaftsanteilen, die von öffentlichen Korporationen, Gesellschaften, industriellen Unternehmungen zur Befriedigung ihres Geldbedürfnisses ausgegeben werden. Auch hieran schließt sich meist als Begleiterscheinung die Emission der solchergestalt übernommenen Wertpapiere durch den Bankier, d. h. ihre Unterbringung im Publikum, da nur auf diese Weise der Bankier die durch die Übernahme festgelegten Gelder zu anderen Zwecken wieder flüssig machen kann. Die hier erwähnte Übernahme von Anleihen und Gesellschaftsanteilen gehört nicht unter Nr. 1, weil sie keine Anschaffung ist (s. Anm. 36), aber sie ist ein Grundgeschäft des Bankiergewerbes und gehört daher unter unsere Nr. 4, was Düringer-Hachenburg (I 33) anscheinend nicht annehmen. Endlich aber ist dasjenige Geschäft dem

Bankgewerbe charakteristisch, das dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Unterbringung seiner flüssigen Gelder dient, das sogenannte Depositengeschäft. Die Annahme von Geldern zum irregulären Depositum gegen Verzinsung ist dem Bankgewerbe charakteristisch und ist nicht bloß ein Hilfsgeschäft, sondern macht denjenigen, der diese Geschäftsart gewerbsmäßig betreibt, zum Bankier. Isoliert kann diese Geschäftsart allerdings nicht betrieben werden. Denn die Verzinsung bedingt das Eingehen anderer Geschäfte durch den, der die Zinsen zu zahlen in der Lage sein soll, und das Depositengeschäft kommt daher auch nur als ein Zweig des Bankgewerbes vor. Es würde aber ein Bankgeschäft bleiben, wenn sich eine geschäftliche Unternehmung in großem Maßstabe mit der Annahme von Gelddepositen beschäftigen und die Möglichkeit der Verzinsung etwa in Grundstückstransaktionen suchen würde. § 1.

Die sonstigen Geschäfte, welche im Bankgewerbe vorkommen, sind Hilfsgeschäfte oder vielmehr Modalitäten der Bankgeschäftstätigkeit, so die Aufbewahrung von Wertpapieren in verschlossenen und offenen Depots, der Giroverkehr, der Check- und Anweisungsverkehr. Alles dies sind Arten, in denen die Zahlung von deponierten oder kreditierten Geldern ausgeführt wird. Isoliert würden sie (auch die Aufbewahrung von Wertpapieren) nicht den Inhalt eines Bankgeschäfts bilden. So spricht auch das DepotG. (vom 5. Juli 1896) nicht von Bankiers, sondern von Kaufleuten, denen Aktien usw. zur Verwahrung übergeben sind. Anm. 68.

Bankgeschäfte können von physischen und juristischen Personen betrieben werden. Nicht selten betreiben juristische Personen des öffentlichen Rechts (Kommunen, Kreise, der Staat) Bankgeschäfte (RG. in JW. 00, 273[5]). Sie sind dann Kaufleute, einschließlich der Reichsbank (BankG. vom 14. März 1875), wenn auch letztere nach § 66 des BankG. nicht eintragungspflichtig ist (Koch, Bankgesetz [bei Guttentag] und die dort abgedruckten „Allg. Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank".) Anm. 69.

Das Pfandleihgewerbe, d. h. das Beleihen von Mobiliarpfändern, die nicht Wertpapiere, Edelmetalle oder Kaufmannswaren sind (z. B. von Möbeln, Büchern, Kleidern, Schmucksachen), war stets vom Bankiergewerbe unterschieden (ROHG. 24, 34ff.; KG. in KJA. 4, 157; über das Banklombardgeschäft vgl. Anm. 67). Der Pfandleiher kann nicht Kaufmann gemäß § 1 sein. Aber die Anwendung des § 2 ist unter den dort gegebenen Voraussetzungen auf das Pfandleihgewerbe nicht ausgeschlossen. Die landesrechtlichen Vorschriften über die Art des Geschäftsbetriebes sind im sicherheitspolizeilichen Interesse zum Schutze der Schuldner gegeben, während zur Sicherung der Gläubiger des Pfandleihers die Registerpflicht aus § 2 dient. Das Pfandleihgewerbe dient auch nicht bloß dem Kleinverkehr, sondern erreicht oft genug sehr hohe Jahresumsätze (von 100000 Mark und mehr). Die hier vertretene Ansicht teilt das KG. a. a. O.; a. M. LG. Berlin (bei Holdheim 10, 202), welches die Pfandleihe-Geschäfte nie für registerpflichtig hält.

Nr. 5. **Eine Reihe von Transportgeschäften**, und zwar: Anm. 70.

1. Die Übernahme der Beförderung von Gütern und Reisenden zu See. Hierüber näheres im Seerecht (§§ 556—678).
2. Die Geschäfte der Frachtführer. Hierüber am zuständigen Orte (§§ 425ff.).
3. Die Geschäfte der Personentransportanstalten zu Lande oder auf Binnengewässern. Der Personentransport gehört nicht zu den Frachtgeschäften. Ein reines Grundhandelsgeschäft ist der Personentransport stets, wenn er zu See geschieht (s. zu 1); die Übernahme des Personentransports zu Lande oder auf Binnengewässern ist es nur, wenn sie seitens einer Anstalt, d. h. einer auf Großbetrieb angelegten kaufmännischen Unternehmung geschieht. Hiernach muß vorliegen Personentransport im Großbetriebe.

a) **Personentransport.** Wer bloß Transportmittel stellt, ohne zugleich die zur Transportierung erforderliche Arbeitskraft zu verdingen, ist nicht Personenbeförderer im Sinne dieses Paragraphen (Behrend § 27 Anm. 18). Gegenstand dieses Geschäfts ist die Transportleistung selbst (RG. 25, 110). Das Geschäft ist also Werkvertrag (§§ 631ff. BGB.). Anm. 71.

§ 1. Dagegen ist es gleichgültig, ob nebenbei auch noch das Gepäck des Passagiers mitgenommen wird, es wird dadurch kein Frachtgeschäft.

Anm. 72. b) **Im Großbetriebe.** Darauf deutet das Wort Anstalt hin. Nicht gemeint ist damit, daß gerade eine Gesellschaft den Betrieb hat, auch die Unternehmung einer Einzelperson gehört hierher. Die Abgrenzung des Großbetriebes vom Kleinbetriebe ist Frage des Einzelfalles. Auch hier ist das Kriterium dahin zu formulieren: nach Art und Umfang des Betriebs muß eine kaufmännische Organisation erforderlich sein (s. Anm. 7 ff. zu § 2). Dagegen kann es nicht für richtig erachtet werden, daß gerade der Unternehmer selbst die leitende Persönlichkeit sein muß, wie das von Noack in Busch Arch. 2, 26 ausgeführt wird. Es kann sehr wohl sein, daß der Unternehmer sich nur auf die technische Seite der Sache oder gar nicht auf die Sache versteht und sich in der Leitung des Ganzen vertreten läßt (Puchelt Anm. 3 zu Art. 272).

Anm. 73. c) **Zu Lande oder auf Binnengewässern.** Die Binnengewässer bilden den Gegensatz zur See. Entscheidend sind die Anschauungen des seemännischen Verkehrs (RG. 13, 68 ff., wo eine Fahrt zwischen Stettin und Stralsund, Wolgast anlaufend, durch den Greifswalder Bodden als Binnenschiffahrt betrachtet wird; Schaps Seerecht 7).

Anm. 74. d) **Im einzelnen gehören hierher:** der Betrieb der Straßenbahnen, Dampfschiffe, Dampffähren, Personenpostverbindungen (private), Omnibusunternehmungen, Droschkenunternehmungen.

Nicht hierher gehören die Geschäfte der einfachen Lohnkutscher, Fährleute. Hier fehlt der Großbetrieb. Die Personenbeförderungen der Posten des Reiches und der Bundesstaaten gehören nicht dazu, weil § 452 diesen Postverwaltungen allgemein die Kaufmannseigenschaft abspricht.

Anm. 75. 4. Die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer. Der Schleppschiffahrtsunternehmer unterscheidet sich vom Frachtführer dadurch, daß er lediglich die Fortbewegung des Schiffes übernimmt, das Gut aber nicht übergeben erhält (ROHG. 23, 320; GR. 6, 100; 10, 167). Seine Geschäfte sind reine Grundhandelsgeschäfte, der Unternehmer ist ohne weiteres Kaufmann. Oft hat er allerdings nur ein kleines Schleppboot; dann ist er Minderkaufmann nach § 4.

Anm. 76. Nr. 6. **Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure und der Lagerhalter.** Hierüber näheres an den zuständigen Stellen (§§ 383 ff., 407 ff., 416 ff.). Der sogenannte Annoncenspediteur ist nicht Spediteur im Sinne des Gesetzes, aber aus anderen Gründen Kaufmann; vgl. näheres Exk. zu § 415 Anm. 1.

Anm. 77. Nr. 7. **Die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler.** Auch hierüber näheres an den zuständigen Stellen (§§ 84 ff., 93 ff.). Unter den Handelsmaklern werden jetzt nur noch die Privathandelsmakler verstanden. Amtliche Handelsmakler gibt es nicht mehr; näheres § 93 Einl. (dort auch über die Kursmakler). Die Geschäfte der Grundstücks- und Hypothekenmakler dagegen sind auch nach dem neuen HGB. keine reinen Grundhandelsgeschäfte, ihr Gewerbe kein reines Handelsgewerbe, weil Grundstücke und Hypotheken nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, Handelsmakler aber nur solche Personen sind, welche die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs besorgen (§ 93, näheres dort). Grundstücks- und Hypothekenmakler können aber unter § 2 fallen (OLG. Oldenburg im Recht 02, 298). Daß die Heiratsvermittlungsgeschäfte dazu nicht gehören, folgt schon daraus, daß Ehen nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Vermietungen von Dienstboten für die Häuslichkeit (Gesindevermietungsbureaus) gehören ebenfalls nicht dazu; desgleichen nicht die Theateragenturgeschäfte. Doch können diese Gewerbe vermöge ihrer Betriebsweise Handelsgewerbe nach § 2 und akzessorische Handelsgeschäfte nach § 343 sein. Vgl. Exk. vor § 93 Anm. 8.

Anm. 78. Nr. 8. **Die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels.**

1. **Die Verlagsgeschäfte.** (Lit.: Goldschmidt, Hdb. § 56; Cosack §§ 83 ff. und die dort zitierten Schriften.)

a) Das Verlagsrecht, für welches nach Art. 76 EG. z. BGB. zunächst das Landesrecht in Kraft geblieben war, ist durch „Gesetz über das Verlagsrecht" vom 19. Juni 1901 — gleichzeitig verkündet mit dem Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst — reichsrechtlich geordnet. Das VerlG. steht zum BGB. und HGB. in dem gleichen Verhältnis wie alle sonstigen Gesetze privatrechtlichen Inhaltes (Lit.: Allfeld, Heinitz, Textausgaben mit Anmerkungen). Seine Tendenz ging im wesentlichen auf die Zusammenfassung des in Übung befindlich gewesenen Rechts (RG. 54, 435). **§ 1.**

b) Die Verlagsgeschäfte fallen unter Nr. 8, nur insofern sie Zweige des Buch- und Kunsthandels sind (verbis: „sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels"). Bei den Verlagsgeschäften unterscheidet man herkömmlich:

α) die Geschäfte zwischen Verleger und Autor zum Zwecke der Erwerbung des Autorrechts;

β) die Geschäfte zwischen Verleger und Drucker zum Zwecke der Vervielfältigung des Werkes;

und γ) zum Zwecke der Verbreitung und Verwertung des vervielfältigten Werkes.

Es ist aber nicht etwa nur der kombinierte Betrieb aller drei Arten von Geschäften Handelsgeschäft. Vielmehr ist wesentlich, um Verlagsgeschäfte zu Handelsgeschäften im Sinne der Nr. 8 zu machen, nur die letzte Kategorie, nämlich die Tätigkeit zum Zwecke der Verbreitung und Verwertung des Werkes (RG. 5, 68 nennt diese Tätigkeit „Veröffentlichung"). Fehlen können die Geschäfte, die auf den Erwerb des Autorrechts abzielen, so z. B. wenn es sich um einen Nachdruck handelt (RG. 5, 68), oder um die erlaubte Vervielfältigung alter Klassiker, oder um Selbstverlag (vgl. aber Anm. 79). Auch der Selbstverlag kann unter die Nr. 8 fallen (RG. 5, 68), ebenso der Kommissionsverlag (ROHG. 16, 251; vgl. aber Anm. 79), endlich der Zeitungsverlag, selbst wenn es sich um eine solche Zeitung handelt, die nur zusammengesuchte Artikel und Annoncen enthält, oder wenn der Verleger selbst Redakteur ist. Literarische Bureaus, Zeitungskorrespondenzen usw. können hierher gehören. Fehlen kann ferner die zweite Kategorie: der Verleger kann sehr wohl seine eigene Druckerei oder Papierfabrik haben, so daß er diesbezügliche Handelsgeschäfte nicht abschließt. Nur die Verbreitung ist, wie gesagt, wesentlich (vgl. RG. 5, 68).

Hervorzuheben ist: Für das VerlG. kommt als Verleger nur in Betracht, wer Verlagsverträge im Sinne des § 1, der den wesentlichen Inhalt in zwingender Weise wiedergibt, mit anderen Personen schließt. Der § 1 lautet: **Anm. 79.**

> Durch den Verlagsvertrag über ein Werk der Literatur oder der Tonkunst wird der Verfasser verpflichtet, dem Verleger das Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen. Der Verleger ist verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Der Selbstverlag, der Kommissionsverlag (§ 1 „dem Verleger . . . für eigene Rechnung") fallen daher nicht unter das VerlG. (Heinitz a. a. O. § 1 [7]). Gewerbsmäßiger Betrieb aber ist Grundhandelsgeschäft im Sinne unserer Nr. 8; „denn auf alle Fälle handelt es sich, selbst wenn man sie jetzt nicht mehr rechtlich als Verlagsgeschäfte charakterisieren wollte, um Geschäfte des Buchhandels" (Cosack § 84), beim Kommissionsverlag weiter noch um Geschäfte im Sinne der Nr. 6 (Cosack § 83 S. 370).

2. **Die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.** Das sind besonders die Geschäfte des Sortimentsbuchhändlers; soweit er fest kauft, fallen seine Geschäfte schon unter Nr. 1, soweit er à condition entnimmt, häufig unter Nr. 6 (Verkaufskommission). Aber auch sonst fallen jene Geschäfte schon unter andere Kategorien von Handelsgeschäften; denn es gehören dazu die Geschäfte der Buchhändlerkommissionäre (Nr. 6), der Kolporteure, der Subskribenten- und Annoncensammler (Nr. 7). Auch das Antiquariat gehört dazu. **Anm. 80.**

Nicht gehören dazu die Geschäfte der Leihbibliotheken (ROHG. 23, 400; s. a. Anm. 42), die aber nach § 2 und § 343 Handelsgewerbe und akzessorische Handelsgeschäfte sein können, letzteres z. B., wenn ein Sortimenter daneben eine Leihbibliothek hat.

§ 1. Anm. 81. Nr. 9. **Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.**

Gemeint sind, wie die Zusammenstellung mit dem Buch- und Kunsthandel ergibt, nicht die Geschäfte der Kattun- und Zeugdruckereien, sondern der Druck von literarischen und künstlerischen Erzeugnissen, in diesem Sinne aber alle Arten von Druckereien: die Buch-, Stein-, Kupfer-, Holzschnitt-, galvanoplastischen Druckereien, auch die photographischen Anstalten, überall, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht (s. hierüber zu § 4 Anm. 8ff.). Der kleine Drucker, Holzschneider, Litograph ist nicht Kaufmann.

Anm. 82. **Zusatz 1. Alphabetisches Verzeichnis** derjenigen Personen, deren Kaufmannseigenschaft in Frage kommen kann.

a) Bedeutung dieses Verzeichnisses. Es ist als Zusatz dem § 1 hinzugefügt, weil es nur in diesem Zusammenhange eine Berechtigung hat. Denn nach § 2 macht jedes gewerbliche, kaufmännisch betriebene Unternehmen, wenn der Besitzer eingetragen ist, den Unternehmer zum Kaufmann.

Für den Rechtsverkehr ist es von Wichtigkeit zu wissen, wer **durch den Gegenstand** der betriebenen Geschäfte Kaufmann wird. Denn diese Personen sind Kaufleute ohne Eintragung.

Sie sind ohne weiteres Kaufleute. Im Gegensatze hierzu können die früher als Nichtkaufleute bezeichneten Gewerbetreibenden nicht mehr als solche bezeichnet werden, weil auch sie Kaufleute sein können, wenn ihr Gewerbebetrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert und sie eingetragen sind. Man kann jetzt höchstens sagen: sie seien nicht ohne weiteres Kaufleute. Danach dürfen die beiden Kategorien nicht mehr als Kaufleute und Nichtkaufleute, sondern ohne weiteres als Kaufleute und nicht ohne weiteres als Kaufleute bezeichnet werden.

Anm. 83. b) Gewerbetreibende, die **ohne weiteres Kaufleute** sind:

Die folgende Aufzählung ist nur eine Aufzählung der reinen Grundhandelsgewerbe, der Kaufleute kraft Gewerbes. Sie deckt sich im großen und ganzen naturgemäß mit derjenigen des früheren Rechts, weil ja § 1 im großen und ganzen nichts enthält, als eine Zusammenfassung der absoluten und relativen Handelsgeschäfte, also aller derjenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb auch nach früherem Recht den Unternehmer ohne weiteres zum Kaufmann machte. Einzelne Abweichungen sind allerdings vorhanden: das Darlehn auf Verbodmung fehlt (Anm. 31), die Geschäfte der Schleppfahrtsunternehmer und der Lagerhalter sind hinzugefügt.

Anm. 84. **Kaufleute kraft Gegenstand des Gewerbes** (s. a. Anm. 31) **sind hiernach:**

Agenten (Nr. 7)[1]; Annoncenbureaubesitzer (Anm. 76); Appreteure (unter Umständen, Nr. 2; Anm. 57); Apotheker (Nr. 1; Anm. 29); Bäcker (Nr. 1; Anm. 44); Banken und Bankiers (Nr. 4); Baugeldgeber (Anm. 67); Büchsenmacher (Nr. 1; Anm. 44); Branntweinbrenner (soweit sie nicht selbstproduzierte Stoffe verarbeiten und veräußern, oben Anm. 37; ROHG. 16, 380); Brauer (Anm. 44); Buchdrucker (Nr. 9; Anm. 81; wenn mehr als handwerksmäßig); Dampfwaschanstalten (Nr. 2; Anm. 57); Destillateure (s. Branntweinbrenner und Gastwirte); Drechsler, Dreher (Nr. 1); Droschkenunternehmer (Nr. 5); Eisenbahnunternehmer (als Frachtführer ROHG. 3, 407); Eisenwerksbesitzer (soweit sie angekauftes Material verarbeiten oder fabrikmäßig die Verarbeitung fremden Materials übernehmen, Nr. 1 u. 2); Fabrikanten (Nr. 1 u. 2; auch Maschinenfabrikanten); Färber (wenn mehr als handwerksmäßig, Nr. 2; Anm. 57); Fiskus (§ 36); Fleischer (Nr. 1; Anm. 44); Frachtführer (Nr. 5); Friseure (wenn sie Haarartikel, Öl, Seifen usw. verkaufen); Fuhrleute (wenn sie Lasten befördern nach Nr. 5, und ebenso, wenn sie als Personenbeförderungsanstalten

---

[1]) Die eingeklammerten Nummern und Anmerkungen bedeuten die Nummern und Anmerkungen des vorliegenden § 1.

zu betrachten sind); **Gasanstalten** (Nr. 1; Anm. 44); **Gastwirte** (nicht in der Bedeutung von Logierwirten, Hoteliers, sondern in der Bedeutung von Restaurateuren, Destillateuren, Speise- und Trinkwirten, ROHG. 24, 270; RG. in JW. 99, 494[22]; KG. in OLGR. 6, 466; Anm. 29, 44); **Gerber** (Anm. 44); **Glaser** (Anm. 44); **Goldschläger** (ebenda); **Handwerker** (unter Umständen, näheres § 4); **Hausierer** (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); **Höker** (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); **Hoteliers** (wenn sie nicht nur Zimmer vermieten, sondern auch Speisen verabreichen ROHG. 22, 329; daß sie den Zimmergästen Kaffee verabreichen, würde nicht genügen, das würde nur zur Unterstützung des Zimmervermietungsgewerbes dienen); **Hutfabrikanten** (Nr. 1 u. 2); **Kafetiers** (Nr. 1); **Kalkbrennereibesitzer** (insofern sie gekauften oder fremden Kalk brennen, Nr. 1 u. 2); **Klempner** (Anm. 44); **Kolporteure** (Nr. 8; Anm. 80); **Kommissionäre** (Nr. 6); **Konditoren** (Anm. 44): **Korbmacher** (ebenda); **Kreditvereine** (wenn sie an Nichtmitglieder ausleihen, Anm. 67); **Kürschner** (sofern mehr als Handwerker, „Rechtsprechung des RGSt.“ 6, 694; Nr. 2); **Kunstdrucker** (sofern mehr als handwerksmäßig; Nr. 9); **Kunsthändler** (Nr. 1 u. 8); **Kupferstecher** (unter Umständen, Nr. 9; Anm. 81); **Lithographen** (ebenso); **Lotteriekollekteure** (Nr. 1; Anm. 29); **Makler** (Handelsmakler, Kursmakler, Nr. 7); **Maler** (nicht auf Grund von Nr. 1, da sie keine Farben veräußern, sondern Gegenstände färben, wohl aber auf Grund der Nr. 2, wofern sie Malerarbeiten übernehmen, die sich auf Waren beziehen, und ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; selbstverständlich ausgenommen die Kunstmaler); **Müller** (Nr. 1; auch die Lohnmüller, wenn mehr als handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, Nr. 2, Anm. 57); **Münzenhändler** (Nr. 1); **Musikalienhändler** (Nr. 1 u. 8); **Omnibusbesitzer** (unter Umständen, Anm. 74); **Optiker** (Anm. 44); **Patentanwälte** (selbstverständlich nicht als Verfasser von Patentschriften, wohl aber als Vermittler von Patentveräußerungsgeschäften, denn Patente sind Gegenstände des Handelsverkehrs; die Patentanwälte sind also in diesem Falle Handelsmakler; Nr. 7; Anm. 4 zu § 93); **Pferdebahnbesitzer** (Anm. 74); **Photographen** (wenn mehr als handwerksmäßig, Anm. 81); **Post** (Privatposten nach Nr. 5 als Frachtführer, nicht auch der Staat als Postanstalt, § 452; Anm. 70ff.); **Restaurateure** (s. Gastwirte); **Sattler** (oben Anm. 44); **Schneider** (unter Umständen, oben Anm. 44); **Schlosser, Schmiede, Schuster, Seiler** (ebenda); **Spediteure** (Nr. 6); **Spekulanten** (in Waren und Wertpapieren, wenn das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit vorliegt; Anm. 30; nicht auch in Grundstücken, diese können unter § 2 fallen); **Spinnereien** (wenn mehr als handwerksmäßig betrieben, Anm. 57); **Staat** (s. Fiskus); **Steinmetze** (Anm. 44); **Subskribentensammler** (Anm. 80); **Tischler** (RG. in JW. 88, 137[11]; Anm. 44; jedoch nicht Bautischler, vgl. 85); **Trödler** (Nr. 1, jedoch Minderkaufmann); **Töpfer** (Nr. 1; Anm. 51); **Uhrmacher** (Nr. 1; Anm. 44); **Verleger** (Nr. 8); **Versicherungsgesellschaften gegen Prämien** (Nr. 3); **Viehhändler** (Nr. 1; ROHG. 7, 58; 14, 266); **Warenhändler** (Nr. 1); **Weber** (wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 2); **Zeitungsverleger** (Nr. 8; Anm. 78). **§ 1.**

c) **Gewerbetreibende, die nicht ohne weiteres Kaufleute, nicht Kaufleute kraft des Gegenstandes des Gewerbes sind.** Die hier verzeichneten Personen sind nicht ohne weiteres Kaufleute. Das heißt: Der Betrieb der hier bezeichneten Gewerbe macht sie dazu nicht. Den Gegenstand dieser Gewerbebetriebe bilden keine Grundhandelsgeschäfte, ihr Gewerbe ist kein reines Handelsgewerbe nach § 1. Auf anderem Gebiete liegt die Frage, ob ihr Gewerbebetrieb nicht nach Art und Umfang des Betriebes unter § 2 fällt; ist dies der Fall, dann werden diese Personen durch hinzukommende Eintragung Kaufleute, sie sind dann Kaufleute **kraft der Betriebsart des Gewerbes und Eintragung** (vgl. Anm. 31). Anm. 85.

Ärztliche Heilanstalten (näheres Anm. 19); **Auktionskommissare**; **Auskunftsbureaus**; **Bauunternehmer** (Anm. 48); **Bautischler** (Anm. 48); **Bergwerksbesitzer** (Anm. 37); **Bernsteingräbereibesitzer** (Anm. 37); **Bildhauer** (s. Künstler); **Detektivinstitute**; **Einziehungs-**

§ 1. bureaus; Eisenbahnbauunternehmer (s. Bauunternehmer); Gas- und Wasserrohrleger (Anm. 48); Gesindevermietungsbureaus (Anm. 77); Grundstücksmakler (Anm. 77); Grundstücksspekulanten (Anm. 38; Bolze 6 Nr. 631); Handelsgärtner (sofern Selbstproduzenten; Anm. 37); Heiratsvermittler (überhaupt nicht Kaufleute, weil sie rechtlich nicht anerkannte Geschäfte betreiben, ihre Geschäfte können daher auch nicht als Handelsgewerbe nach § 2 anerkannt werden; Anm. 22 u. oben 77 und Anm. 2 zu § 2); Hoteliers (als Zimmervermieter; vgl. a. Anm. 84); Hypothekenmakler (Anm. 77); Konsumvereine (nicht Kaufleute, weil ohne Gewinnabsicht; Anm. 7); Künstler (Anm. 9); Kunstgärtner (vgl. Handelsgärtner); Landwirte (regelmäßig sind sie überhaupt nicht Kaufleute, doch s. hierüber näheres zu § 3); Leihämter; Leihbibliotheken Anm. 80); Lohnkutscher (Anm. 74); Maler (s. Künstler); Maurermeister (Anm. 48; OLG. Rostock im Recht 05, 285); Molkereibesitzer (Anm. 37); Pensionate; Pfandleiher (Anm. 69, s. a. Leihämter); Rechtskonsulentenbureaus; Schriftsteller (Anm. 9); Sparkassen (wenn sie Gewinn erzielen wollen [RJA. 2, 23; Anm. 10], dagegen werden z. B. die Gemeindesparkassen in Baden mangels Gewerbsmäßigkeit nicht für Kaufleute erachtet [BadRpr. 01, 274]); Steinbruchbesitzer oder -pächter (Anm. 37); Steinfabrikanten (Fabrikanten feuerfester Steine aus eigenem Material; Anm. 37); Theateragenturen (Anm. 77); Theaterdirektoren und -unternehmer; Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (Anm. 61); Vorschußvereine, die nicht Banken und nicht eingetragene Genossenschaften sind und die nur an ihre Mitglieder ausleihen; Zahnärzte (auch wenn sie Zähne oder Gebisse verkaufen; Dernburg, PrPrivatr. II § 6 Anm. 5 hält sie alsdann für Kaufleute, indessen ist doch Wissenschaft und Kunst bei ihnen vorwiegend; Anm. 9); Ziegeleibesitzer (sofern Selbstproduzenten; Anm. 37); Zimmervermieter (s. hierüber auch unter Hoteliers; Anm. 27).

Weitere Beispiele s. § 2 Anm. 3.

Anm. 86. **Zusatz 2. Übergangsfragen.** Der neue Kaufmannsbegriff trat sofort in Wirksamkeit. Kaufmann war am 1. Januar 1900, wer an diesem Tage ein Handelsgewerbe betrieb. Hinsichtlich des § 1 hatte dies keine wesentlich verändernde Bedeutung. Denn seine Kategorien decken sich im großen und ganzen mit den früheren. Immerhin fingen diejenigen Personen von diesem Tage an Kaufleute zu sein, die es vermöge ihrer geschäftlichen Tätigkeit nach früherem Recht nicht waren, z. B. die Lagerhalter, die Schleppschiffahrtsunternehmer. Dagegen gehörten diejenigen Personen, welche sich damit beschäftigten, Darlehen gegen Verbodmung zu geben, mit diesem Tage auf, Kaufleute zu sein. — Eine erhebliche Umwälzung hatte jedoch der § 2 im Gefolge. Hierüber Anm. 19 zu § 2.

Anm. 87. Hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit, ein rechtsgültiges Gewerbe zu betreiben (Anm. 20), sind die Übergangsvorschriften der Art. 153ff. EG. z. BGB. maßgebend. Danach war für die Geschäftsfähigkeit zur Errichtung eines Handelsgewerbes vom 1. Januar 1900 ab das neue Recht maßgebend. Für die Frage, ob die am 1. Januar 1900 verheiratete Frau ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsfrau werden oder Handelsfrau bleiben kann, s. Allg. Einleitung Anm. 76ff.

Anm. 88. Verschieden hiervon ist die Frage, ob die Rechtsgeschäfte, welche die betreffenden Personen unter der Herrschaft des alten Rechts geschlossen haben, als Handelsgeschäfte zu betrachten sind; sie wird an den zuständigen Stellen erörtert werden.

Hinsichtlich der Verjährung von Forderungen, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden und damals noch nicht verjährt waren, ist die Frage, ob der Gläubiger Kaufmann war (§ 196 Nr. 1, 7 BGB., Art. 169 EG. z. BGB.) nach dem alten Recht, dem Recht zur Zeit der Entstehung der Forderung zu beurteilen (RG. in DJZ. 05, 363).

§ 2.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die

Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen. § 2.

Lit.: Lastig, Der Gewerbebetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer (in der Festgabe für Fitting, Halle 03).

Der vorliegende Paragraph handelt von der zweiten Klasse der Handelsgewerbe (s. Anm. 31 zu § 1).

Vorbemerkung. Der Charakter der Vorschrift ist der einer clausula generalis. Die Art, wie das frühere HGB. den Kaufmannsbegriff fixiert hatte, entsprach nicht den Anschauungen und Erfordernissen des Verkehrs. Da es nur eine begrenzte Anzahl von Geschäften war, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bildete, waren viele Personen als Nichtkaufleute zu betrachten, die einen kaufmännisch organisierten Betrieb hatten und nach den Anschauungen des Verkehrs als Geschäftsleute galten. Beispielsweise fielen die Geschäfte der Ziegeleibesitzer unter keine der im Art. 271 und 272 aufgezählten Kategorien, weil sie Selbstproduzenten sind. Das gleiche gilt von allen sonstigen Betrieben der Selbstproduktion (große Tonröhren- und Porzellanfabriken, Salinen, Gruben usw.). Dazu kam, daß der Grundsatz des Art. 275, wonach Verträge über Grundstücke keinesfalls Handelsgeschäfte sein konnten, erheblich eingriff. Infolge dieses Grundsatzes waren die Geschäfte der Grundstückshändler und Bauunternehmer keine Handelsgeschäfte, sie selbst keine Kaufleute. Hier war nur zu helfen durch Aufstellung einer Generalklausel. Ein „Sprung ins Dunkle" (R. K. Ber. S. 5), der aber geglückt ist. Anm. 1.

Der § 2 enthält eine zivilrechtliche und eine rechtspolizeiliche Vorschrift. Die letztere dient den Zwecken der ersteren. Die zivilrechtliche geht dahin, daß jedes gewerbliche Unternehmen, wenn es eine kaufmännisch eingerichtete Betriebsweise (§ 1 Anm. 31) erfordert, bei hinzukommender Eintragung ein Handelsgewerbe wird; die rechtspolizeiliche Vorschrift geht dahin, daß jedes derartige Unternehmen zur Eintragung angemeldet werden muß, damit die eben gedachte zivilrechtliche Folge eintrete.

Nach diesen beiden Richtungen soll der Inhalt des Paragraphen erläutert werden.

A. Die zivilrechtliche Vorschrift.

Anm. 2.

Jedes gewerbliche Unternehmen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, gilt als ein Handelsgewerbe, wenn es nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Firma des Unternehmers eingetragen worden ist.

1. **Vorausgesetzt ist hiernach:**

a) **Ein gewerbliches Unternehmen.** Damit ist sachlich nichts anderes gesagt, als mit: „Gewerbebetrieb" im § 1 Abs. 2. Aus phonetischen Gründen („Geschäftsbetrieb" folgt sofort im Nebensatz) mag man das Wort „Gewerbebetrieb" hier vermieden haben. Jedes gewerbliche Unternehmen wird von § 2 umfaßt. Abzulehnen ist die Ansicht von Lastig (569), wonach § 2 nur solche Gewerbebetriebe umfasse, die sich neben den im § 1 aufgezählten sonst noch aus dem Warenhandel, sei es mittel- oder unmittelbar, entwickelt hätten. Dies ist weder in der Fassung noch in der Entstehungsgeschichte noch in der Absicht des Gesetzes begründet (D. 3ff.; KG. in OLGR. 8, 89; oben Anm. 1; unten Anm. 9).

α) **Der Begriff des Gewerbes** ist in Anm. 6—14 zu § 1 auseinandergesetzt. Liegt nach den dort aufgestellten Erfordernissen ein Gewerbe vor, liegt insbesondere ein in der Absicht dauernder Gewinnerzielung erfolgender rechtsgültiger Abschluß von Geschäften vor, so kann beim Hinzukommen der anderen Voraussetzungen des § 2 das Gewerbe

§ 2. ein Handelsgewerbe werden, auch wenn der Betrieb unter keine der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Kategorien fällt. **Liegt aber jene Voraussetzung nicht vor, so kann der Betrieb auch nach § 2 kein Handelsgewerbe werden.** Es kann daher auch auf Grund des § 2 der Betrieb von Anwaltsgeschäften, von Unterrichtsanstalten (andere Beispiele § 1 Anm. 9) nicht Handelsgewerbe werden, weil sie keine gewerblichen Unternehmen sind. Es können ferner die Geschäfte der Spieler, Heiratsvermittler, Bordellinhaber nicht unter § 2 fallen, weil hier kein Abschluß von rechtsgültigen Geschäften vorliegt (§ 1 Anm. 22).

Anm. 3. β) **Beispiele von gewerblichen Unternehmungen, die unter § 2 fallen können,** finden sich im Zusatze zu § 1 (Anm. 85 daselbst) in großer Anzahl. Hervorgehoben seien hier zur Veranschaulichung: Die Gewerbebetriebe der Urproduzenten, besonders der Bergbau (Steinkohlenbergwerk, JW. 04, 475[20]), der Betrieb von Brüchen, Gruben und Salinen; die Gewerbebetriebe, in welchen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten, z. B. die Tonwaren-, Porzellanfabriken, Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken; der Gewerbebetrieb der Leih-(richtiger Vermietungs-)anstalten, z. B. Leihanstalten für Bücher, Kostüme, Transportmittel, Boten, Pferde, Dreschmaschinen (wenn nicht gleichzeitig der Ausdrusch besorgt wird, Anm. 57 zu § 1); der Betrieb von Logierhäusern und Pensionaten; Pfandleihen (§ 1 Anm. 69), die Auskunftsbureaus (Exk. zu § 349 Anm. 3); der Gewerbebetrieb der Bauunternehmer (oben Anm. 1 u. Anm. 48 zu § 1), der gewerbsmäßige Handel mit Grundstücken (KG. in KGJ. 26 A S. 209, § 1 Anm. 38) und die gewerbsmäßige Vermittlung von Immobiliengeschäften (s. a. § 1 Anm. 77); Grundstücksparzellierer und Ansiedlungsgesellschaften (KG. in OLGR. 9, 238); auch das Gewerbe der Unternehmer eines Theaters, einer Spezialitätenbühne oder eines Zirkus, da zwar nicht die Tätigkeit der betreffenden Künstler, wohl aber die Tätigkeit des Unternehmers, der die künstlerischen Leistungen geschäftlich ausbeutet, ein Gewerbe darstellt (§ 32 GewO.; RG. 41, 55; KG. und OLG. Dresden in OLGR. 8, 247ff.; Düringer-Hachenburg I 41; s. a. § 1 Anm. 9 a. E.). Aber es sind Fälle denkbar, in denen der Unternehmer eines Theaters dieses nur betreibt, um seine sonstige literarische oder künstlerische Tätigkeit zu ermöglichen oder zu fördern (KG. a. a. O.). Zu weit geht Felisch (Denkschrift über die Einwirkung des BGB. auf die Engagementsverträge des Dtsch. Bühnenvereins, als Manuskript gedruckt 1901), der alle Theaterunternehmer ausschließt, weil sie in hohem Maße selbst künstlerische Leistungen bieten müßten, wenn sie ihren Beruf erfüllen wollen.

Ein weiteres wichtiges Beispiel sind die Einziehungs- und Inkassobureaus. Auch sie betreiben keine Grundhandelsgeschäfte. Sicherlich nicht, insofern sie sich damit beschäftigen, die Forderungen fest zu erwerben. Denn einmal geschieht der Erwerb nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Geltendmachung, und zweitens ist eine Forderung nicht eine bewegliche Sache im Sinne des § 1 Nr. 1 (§ 1 Anm. 41). Aber auch soweit sie Inkassomandatare sind, sei es unter der Maske der Zession oder auch ohne diese, betreiben sie keine Handelsgeschäfte. Man könnte vielleicht (s. Jakoby, Die Kreditkundigung S. 102) daran denken, daß das Einziehen von Forderungen zur großen Gruppe der Bankiergeschäfte nach § 1 Nr. 4 gehört. Allein, wenn sich die Bankiers mit dem Inkasso von Beträgen beschäftigen, so ist dies doch nur insoweit der Fall, als es sich um das formelle Einkassieren handelt. Das Ausklagen im Weigerungsfalle für andere besorgen sie wohl auch hin und wieder, aber nicht mehr als spezifischen Zweig ihres Gewerbes, sondern mehr aus Gefälligkeit; am allerwenigsten beschäftigen sich Bankiers gewerbsmäßig damit, zweifelhafte Forderungen durch möglichst schlaue und energische Maßregeln beizutreiben. Solche Einziehungsbureaus, den Gerichten und Anwälten wohl bekannt und von den Schuldnern gefürchtet, dürfen daher in das Handelsregister nicht ohne weiteres eingetragen werden, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 2.

γ) **Auf die juristische Form,** unter der das Unternehmen betrieben wird, **kommt es nicht an.** Die Vorschrift des § 2 bezieht sich nicht bloß auf physische Personen (s. § 1 Anm. 4) und nicht bloß auf den Einzelkaufmann, sondern auch auf juristische Personen (s. § 33) und auf Gesellschaften. Nach den ausführlichen Erörterungen der D. (12) bezieht sich die Vorschrift auch auf den Fall, daß mehrere Personen in gesellschaftlicher Vereinigung ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreiben (näheres hierüber vgl. zu § 105). § 2. Anm. 4.

Eine Ausnahme machen diejenigen Bergwerksgesellschaften, die nach Landesgesetz nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen. Diese sollen nicht unter § 2 fallen (Art. 5 EG. z. HGB.). Beispiele in der D. 14. Vgl. a. § 33 Anm. 2.

b) **Es muß nach Art und Umfang einen kaufmännisch** (d. i. hier vollkaufmännisch) **eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern.** Vorbildlich war der § 865 des Schweizer. Obligationenrechts (Lehmann-Ring Nr. 3). Anm. 5.

α) Was unter **kaufmännischen Einrichtungen** zu verstehen, ist unschwer zu sagen. Es sind das Einrichtungen, die das Kaufmannsgewerbe herausgebildet hat zur Erzielung von Ordnung und Übersicht, um alle bei dem Betriebe beteiligten Personen: die Kunden, die Hülfskräfte und den Unternehmer selbst und damit seine Gläubiger vor denjenigen Nachteilen zu schützen, welche die mangelnde Ordnung und Übersichtlichkeit im Gefolge haben kann (D. 8). Zu diesen Einrichtungen gehört vor allem die Buchführung. Andere solche Einrichtungen sind: die Aufbewahrung der eingehenden, das Kopieren der ausgehenden Briefe, die Anstellung von Kontrollpersonal, Sonderung der einzelnen Betriebszweige (z. B. abgesonderte Kassenführung), der Warensorten usw. Jede Branche, jedes Geschäft kann in dieser Beziehung andere Einrichtungen aufweisen und erfordern. —

Der § 2 setzt eine vollkaufmännische Betriebsweise voraus, da jene Einrichtungen für den Minderkaufmann (§ 4) nicht in Betracht kommen.

β) Damit nun ein Fall des § 2 vorliege, muß das gewerbliche Unternehmen eine kaufmännische Einrichtung **erfordern.** Nicht dann fällt das Unternehmen unter § 2, wenn es kaufmännisch eingerichtet ist, sondern wenn es eine solche Einrichtung erfordert. Erfordert der Betrieb eine kaufmännische Einrichtung, so kann sich der Unternehmer von der Verpflichtung zur Eintragung und von der Kaufmannseigenschaft nach Eintragung nicht dadurch befreien, daß er eine kaufmännische Einrichtung seinem Betriebe nicht gibt. Er soll ja in solchem Falle gerade gezwungen werden zu der kaufmännischen Organisation, jedenfalls zu der wesentlichsten: der geordneten Buchführung. Auch dadurch kann die Eintragungspflicht nicht hinfällig werden, daß die nötige Ordnung und Übersicht durch andere als kaufmännische Einrichtungen, so z. B. nach dem Vorbild der staatlichen Betriebe, erzielt wird, denn sonst würden gerade die größten Privatbetriebe sich von der Eintragung ausnehmen können (KG. in RJA. 2, 227). Umgekehrt kann die Unterwerfung unter das Kaufmannsrecht nicht dem freien Belieben der Gewerbetreibenden unterstellt und ihnen die Möglichkeit gegeben werden, die ihnen aus irgendwelchem Grunde erwünschte Kaufmannseigenschaft durch reine Willkür, nämlich dadurch zu erlangen, daß sie ihren Betrieb ohne sachliche Veranlassung kaufmännisch organisieren. Doch wird allerdings die Tatsache der bestehenden kaufmännischen Organisation eines Geschäfts meist den Rückschluß gestatten, daß es eine solche erfordert. Anm. 6.

γ) Das Erfordernis der kaufmännischen Einrichtung muß **auf Art und Umfang** des Gewerbebetriebes beruhen. Anm. 7.

Staub (6./7. Aufl. Anm. 7) hatte die Ansicht aufgestellt, das Wort „**Art**" sei zu ignorieren und § 2 einfach auf ein solches Gewerbeunternehmen zu beziehen, dessen **Umfang** eine kaufmännische Einrichtung erfordere. (Der Staubschen Ansicht haben sich angeschlossen: Kuckuck bei Holdheim 13, 127 und Opet in ZHR. 49, 52.) Staub selbst hat in den Vorarbeiten zu der jetzigen Auflage diese Ansicht aufgegeben. Nach der in Theorie (u. a. Dernburg I § 97; Lotze bei Gruchot 44, 404) und in der Praxis (RGSt. 34, 103; Beschlüsse des KG. in OLGR. 2, 142 und in KGJ. 21 A S. 68) mit Recht

§ 2. herrschenden Auffassung ist auch die Betriebsart eine weitere notwendige Voraussetzung des § 2. Betriebsumfang und Betriebsart sind zweierlei und nicht identisch (näheres Anm. 8ff.). Für die Feststellung des Umfangs und der Art eines Unternehmens müssen sämtliche Umstände des Einzelfalles, namentlich auch die örtlichen Verhältnisse, berücksichtigt werden. Ein Kleinbetrieb der Großstadt kann für ein Landstädtchen ein erheblicher sein.

Anm. 8. *αα*) **Der Umfang des Unternehmens** muß einen kaufmännischen Betrieb erfordern. Den Gegensatz bildet der Kleinbetrieb. Dies bestätigt auch die Denkschrift (18; ebenso Goldmann I 21; Lehmann-Ring Nr. 4). Unter Umfang des Gewerbebetriebs ist ein erheblicher quantitativer Inhalt zu verstehen. Dieser kann entweder in der großen Zahl der abgeschlossenen Geschäfte oder aber in wenigen Geschäften über hohe Objekte zum Ausdruck gelangen (näheres § 4 Anm. 18ff.). Der Umsatz ist nur einer der Faktoren, die für die Bestimmung des Geschäftsumfangs Berücksichtigung zu finden haben. Weiter kommen namentlich in Betracht das Anlagekapital, das Betriebskapital, der Ertrag, die Höhe der Gewerbesteuer, die Zahl der Angestellten, die Verwendung von Maschinen, die Räumlichkeiten für die Lagerung, Herrichtung und Verwertung der Waren, die Ausgaben für Anschaffungen und Löhne. Diese und ähnliche Tatsachen gestatten einen Schluß auf den Umfang des Betriebs, nur brauchen sie selbstverständlich nicht zusammenzutreffen.

Anm. 9. *ββ*) **Die Art des Unternehmens** muß einen kaufmännischen Betrieb erfordern. Dies trifft vor allem dann zu, wenn die Kompliziertheit des Betriebes kaufmännische Einrichtungen (s. oben Anm. 5), vor allem eine geordnete Buchführung erheischt. Im Gesetze können solche Unternehmungen nicht einzeln oder näher bestimmt werden (D. 10). Lastigs scharfsinniger Versuch (554ff.), diese Unternehmungen nach ihrem Gegenstande, dem Objekte des Betriebs, dem Wirtschaftsfelde, zu charakterisieren, liefert kein sicheres Unterscheidungsmerkmal; er gibt selbst zu, die Frage nicht objektiv gelöst, sondern ihre Entscheidung dem Gefühl der Gewerbetreibenden überlassen zu haben (56i). Der Versuch scheitert auch an den oben (Anm. 2) entwickelten Gründen. Die Art des Unternehmens wird kaufmännische Einrichtungen vornehmlich erfordern bei der nur allmählichen Anbahnung und Abwicklung geschäftlicher Beziehungen mit einem großen Kreise von Lieferanten, Kunden und sonstigen Beteiligten, insbesondere auch bei der Inanspruchnahme oder Gewährung von Kredit, bei Wechselverkehr usw. Sie sind aber nicht erforderlich, wenn es sich um einfache, rasch erledigte geschäftliche Beziehungen ohne Kreditverkehr handelt.

Hiernach ist es sehr wohl denkbar, daß ein Unternehmen trotz seines Umfangs nach seiner ganzen Anlage so einfach und durchsichtig ist, daß sich spezifisch kaufmännische Einrichtungen völlig erübrigen (KG. in OLGR. 2, 142; vgl. auch RGSt. in DJZ. 04, 1187). Beispiel: ein Hofmaurermeister beschäftigte einen Techniker, etwa 50 Gesellen und überdies Lehrlinge, er zahlte im Jahre durchschnittlich 76440 Mk. Löhne. Sein Unternehmen war daher als ein recht umfangreiches zu bezeichnen. Aber er war im wesentlichen nur als ausführender Maurermeister zumeist mit nicht von ihm angeschafftem Material für fremde Rechnung, namentlich für Behörden, tätig, seine Ausgaben beschränkten sich im allgemeinen auf Lohnzahlungen, die in üblicher Weise durch alsbaldige Barzahlungen beglichen wurden, er hatte keinen Wechselverkehr, beanspruchte keinen kaufmännischen Kredit. Ein solcher in den einfachsten Formen sich abwickelnder Gewerbebetrieb macht, wie mit Recht entschieden wurde (KG. a. a. O.) eine kaufmännische Organisation nicht erforderlich. Anders, wenn ein Maurermeister für eigene Rechnung die Materialien zu Bauwerken anschafft, wenn er zuweilen auch die vollständige Herstellung von Bauwerken übernimmt und mit den Bauhandwerkern für eigene Rechnung Werkverträge schließt. Er ist dann nicht bloß Maurermeister, sondern auch Bauunternehmer (KG. in OLGR. 7, 145f.). Aber selbst „im großen Umfange betriebene Tanz-,

Turn- und Schwimm-Unterrichtsanstalten, Gesindevermietungs-Bureaus werden eine kaufmännische Buchführung nicht erfordern, weil es sich regelmäßig um einmalige sofort abgelohnte Dienste, nicht um dauernde geschäftliche Beziehungen handelt" (Lehmann-Ring Nr. 5). § 2.

γγ) **Auch der Handwerker** unterliegt dem Eintragungszwange, wenn sein Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt; wenn also Art und Umfang seines Handwerksbetriebs eine kaufmännische Organisation nötig machen. Der § 4 steht nicht entgegen. Der § 2 will unzweideutig für **jeden** Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nötig macht, einerlei worin das Gewerbe besteht, den Firmenzwang begründen. Ausgenommen allein ist nach § 3 der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, nicht ausgenommen aber ist das Handwerk (zust. Dernburg I § 97; RG. in RGZ. 21 A S. 71; abweichend BayObLG. in OLGR. 8, 250; s. a. § 4 Anm. 8). Anm. 10.

c) **Die Firma des Unternehmers muß eingetragen sein.** So lange die Firma des Unternehmers nicht eingetragen ist, ist ein unter § 2 fallendes Gewerbe kein Handelsgewerbe, der Unternehmer nicht Kaufmann, auch wenn sein Gewerbebetrieb noch so umfangreich ist und noch so dringend einer kaufmännischen Einrichtung bedarf; er ist auch dann nicht Kaufmann, wenn der Gewerbebetrieb dem Bedürfnisse entsprechend kaufmännisch eingerichtet ist; auch dann nicht, wenn er eine Firma tatsächlich führt. Unter Umständen kann er dadurch allerdings als Kaufmann **gelten** und kaufmännische Verpflichtungen auf sich nehmen (s. hierüber Exk. zu § 5). Der Unternehmer kann also seine Kaufmannseigenschaft und die daran geknüpften öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zur Buchführung usw. durch Verzögerung der Eintragung hintertreiben. Anm. 11.

Andererseits ist aber auch die Eintragung genügend, Bekanntmachung ist nicht erforderlich, um die Kaufmannseigenschaft zu begründen. Insofern kann man sagen, die Eintragung habe **konstitutive** Bedeutung (über ungehörige Eintragung s. Anm. 14). Indessen kann nach § 15 der Unternehmer jedem Dritten die erfolgte, aber **nicht publizierte** Eintragung nur dann entgegenhalten, wenn sie diesem nachweislich bekannt war (Düringer-Hachenburg I 40).

Genügend ist übrigens, daß der **erste** Inhaber des Gewerbes seine Firma hat eintragen lassen. **Ein etwaiger Geschäftserwerber wird sofort Kaufmann,** wenn er das Geschäft mit dem Firmenrecht erwirbt. Denn dann ist ja seine Firma eingetragen und der Geschäftsveräußerer hört in diesem Zeitpunkte auf, Kaufmann zu sein (Anm. 15f.).

2. **Die Wirkung des Zusammentreffens dieser Voraussetzungen ist die Kaufmannseigenschaft des Gewerbeinhabers** (vgl. auch § 1 Anm. 23). Anm. 12.

a) Es ist nur notwendig, daß die Voraussetzungen zusammentreffen. Es ist nicht gerade notwendig, **daß die Eintragung zeitlich nachfolgt** und so gewissermaßen dem im Sinne des § 2 betriebenen Gewerbe das staatliche Siegel aufdrückt. Erfüllt ein zu Unrecht eingetragener Betrieb nachträglich die Voraussetzungen des § 2, erreicht er z. B. nachträglich den erforderlichen Umfang, so bedarf es keiner neuen Eintragung. Vielmehr treffen in diesem Augenblicke die Voraussetzungen des § 2 zusammen und der Eingetragene ist Kaufmann.

b) Die Wirkung ist: **der Eingetragene wird Kaufmann, und zwar Vollkaufmann.** Ein unter § 2 fallender Gewerbeunternehmer kann niemals Minderkaufmann sein, sondern er ist entweder Vollkaufmann oder Nichtkaufmann. Denn unter § 2 fällt er nur dann, wenn **Art und Umfang** seines Gewerbes eine kaufmännische Einrichtung erfordert, und das ist der Gegensatz für die Regel zum Handwerk und stets zum Kleingewerbe im Sinne des § 4. Anm. 13.

Als Vollkaufmann untersteht er allen Verpflichtungen eines solchen, öffentlichrechtlichen und zivilrechtlichen. Ihre Aufzählung ist hier nicht erforderlich.

c) Diese Wirkungen treten aber nur ein, **wenn alle Voraussetzungen des § 2 zusammentreffen:** falls also ein Gewerbe vorliegt, das nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und falls die Firma eingetragen ist. Wenn also Anm. 14.

§ 2. der Gewerbebetrieb z. B. weniger umfangreich, der Inhaber aber gleichwohl eingetragen ist, so besteht die Eintragung **zu Unrecht** und der Eingetragene ist nicht Kaufmann (aber er gilt als solcher im Rahmen des § 5; dort näheres); wenn der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, so ist er erst recht kein Kaufmann (über die Folgen der Eintragung im Rechtsverkehr s. den Exk. zu § 5); wenn er endlich ein Gewerbe, wie es § 2 voraussetzt, betreibt und nicht eingetragen ist, so ist er nicht Kaufmann (ob und unter welchen Umständen und mit welchen Wirkungen er gleichwohl als Kaufmann im Rechtsverkehr in Anspruch genommen werden kann, darüber s. Exk. zu § 5).

Anm. 15. 3. **Die Kaufmannseigenschaft dauert aber auch nur solange, als ihre Voraussetzungen vorliegen;** diese sind, wie für Beginn, so für Fortdauer und Ende maßgebend (s. a. § 1 Anm. 24ff.). Fällt eine der Voraussetzungen weg, so treten die eben erörterten Wirkungen analog ein, wie wenn eine der Voraussetzungen von vorn herein nicht vorhanden wäre.

a) Hört der Gewerbebetrieb überhaupt auf, so hört der Inhaber auf Kaufmann zu sein (ebenso Gierke § 12). Auch § 5 greift dann nicht Platz, da dieser einen Gewerbebetrieb voraussetzt. Ob und unter welchen Umständen und mit welchen Wirkungen der Inhaber zufolge der Eintragung gleichwohl noch als Kaufmann im Rechtsverkehr in Anspruch genommen werden kann, darüber s. Exk. zu § 5.

Anm. 16. b) Hört der Gewerbebetrieb auf, nach Art oder Umfang eine kaufmännische Einrichtung zu erfordern, so endet ebenfalls die Kaufmannseigenschaft. Aber der Inhaber gilt doch während der Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht noch als Kaufmann, und zwar zufolge und im Rahmen des § 5.

Anm. 17. c) Wird die Firma, gleichviel ob mit oder gegen den Willen des Inhabers, gelöscht, während ihr Inhaber das Gewerbe noch in kaufmännischer Weise gemäß § 2 betreibt, so endet gleichwohl seine Kaufmannseigenschaft. Die D. (15) scheint allerdings auf anderem Standpunkte zu stehen. Allein mit dem Wegfall der Voraussetzungen muß auch die Wirkung fortfallen. Freilich kann die Löschung in solchem Falle nur zu Unrecht erfolgt sein, und der Unternehmer bleibt verpflichtet bzw. berechtigt, seine Firma wieder eintragen zu lassen. Aber er ist nicht Kaufmann, solange seine Firma nicht eingetragen ist. Wenn es auch im § 2 heißt: „sofern die Firma eingetragen worden ist", so sind damit nur die Voraussetzungen der Entstehung der Kaufmannseigenschaft aufgestellt. Für das Erlöschen entscheidet dieser Wortlaut nicht, sondern anderweite sachliche Erwägungen (abw. Lehmann-Ring § 1 Nr. 33; Gierke § 12; zust. Schirrmeister in ZHR. 49, 34 und Cosack § 7[24], der früher abwich).

Übrigens greifen in diesem Falle, wo die Firma gelöscht wird, der Unternehmer aber seinen kaufmännischen Gewerbebetrieb fortsetzt, zum Schutze des Dritten andere Grundsätze Platz: vgl. den Exk. zu § 5 und die Erl. zu § 15.

B. Die rechtspolizeiliche Vorschrift.

Anm. 18. Die Inhaber von Gewerbeunternehmungen, die nach Art und Umfang einen kaufmännisch-eingerichteten Gewerbebetrieb erfordern, **müssen ihre Firma eintragen lassen.** Die Eintragung folgt den allgemeinen Regeln, sowohl was die Wahl der Firma, als auch was den Zwang zur Eintragung betrifft. Es ist hier nicht der Ort, diese Vorschriften zu erörtern. Auch der Inhalt des Prüfungsrechts des Registerrichters richtet sich nach anderweit zu entwickelnden Grundsätzen (s. Erl. zu § 14 und zu § 29). Hier ist besonders hervorzuheben, einmal, daß die Firma den Erfordernissen einer ursprünglichen Firma entsprechen muß (OLG. Stuttgart in OLGR. 2, 145), sodann, daß der Registerrichter sowohl bei dem Zwange zur Anmeldung als auch bei der Prüfung der erfolgten Anmeldung nach seinem Ermessen darüber zu befinden hat, ob die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Wie er diese Überzeugung gewinnt, ist seine Sache. Er kann sich hier, wie sonst, auch bei glaubhaften Erklärungen der Parteien beruhigen, soll sie aber nicht ohne weiteres seiner Entscheidung zugrunde legen. Vielmehr hat er von Amts wegen (nach § 12 FGG.) die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen

zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Die erheblichen Tatsachen sind aber objektiv festzustellen (KG. in KGJ. 21 A S. 75), einerlei ob ein Antrag des Unternehmers auf Eintragung vorliegt oder nicht. Die Feststellung kann sich auch auf die Erklärungen der Parteien gründen, wenn sie dem Gericht zuverlässig erscheinen (s. a. Erl. zu § 8 Anm. 9ff.). Der Richter kann hierbei auch die Organe des Handelsstandes um ihre unterstützende, insbesondere beauskunftende Tätigkeit angehen (§ 126 FGG.). Der Eintragungspflichtige kann vom Richter durch Ordnungsstrafen (§§ 132ff. FGG.) angehalten werden. Freilich wird dieses Zwangsmittel sich gerade im vorliegenden Falle oft als stumpfe Waffe erweisen, wenn der Anmeldepflichtige die Zahlung der Ordnungsstrafen gegenüber der Eintragung als das geringere Übel ansieht. Es fehlt eine Bestimmung, wonach äußersten Falles das Registergericht von Amts wegen die Eintragung vornehmen darf (Schirrmeister in ZHR. 49, 45). — Näheres über das Verfahren s. in der Erl. zu § 14 und zu § 29. § 2.

Zusatz: Übergangsfrage. Personen, die am 1. Januar 1900 ein Gewerbeunternehmen im Sinne des § 2 betrieben, das nicht unter § 1 fiel, sind verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, und sind, nachdem dies geschehen ist, Vollkaufleute. Waren sie schon eingetragen, so wurden sie am 1. Januar ohne weiteres Kaufleute. Anm. 19.

§ 3.

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirthschaft finden die Vorschriften der §§ 1, 2 keine Anwendung. § 3.

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirthschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß § 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

Lit.: v. Bülow, Der Begriff des Nebengewerbes im § 3 HGB. (Holdheim 8, 182); Ritter, Landwirtschaftliches Nebengewerbe (ArchBürgR. 20, 291).

Der vorliegende Paragraph, der keine neue Klasse von Handelsgewerben bringt, **statuiert Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 1 und 2 für die Land- und Forstwirte.** Dabei werden zwei Fälle behandelt: 1. die Land- oder Forstwirtschaft wird ohne Nebengewerbe betrieben; 2. mit der Land- oder Forstwirtschaft ist ein Nebengewerbe verbunden, welches an sich unter die §§ 1 oder 2 fiele. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Erster Fall: Die Land- oder Forstwirtschaft wird ohne Nebengewerbe** (s. Anm. 4 ff.) **betrieben.** Die Anwendung der §§ 1 und 2 ist in diesem Falle selbst dann ausgeschlossen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Anm. 1.

a) Unter der **Landwirtschaft** versteht man denjenigen Zweig wirtschaftlicher Tätigkeit, der die Erzeugung pflanzlicher oder tierischer (organischer) Rohstoffe zum Gegenstande hat und sich zu diesem Zwecke mit der Bebauung des Bodens — Landbau — und mit der Pflege landwirtschaftlicher Nutztiere — Viehzucht — befaßt; der Landwirtschaft gehört nicht minder die Verwertung der selbstgewonnenen pflanzlichen und tierischen Produkte an, auch die hierzu dienenden gewerblichen Einrichtungen des Landwirts sind Bestandteile, nicht Nebengewerbe seines Betriebs (KG. in RJA. 2, 136). Zum Landbau gehören Acker-, Wein-, Obst-, Gemüse-, Tabakbau; ob Gärtnerei, kann im Einzelfalle zweifelhaft

§ 3. sein. Wenn sich die Viehzucht selbständig lediglich durch Pflege mit angekauftem Futter, z. B. bei einer selbständigen Molkerei mit Stallfütterung, vollzieht, fällt sie unter § 2 (ROHG. 14, 266). Unter der **Forstwirtschaft** versteht man die auf Erzeugung und Gewinnung von Waldprodukten, auf planmäße Auf- und Abforstung gerichtete menschliche Tätigkeit (Gareis Anm. 1 und 2); das Halten von Baumschulen gehört nicht hierher, sondern zur Gärtnerei (Lehmann-Ring Nr. 1).

Die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe werden unter § 1 nur selten fallen. Meist fallen sie unter den Begriff der Urproduktion und deshalb ist die Anwendung der Nr. 1 und 2 des § 1, die hier in Frage kommen könnten, schon von selbst ausgeschlossen (Anm. 37 zu § 1). Indessen kann doch auch ein landwirtschaftliches Gewerbe an sich unter § 1 Nr. 1 und 2 fallen, so z. B. wenn Magervieh zum Zwecke der Mästung und Weiterveräußerung der angekauften Stücke angeschafft wird (Nr. 1), oder wenn das Dreschen fremden Getreides auf der sonst für die eigenen Produkte bestimmten Dreschmaschine gegen Vergütung besorgt wird (Nr. 2; vgl. § 1 Anm. 57 und Düringer-Hachenburg I, 43). Dagegen werden die Merkmale des § 2 sehr häufig vorliegen, nämlich immer dann, wenn der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Anm. 2. b) Trotz des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 1 oder 2 sollen nun diese Paragraphen keine Anwendung finden, wenn der Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft **ohne Nebengewerbe** erfolgt (vgl. Anm. 4 ff.). In diesem Falle betreibt der Landwirt also kein Handelsgewerbe, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 vorliegen, er selbst ist kein Kaufmann, braucht keine Handelsbücher zu führen, seine Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte usw.; er braucht sich endlich in das Firmenregister nicht eintragen zu lassen und hat dazu auch kein Recht, weder wenn die Voraussetzungen des § 1, noch wenn die des § 2 vorliegen.

Ist seine Firma gleichwohl eingetragen, so ist er trotzdem kein Kaufmann, aber er gilt während der Dauer der Eintragung zivilrechtlich als Kaufmann vermöge und im Rahmen des § 5 (s. Erl. zu § 5).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Zweiter Fall: Mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ist ein erhebliches Nebengewerbe verbunden** (über den Begriff der Erheblichkeit hier s. Anm. 9). Auch in diesem Falle ist der Unternehmer nicht ohne weiteres Kaufmann. Aber er kann es werden durch Eintragung. Diese aber beruht auf seiner freien Entschließung, nicht jedoch die Löschung.

a) Voraussetzung ist also, daß mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein erhebliches Nebengewerbe verbunden ist.

Anm. 4. α) **Ein Nebengewerbe** des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes muß vorliegen. Eine gesetzliche Festlegung des Begriffs „Nebengewerbe" ist vermieden. Der Kommissionsvorschlag: „Als Nebengewerbe ist nur ein solches Unternehmen anzusehen, welches ausschließlich oder der Hauptsache nach zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der mit dem Nebengewerbe verbundenen Land- und Forstwirtschaft dient" wurde fallen gelassen (näheres Düringer-Hachenburg I 45.). Der Begriff ist daher selbständig zu entwickeln. Als Nebengewerbe ist ein Gewerbe anzusehen, das sich als Ausfluß des landwirtschaftlichen Betriebes darstellt, mit ihm verbunden ist und in ihm die einzige oder Hauptstütze findet; das landwirtschaftliche Unternehmen muß das Hauptunternehmen bleiben (s. RG. 1, 267; BayObLG. in OLGR. 7, 380). Zu den Nebengewerben in diesem Sinne gehören solche Gewerbe, bei denen die im Hauptbetriebe gewonnenen Erzeugnisse oder Abfälle einer ferneren, sie wertvoller machenden Be- oder Verarbeitung unterzogen werden (KG. in RJA. 2, 137). Namentlich liegt auch dann ein Nebengewerbe vor, wenn das Unternehmen die Ausbeutung der anorganischen Bodenbestandteile des im allgemeinen der Landwirtschaft gewidmeten Grundbesitzes bezweckt (KG. in OLGR. 3, 402 und 6, 233; gegenteiliger Meinung von

Bülow bei Holdheim 8, 185). Eine Verbindung mit dem landwirtschaftlichen Betriebe ist nötig, d. h. eine innerliche, die vorliegt, wenn das Nebengewerbe in der Betriebsweise oder dem Betriebsgegenstande einen Zusammenhang mit dem konkreten landwirtschaftlichen Betriebe hat; ausgedrückt im Gesetze durch die Worte: „nur" ein Nebengewerbe „des" (d. i. des konkreten, einzelnen) land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs usw. (ebenso Makower I 16). Ein Bankier z. B., der zugleich Rittergutsbesitzer ist, betreibt zwei ganz getrennte Gewerbe; als Bankier ist er Kaufmann, als Rittergutsbesitzer Landwirt (Lehmann-Ring Nr. 3). Meist wird die Verbindung der Betriebe auch eine örtliche sein, doch ist dies nicht notwendig; eine Brauerei kann im Dorfe, getrennt vom Gute, liegen. Aber es darf trotz des inneren Zusammenhanges der Nebenbetrieb nicht eine gewisse Selbständigkeit verlieren. Ist er nur ein Bestandteil des landwirtschaftlichen Betriebes, besteht er z. B. nur im Ankauf von Dünger, Samen, Arbeitsgerät oder Verkauf der gewonnenen Produkte, so steht kein Handelsgewerbe in Frage, sondern nur eine geschäftliche Hilfstätigkeit (Verwertungstätigkeit) des landwirtschaftlichen Betriebs, also landwirtschaftliche Tätigkeit selbst (s. Anm. 1); es steht daher auch kein Nebengewerbe in Frage (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 2). § 3.

Als Beispiele von Nebengewerben sind zu nennen: Butter- und Käsebereitung, Brauerei, Branntweinbrennerei, Obst-, Wein- und Essigfabrikation, Kunstgärtnerei, Torfbereitung, Holzkohlengewinnung, Harz- und Pechgewinnung, Talgsiederei, Seifensiederei, Ölmüllerei, Holzzurichtung und Holzkonservierung, Mühlenbetrieb, Schieferbruch, Sand-, Kies- und Kalkgewinnung, Tongräberei und Tonröhrenfabrikation, Ziegelei (RJA. 2, 137), Zementdachsteinfabrikation, Lohndrusch. Anm. 5.

Liegen die oben (Anm. 4) entwickelten Voraussetzungen vor, so ist es belanglos: Anm. 6.

$\alpha\alpha$) ob das Nebengewerbe im Verhältnis zum eigentlichen Landwirtschaftsbetriebe einen erheblichen Umfang, eine beträchtliche Größe, ja vielleicht einen höheren Umsatz, als das landwirtschaftliche, erlangt hat (OLGR. 3, 402 und 6, 233). Nur muß immer die Landwirtschaft das Hauptunternehmen bleiben, an das sich das Nebengewerbe angliedert. Z. B. einem landwirtschaftlichen Unternehmen gegenüber, das mit 240000 Mk. zu Buche steht und ein Betriebskapital von 60000 Mk. hat, erscheint eine Dampfziegelei und Zementdachsteinfabrik mit etwa 85000 Mk. Buchwert und etwa 20000 Mk. Betriebskapital untergeordnet (RJA. 2, 138); ebenso einem landwirtschaftlichen Betrieb gegenüber, der jährlich mindestens 400 Morgen mit Zuckerrüben bebaut, ein Ziegeleiunternehmen, das 125000 Stück Ziegel jährlich fabriziert (RG. in RJA. 3, 76).

$\beta\beta$) ob in dem Nebengewerbe außer den eigenen Erzeugnissen und Arbeitskräften auch anderwärts bezogene Stoffe und fremde Arbeitskräfte verarbeitet werden (BayObLG. in OLGR. 7, 380). Aber auch hier ist die Grenze zu ziehen, daß die eigenen Erzeugnisse die Hauptsache bilden müssen; in dieser Beziehung kann die Menge allein nicht maßgebend sein, sondern es kommt auf die wirtschaftliche Bedeutung der verschiedenen Stoffe an (RG. in RJA. 4, 153). Nicht Nebengewerbe, sondern ein selbstständiges Hauptgewerbe liegt z. B. dann vor, wenn zu der Ziegelei eines Landwirts der Ton in der Hauptsache (etwa zu $^2/_3$) gekauft oder durch Pachtung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke erworben wird (RG. in RJA. 4, 153 unter treffender Begründung und Bezugnahme auf die Materialien). Ebensowenig liegt Nebengewerbe vor, wenn z. B. der Landwirt eine Sägemühle betreibt, zu der er in der Hauptsache fremde Wasserkraft benutzt, oder in der er hauptsächlich fremde Hölzer schneidet, oder wenn eine Brennerei hauptsächlich auf den Zukauf von Kartoffeln angelegt ist. Anm. 7.

β) Verliert in den Fällen zu $\alpha\alpha$ und $\beta\beta$ der landwirtschaftliche Betrieb den Charakter des Hauptunternehmens, oder, positiv ausgedrückt, gewinnt der Nebenbetrieb den Charakter eines getrennten Hauptgewerbes, dann greift das Privilegium des § 3 Abs. 2 nicht Platz. Vielmehr finden dann auf das zweite Gewerbe die Vorschriften der §§ 1 Anm. 8.

§ 3. und 2 Anwendung; der Gewerbetreibende ist Kaufmann nach § 1 oder muß Kaufmann werden nach § 2, soweit die Voraussetzungen dieses Paragraphen an sich vorliegen.

Anm. 9. γ) Das Nebengewerbe **muß einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb fordern** (über diese Merkmale s. § 2 Anm. 5ff.); dies Erfordernis drückten wir oben (Anm. 3) der Kürze halber mit dem Stichwort: „erheblich" aus. Es muß entweder ein Handelsgewerbe gemäß § 1 (kraft des Gegenstandes des Gewerbes) oder gemäß § 2 (kraft der Betriebsart des Gewerbes) vorliegen. Aber es muß auch im Falle des § 1 nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtung erfordern. Sonst wäre der Landwirt trotz des Betriebes eines unter § 1 fallenden Nebengewerbes Nichtkaufmann und nicht berechtigt, sich durch Eintragung der Firma zum Kaufmann zu machen. Im Gesetze ist dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es im § 3 Abs. 2 heißt: der Landwirt habe in solchen Fällen das Recht, seine Firma „gemäß § 2" in das Handelsregister eintragen zu lassen. Auch der landwirtschaftliche Betrieb darf übrigens kein Zwergbetrieb sein; denn ein Großgewerbe kann der Natur der Sache nach nicht Nebengewerbe für einen Kleinbetrieb sein (Lehmann-Ring Nr. 6).

Fordert das Nebengewerbe keine kaufmännischen Einrichtungen, so greift Abs. 1 unseres Paragraphen Platz (s. oben Anm. 1 u. 2).

Anm. 10. b) Selbst beim Vorliegen dieser Voraussetzungen (zu a Anm. 3ff.) finden die §§ 1 und 2 **keine unbedingte** Anwendung. Vielmehr ist das Nebengewerbe nur dann ein Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer seine Firma eintragen läßt, und dazu ist der Unternehmer **berechtigt, aber nicht verpflichtet.** Er wird nur dann Kaufmann (näheres Anm. 14), wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht. Hat aber der Unternehmer von der Befugnis der Eintragung einmal Gebrauch gemacht, so ist die Löschung der Firma seiner Willkür entrückt. Im einzelnen ist hier zu bemerken:

Anm. 11. α) Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich eintragen zu lassen. Dies gilt auch dann, wenn der Landwirt sich für den Betrieb des Nebengewerbes mit Nichtlandwirten zu einer Gesellschaft verbunden hat (KG. in RJA. 3, 74). Der Grundsatz der Korrespondenz zwischen Recht und Pflicht zur Firmeneintragung ist damit durchbrochen (eine weitere Durchbrechung s. im § 36). Nicht mit Unrecht hat der § 3 deswegen scharfe Angriffe erfahren (vgl. Düringer-Hachenburg I 44f.). Der Antrag des Unternehmers auf Eintragung unterliegt der Prüfung des Registerrichters (s. hierüber Anm. 18 zu § 2).

Anm. 12. β) Nur dann ist der Landwirt Kaufmann, wenn er ein erhebliches Nebengewerbe betreibt und eingetragen ist. Solange er nicht eingetragen ist, ist er trotz eines solchen Betriebes nicht Kaufmann. Ebenso aber ist er nicht Kaufmann, wenn er eingetragen ist, obwohl sein Nebengewerbe als erhebliches Nebengewerbe in dem oben Anm. 3ff. dargelegten Sinne nicht oder nicht mehr zu betrachten ist. Indessen gilt er in diesem Falle in zivilistischer Hinsicht als Kaufmann im Rahmen des § 5. Ist endlich das Nebengewerbe nicht erheblich und die Firma nicht eingetragen, so ist er lediglich Nichtkaufmann gemäß Abs. 1 (s. oben Anm. 1 u. 2).

Anm. 13. γ) Ist der Landwirt hiernach Kaufmann, **so ist er Vollkaufmann.** Minderkaufmann kann er überhaupt nicht sein. Denn er ist nur dann Kaufmann, wenn sein Nebengewerbe nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert, und das ist das Gegenteil von Minderkaufmannsbetrieb (s. Anm. 9 und die Erl. zu § 4, bes. Anm. 17).

Anm. 14. δ) Die Wirkung der begründeten Eintragung ist, daß der Inhaber des landwirtschaftlichen Nebengewerbes zwar Kaufmann ist, **aber eben nur Kaufmann als Inhaber dieses Nebengewerbes**; dies ergibt deutlich der Wortlaut unseres Absatzes 2 („so findet auf dieses der § 2 . . . Anwendung") und steht auch im Einklang mit dem in Anm. 23 zu § 1 gefundenen Prinzip. Nur dieses Nebengewerbe ist ein Handelsgewerbe. Nur insofern ist der Eingetragene zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet; hierbei hat er nach allgemeinen Grundsätzen der Buchführungspflicht neben den Rechtsgeschäften des

Nebengewerbes, die im einzelnen zu buchen sind, auch die Ergebnisse des Hauptbetriebes, wie ja überhaupt die Ergebnisse seiner sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit, anzugeben (s. zu § 38). Nur für sein Nebengewerbe kann er Prokuristen anstellen, nur die in diesem Betriebe Bevollmächtigten sind Handlungsbevollmächtigte, nur die dort Angestellten sind Handlungsgehilfen, nur hinsichtlich dieses Betriebes kann er sich mit anderen Personen zu Handelsgesellschaften vereinigen, nur die in diesem Betriebe abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte, für welche die Vorschriften des 3. Buches (z. B. §§ 343, 377) Anwendung finden. Dagegen sind die Geschäfte im land- oder forstwirtschaftlichen Hauptbetrieb niemals Handelsgeschäfte und auf sie finden die fraglichen Bestimmungen keine Anwendung. Hat z. B. der wegen eines Mühlenbetriebs als Kaufmann eingetragene Landwirt für seinen Landwirtschaftsbetrieb Sämereien gekauft, so gilt für diesen Kauf nicht die sofortige Rügepflicht aus § 377 (a. M. Dr. Danziger-Berlin in einem Vortrag, abgedruckt im „Saaten-, Dünger- und Futtermarkt" 02, 1401 ff.). Der § 5 (s. dort namentl. Anm. 4 ff.) steht damit nicht im Widerspruch, denn die dort aufgestellte Rechtsregel gilt gleichsfalls nur „für das unter der Firma betriebene Gewerbe", also, auf den vortragenden § 3 angewendet, für das Nebengewerbe usw. § 3.

4) Einmal eingetragen, ist der Landwirt zum Antrage auf Löschung nicht ohne weiteres berechtigt, sondern nur unter den allgemeinen Voraussetzungen (erst im Entw. II aufgenommen). Also insbesondere dann, wenn er sein Nebengewerbe aufgibt oder wenn es aufhört, den Erfordernissen zu entsprechen, die den Antrag auf Eintragung gerechtfertigt haben, namentlich auch wenn es nur noch in so geringem Umfange betrieben wird, daß es als Kleingewerbe zu betrachten ist. Anm. 15.

Wird die Firma zu Unrecht gelöscht, d. h. obwohl sein Nebengewerbe noch so beschaffen ist, daß der Antrag auf Eintragung begründet gewesen wäre, so hört er gleichwohl auf Kaufmann zu sein, weil die beiden Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft (landwirtschaftliches Nebengewerbe und Eintragung) nicht mehr vorliegen (anders die D. 16; Lehmann-Ring Nr. 8; s. unsere analoge Ausführung in Anm. 17 zu § 2). Dagegen ist er verpflichtet, die Firma wieder eintragen zu lassen, weil ja die Löschungsfrage seiner Willkür entzogen ist (Gareis Anm. 7e). Anm. 16.

5) Veräußert der Inhaber des Nebengewerbes, einerlei ob die Eintragung der Firma erfolgt war oder nicht, dasselbe allein ohne den Hauptbetrieb, so hört es auf ein landwirtschaftliches Nebengewerbe zu sein; dieses setzt begrifflich eine Personalunion voraus. Auf einen solchen Rechtsnachfolger finden die Vorschriften der §§ 1 und 2 unbedingte Anwendung. Bei eingetragener Firma ist im Falle gemeinsamer Veräußerung des Haupt- und Nebenbetriebes mit dem Firmenrecht der Rechtsnachfolger ohne weiteres Kaufmann, auch ehe der Wechsel der Inhaberschaft registriert ist. Werden die Betriebe ohne das Firmenrecht veräußert, so greift § 3 in vollem Umfange Platz: der Rechtsnachfolger ist zunächst Nichtkaufmann, kann sich aber nach seinem Belieben durch Eintragung zum Kaufmann machen. Anm. 17.

Stirbt der Inhaber des landwirtschaftlichen Hauptgewerbes, und geht der Nebenbetrieb allein, einerlei ob die Eintragung der Firma erfolgt war oder nicht, auf einen Erben über, so greifen die §§ 1 und 2 Platz. Gehen bei eingetragener Firma beide Betriebe gemeinsam auf einen Erben über und setzt dieser das Geschäft mit Firma fort, so wird er sofort Kaufmann, ehe noch die Rechtsnachfolge registriert ist. Aber er ist auch berechtigt, das Geschäft ohne Firma fortzusetzen und kann in diesem Falle die Firma zur Löschung bringen (Düringer-Hachenburg I 52).

Zusatz: Übergangsfragen. Betrieb am 1. Januar 1900 ein Landwirt ein Gewerbe, das nach dem alten Recht ein Handelsgewerbe war, so hörte er an diesem Tage auf Kaufmann zu sein, brauchte, wenn seine Firma noch nicht eingetragen war, sich nicht eintragen zu lassen und konnte seine Firma löschen lassen, wenn sie eingetragen war. So lange dies nicht der Fall ist, Anm. 18.

§ 3. greift allerdings § 5 Platz (s. die Erl. zu § 5). Betrieb er am 1. Januar 1900 als Nebengewerbe ein Handelsgewerbe und war er an diesem Tage bereits eingetragen, so konnte er die Löschung der Firma verlangen. Auf eine solche Eintragung findet, da sie nicht unter der Herrschaft des neuen Gesetzes stattgefunden hat, der Schlußsatz des § 3 nicht Anwendung. Nur mußte er die Löschung ungesäumt verlangen, sonst ist anzunehmen, daß er mit der Fortdauer der Kaufmannseigenschaft einverstanden ist (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 10).

§ 4.

§ 4. Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.

Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

Lit.: Lotze, Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes (Gruchot 44, 404); Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann (Holdheim 7, 297); Kuckuck, Zur Auslegung des § 4 Abs. 1 (Holdheim 13, 124).

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die sogenannten Minderkaufleute.** Es empfiehlt sich nicht, sämtliche Vorschriften über Kaufleute auf alle Kreise von Kaufleuten, die wirtschaftlich sehr verschiedenartige Elemente umfassen, anzuwenden, weil eine Anzahl Vorschriften (aufgezählt in den §§ 4, 348—350) für Kaufleute von geringerer Bedeutung nicht passen. Diese Kaufleute werden Minderkaufleute genannt.

Bei der Erläuterung befolgen wir folgende Disposition: wir besprechen zunächst (zu I) den Kreis der Minderkaufleute, und sodann (zu II) den Kreis derjenigen Vorschriften, die für Minderkaufleute nicht zur Anwendung gelangen; in den Zusätzen die Frage, ob jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein kann, sowie die Übergangsfrage.

I. Der Kreis der Minderkaufleute.

Anm. 1. A. **Die nach unserer Ansicht zutreffende Begriffsbestimmung ist: Minderkaufleute sind solche Kaufleute kraft des Gegenstands des Gewerbes, d. h. solche unter § 1 fallende Kaufleute, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert.** Die Begründung der Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

Anm. 2. B. **Das Gesetz zählt zwei Klassen von Minderkaufleuten auf: Handwerker und diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.**

1. **Die Handwerker.** Vorauszuschicken ist, daß der wirtschaftliche und geschichtliche Begriff des Handwerks „als desjenigen gewerblichen Betriebssystems, bei dem der Produzent als Eigentümer der Betriebsmittel Tauschwerte für nicht seinem Haushalt angehörende Konsumenten erzeugt" (Bücher in Conrads Handwörterbuch unter dem Stichwort: „Gewerbe"; vgl. a. RG. in JW. 05, 337[4]) hier nicht maßgebend ist. Für den § 4 ergibt sich vielmehr aus Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift und aus seinem Zusammenhang mit den früheren und folgenden Paragraphen ein selbständiger Begriff des Handwerks, dessen Bestandteile besonders zu entwickeln sind.

Anm. 3. a) Das Handwerk — dies ist eins seiner wirtschaftlichen Merkmale — be- und verarbeitet. Hier aber sind lediglich die Inhaber derjenigen **Be- oder Verarbeitungs-**

gewerbe gemeint, die unter § 1 Nr. 1 fallen, d. h. diejenigen, die Material anschaffen, um es nach der Be- oder Verarbeitung zu veräußern. Um andere Be- oder Verarbeitungsgewerbe, als die aus Nr. 1, handelt es sich hier nicht. Denn die Inhaber anderer Be- oder Verarbeitungsgewerbe können nach dem Systeme des HGB. Minderkaufleute überhaupt nicht sein. Sie sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute. § 4.

α) Dies gilt zunächst von den sogenannten Bauhandwerkern, deren Geschäfte nicht in der Veräußerung beweglicher Sachen bestehen. Diese sind also überhaupt keine Kaufleute (s. Anm. 48 zu § 1), und die Frage, ob sie nicht aus irgend einem Grunde Minderkaufleute sind, kann gar nicht aufgeworfen werden. Sie können allerdings Kaufleute nach § 2 werden, aber nur bei Großbetrieb (z. B. eine große Bautischlerei oder Bauschlosserei; KG. in KGJ. 21 A S. 72). Wer indes Kaufmann nach § 2 wird, ist eben begrifflich nur Vollkaufmann (vgl. Anm. 5). Anm. 4.

β) Ferner gehören nicht in den Bereich unseres § 4 diejenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, welche unter § 1 Nr. 2 fallen, wenngleich sie historisch und nach der wirtschaftlichen Anschauung zum Handwerk gehören. Solche Gewerbe, die sich mit der Übernahme der Be- oder Verarbeitung für Andere, also ohne Anschaffung eigenen Materials, beschäftigen, setzen, um überhaupt ein Handelsgewerbe zu sein, voraus, daß der Betrieb nach Art und Umfang über das Handwerk hinausgeht. Ist dies nicht der Fall, so ist das Geschäft überhaupt kein Handelsgewerbe, der Inhaber überhaupt nicht Kaufmann. Ist es aber der Fall, so ist der Inhaber Kaufmann, aber Vollkaufmann (s. § 2 Anm. 10). Ein Minderkaufmann kann der Inhaber eines solchen Betriebes also überhaupt nicht sein; es kann daher die den Gegenstand unseres § 4 bildende Frage, wann ein Kaufmann Minderkaufmann ist, auch bei dieser Kategorie von Be- oder Verarbeitungsgewerben nicht aufgeworfen werden. (Nichtkaufmann ist hier z. B. der Maurer, die Näherin, der Flickschneider.) Das gleiche gilt bei den Druckereigewerben (§ 1 Nr. 9). Und zur weiteren Verdeutlichung soll auch in diesem Zusammenhang wiederholt werden, daß Zugabe von Arbeitsmitteln und Zutaten (Kleider, Zwirn, kleine Flickchen usw.) das Gewerbe aus dem Rahmen des § 1 Nr. 2 nicht herauszuheben vermag (vgl. Anm. 43 zu § 1). Anm. 5.

γ) Sodann gehören nicht in den Bereich unseres § 4 diejenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, die unter § 3 fallen. Das sind die Fälle, in denen ein Land- oder Forstwirt ein an sich unter § 1 fallendes Be- oder Verarbeitungsgewerbe als Nebengewerbe betreibt. Denn dieser wird dadurch nur Kaufmann, wenn er von seinem Recht, sich eintragen zu lassen, Gebrauch macht; das aber kann er nur bei mehr als handwerksmäßigem Betriebe, also kann er zwar Kaufmann, aber nur Vollkaufmann werden (s. Anm. 12 zu § 3). Anm. 6.

b) Die Inhaber dieser Be- und Verarbeitungsgewerbe, die das Material selbst anschaffen, sind Minderkaufleute, wenn sie nur als Handwerker zu betrachten sind, und Vollkaufleute, wenn sie nicht als bloße Handwerker zu betrachten sind. Anm. 7.

Wann ist nun ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker im Sinne des § 4 zu betrachten? Wann liegt Handwerk vor? Die Antwort ist: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Staub (in Aufl. 6/7 Anm. 3ff.) legte nur auf das Merkmal des Umfanges Wert, indem er zwar zutreffend von der Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung in den §§ 2 und 4 ausging, fälschlich aber für den § 2 die Berücksichtigung der „Art" ausschied. Wie er aber für § 2 seine Auffassung (in den Materialien zu dieser Auflage, vgl. Anm. 7ff. zu § 2) richtigstellte, so auch hier. Auch das Reichsgericht (RGSt. 34, 103; 35, 283) gibt dem hier vertretenen gesunden Gedanken Ausdruck, die Bestimmung des § 4 bedeute, daß im Zusammenhalt mit dem, was im § 2 vorgesehen sei, Umfang und Art auch für § 4 berücksichtigt werden müsse. Danach kommt die Anm. 8.

§ 4. Eintragungspflicht der Handwerker nur dann in Frage, wenn ihr gewerbliches Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb fordert (übereinstimmend KG. in OLGR. 8, 92; s. a. § 2 Anm. 10).

Anm. 9. α) Abzulehnen ist also die Ansicht, wonach die Handwerker auf alle Fälle, auch wenn ihr Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert, die sog. Großhandwerker, zu den Minderkaufleuten zu rechnen seien (Marcus in Holdheim 12, 196 ff.; Lastig 596 und vereinzelte Entscheidungen, z. B. OLG. München in RJA. 4, 102; vgl. dagegen die Anm. 8—16 zitierten Entscheidungen). Diese Gegenmeinung stützt sich nur auf den Wortlaut, und es ist zuzugeben, daß der Relativsatz, „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht," sprachlich sich nicht auf die Handwerker mitbezieht. Aber Entstehungsgeschichte, Sinn und Stellung des § 4 bestätigen die hier vertretene Auffassung. Der Art. 10 des alten HGB. rechnete zu den Minderkaufleuten außer andern Gewerbetreibenden „diejenigen Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht". Ob dies der Fall war, wurde in der Judikatur von dem Umfang und der Art des Betriebes abhängig gemacht. War der Betrieb seiner Erheblichkeit wegen fabrikmäßig eingerichtet, so galt der Inhaber als Vollkaufmann (RGSt. 1, 381; 21, 209; 24, 81; 31, 178). Dieser Rechtszustand ist durch das neue HGB. im allgemeinen aufrecht erhalten. Aus der Denkschrift (18) ist zu ersehen, daß die Ersetzung der Worte aus Art. 10 durch die lakonische Bezeichnung „Handwerker" keine sachliche Änderung herbeiführen sollte. „Dem Handwerkerstande muß die durch seine Betriebsweise bedingte Sonderstellung, wie bisher, gewahrt bleiben." Bei der Beratung im Reichstag und in der Kommission ist wiederholt dem gleichen Gedanken Ausdruck gegeben worden. — Den Handwerker stellt der Abs. 1 unseres Paragraphen neben den Kleingewerbetreibenden; es ist keine Gegenüberstellung, sondern eine Nebeneinanderstellung. Unlogisch wäre es, wenn der Großhandwerker mit dem Kleingewerbetreibenden hätte zusammengekoppelt werden sollen. Entscheidend fällt endlich der Zusammenhang der Bestimmungen in den §§ 2 und 4 ins Gewicht (s. a. § 2 Anm. 10). Die Vorschrift des § 2 ist eine ganz allgemeine. Sie bezieht sich eben auch auf den Handwerker mit. Wenn ein Handwerker also sein Gewerbe in einer Weise betreibt, die nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert (§ 2), so unterliegt er dem Firmenzwang. Der § 4 behält gerade im Zusammenhalt mit § 2 seine wesentliche Bedeutung für den Handwerker. Dieser ist durch § 4 für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 2 (Betriebsumfang und Betriebsart, die eine kaufmännische Einrichtung erfordern) nicht vorliegen, von den Vorschriften über Firmen usw. ausgenommen, denen er nach sonstigen Grundsätzen, namentlich zufolge des § 1 Abs. 2 Nr. 1 mangels einer Sonderbestimmung unterfallen würde (KG. in KGJ. 21 A S. 71).

Anm. 10. β) Welche Momente kommen nun für die Entscheidung der Frage zur Anwendung, ob ein Handwerk nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht? Der bloße Gegensatz zwischen Handwerksbetrieb und Fabrikbetrieb erledigt diese Frage nicht. Es kann Handwerker geben, die in derselben Weise wie Fabrikanten, Maschinen, Arbeitsteilung usw. in Anwendung bringen, die aber infolge des geringen Umfanges ihres Betriebes nicht zu den Fabrikanten gehören. Außerdem umfaßt der Begriff Fabrikant die Be- und Verarbeitungsgewerbe auch aus § 1 Nr. 2, die überhaupt nicht unter den § 4 fallen (s. oben Anm. 3). Endlich ist die Grenze zwischen Fabrik und Handwerk kaum zu ziehen. Sie ist nicht einmal für die Gewerbeordnung bisher gefunden; man hat einen Preis auf die Lösung dieses gordischen Knotens setzen wollen und geht damit um, auf dem Wege der Gesetzgebung die Abgrenzung vorzunehmen. Die Unsicherheit der Grenze macht auch die Scheidung (in Preußen) zwischen Mitgliedern der Handels- und der Handwerkerkammern zu einer

ungemein schwierigen (Lastig 529ff.). Es ist daher nötig, für die Beantwortung der eingangs gestellten Frage selbständig die einzelnen Momente zu ermitteln, wobei auch der Gegensatz zwischen Handwerks- und Fabrikbetrieb häufig wertvolle Fingerzeige liefern kann. § 4.

Die Merkmale, in Rücksicht sowohl auf Umfang wie Art, sind ähnliche, wie wir sie schon im § 2 Anm. 8 bis 10 entwickelt haben. Hier wie dort kommt es auf den konkreten Fall an. Hier vor allen Dingen verliere man nicht aus den Augen, daß die Prüfung mit Rücksicht auf den Gewerbebetrieb eines Handwerkers zu erfolgen hat. In der Gestaltung moderner Verkehrsverhältnisse kann die Frage, ob ein Gewerbetreibender als Handwerker anzusehen ist, nur nach der in der Totalität des Geschäfts überwiegenden und deshalb für dessen Charakterisierung maßgebenden Haupttätigkeit beantwortet werden (RGSt. 31, 179). Anm. 11.

Neben den in Anm. 8 zu § 2 genannten Momenten für den Umfang (Umsatz ist nicht identisch mit Umfang, RGSt. 24, 80 und 357, vgl. a. unten Anm. 18f.) sind namentlich noch folgende für die Art zu berücksichtigen: die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte (Werkzeuge oder Maschinen), die Zahl und Qualität der im Betriebe beschäftigten Personen, die Art ihres Zusammenwirkens, insbesondere der Grad der stattfindenden Arbeitsteilung und die persönliche Arbeitsleistung des Unternehmers, die Zahl der Lieferanten und der Kunden, die — mehr oder minder verwickelte — Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu ihnen und zu den Angestellten, sowie der Umfang, in welchem Kredit gegeben und in Anspruch genommen wird und Wechselverkehr stattfindet (RG. in OLGR. 8, 92).

Diese und ähnliche Umstände brauchen selbstverständlich nicht alle zusammenzutreffen. Hinsichtlich der Art der Arbeitsmittel (Maschinen oder Werkzeuge) sei noch folgendes betont: sie ist bedeutungsvoll, aber nicht allein entscheidend. Hier könnte das Wort „Handwerk" irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das erzeugte Produkt im wesentlichen „der Hände Werk", allenfalls mit Zuhilfenahme von Werkzeugen (Handwerkszeug), hergestellt sein müsse. Allein unsere technischen Erfindungen haben auch die Handwerksbetriebe nicht unberührt gelassen. Auch unsere Handwerker: Schlosser, Tischler, Schuhmacher usw. arbeiten mit maschinellen Hilfsmitteln, ohne daß sie dadurch aufhören, Handwerker zu sein; sie bleiben vielmehr Handwerker, solange ihr Gewerbe so wenig umfangreich und von einer Art ist, daß es ohne kaufmännische Organisation rationell betrieben werden kann. Andererseits entscheidet auch das Vorwiegen der persönlichen Arbeitskraft, das Mitarbeiten des Meisters (RGSt. 24, 357) nicht immer für Handwerksbetrieb. Denn auch diese Momente können durch andere, die einen erheblichen Großbetrieb außer Zweifel stellen, aufgewogen werden. Endlich ist der Umstand allein, daß Arbeiten aus dem Hause gegeben werden, nicht geeignet, den Charakter der Handwerksmäßigkeit auszuschließen, ebensowenig wie die Beschäftigung der Gewerbsgehilfen in der eigenen Werkstätte ein sicheres Kennzeichen für bloßen Handwerksbetrieb ist (RG. in JW. 88, 427 [11]). Anm. 12.

Aus der Rechtsprechung vor 1900 werden diejenigen Urteile von Bedeutung sein, die obigen Kriterien (Art und Umfang, die eine kaufmännische Einrichtung erheischen) gerecht werden.

γ) Hier, wie beim § 2, ist der Ton darauf zu legen, Art und Umfang des Handwerksbetriebs müssen so beschaffen sein, daß sie eine kaufmännische Einrichtung **erfordern**, nicht darauf, daß das betreffende Handwerk eine kaufmännische Organisation **hat**. Doch wird der letztere Umstand auch hier meist den Rückschluß darauf zulassen, daß die kaufmännische Einrichtung erforderlich ist. Nur ausschließlich entscheidend ist er nicht. Anm. 13.

Daß andererseits der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, sondern sich fortschleppt in Einrichtungen, die man als handwerksmäßige bezeichnen muß, ist nicht

§ 4. erheblich. Denn es ist nur erforderlich, daß zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung die kaufmännische Organisation gehört. Die ordnungswidrige Art der Geschäftsführung entscheidet nicht, im Gegenteil sollen solche Personen gerade durch die Unterordnung unter das Handelsrecht gezwungen werden, in allen den Fällen, wo Art und Umfang des Gewerbebetriebes die kaufmännische Organisation erfordern, sie auch einzurichten.

Anm. 14. c) Hiernach (vgl. Anm. 8 bis 13) ist, um das Gesagte zusammenzufassen, **Handwerker im Sinne des § 4 Abs. 1** der Inhaber eines Gewerbes, das auf die Anschaffung von Material zum Zwecke der Be- und Verarbeitung und demnächstigen Veräußerung im beweglichen Zustande (§ 1 Nr. 1) gerichtet ist, sofern Art und Umfang des Gewerbes eine kaufmännische Organisation des Geschäftsbetriebs **nicht** erfordern.

Anm. 15. d) Schließlich mag noch betont werden, daß es hier, wie auch sonst, nur darauf ankommt, welche Art der Tätigkeit den Hauptgegenstand des Gewerbes bildet. Infolgedessen ist der Umstand allein, daß der Handwerker aushilfsweise, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebs, auch fertige Sachen anschafft und weiter veräußert, nicht geeignet, das Geschäft aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungsgewerbe herauszuheben (RGSt. 21, 209; 31, 179), wie dies z. B. bei Uhrmachern, Buchbindern häufig ist (vgl. Anm. 56 zu § 1).

Anm. 16. e) Beispiele. Unter den § 4 fallen, d. h. Minderkaufleute sind, wenn ihr Betrieb nach Art und Umfang keine kaufmännische Einrichtung erheischt, u. a. folgende Handwerker mit angeschafftem Material: die Schneider (ROHG. 7, 237), die Bäcker (ROHG. 4, 240; Holdheim 10, 204), die Gerber (ROHG. 2, 442); die Müller, die angeschafftes Getreide vermahlen (ROHG. 11, 241 u. OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 132); die Tischler (RG. 20, 127; vgl. OLG. München in RJA. 4, 102, das einem Schreinermeister mit beträchtlichem Geschäftsumfang — Jahresumsatz 100000 Mk., Jahresertrāgnis 10000 Mk. — wegen der handwerksmäßigen Betriebsart zu den Minderkaufleuten rechnet); die Brauer (ROHG. 12, 97 u. OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 28 und 214); die Fleischer (RGSt. 31, 179; KGJ. 21 A S. 86; 27 A S. 61). Daß der Handwerker selbst sein gewerbliches Unternehmen Fabrik nennt („Fabrik feiner Fleisch- und Wurstwaren") ist gleichgültig (OLGR. 8, 92).

Anm. 17. 2. **Kleingewerbetreibende** oder vielmehr, wie das Gesetz sagt, „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht".

a) **Kreis der Kleingewerbetreibenden.** Auch hier (vgl. Anm. 3) ist zunächst zu betonen, daß lediglich gemeint sind Personen, die unter § 1 fallen. Diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb unter § 1 nicht fällt, bei denen vielmehr nur erwogen werden könnte, ob sie nicht vermöge der Vorschrift des § 2 Kaufleute werden können, sind hier nicht getroffen, weil zu den Voraussetzungen des § 2 das Kriterium gehört, daß der Gewerbebetrieb nach Art **und Umfang** eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Letzteres aber ist das gerade Gegenteil von einem Kleingewerbebetriebe. Überdies werden diejenigen Gewerbetreibenden, welche nach § 2 Kaufleute werden, dies erst durch Wahl und Eintragung einer kaufmännischen Firma, während den Minderkaufleuten das Firmenrecht ja gerade verschlossen sein soll.

Auch die Gewerbebetriebe, die unter § 3 fallen, gehören niemals zu den Kleingewerbebetrieben im Sinne des § 4, ihre Inhaber können niemals Minderkaufleute sein. Sie sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute. Denn wenn der Land- oder Forstwirt ein landwirtschaftliches Nebengewerbe, das an sich unter § 1 oder § 2 fallen würde, betreibt, so wird er nur durch Eintragung Kaufmann, ist aber nur dann berechtigt, sich eintragen zu lassen, wenn sein Betrieb durch Art und Umfang ein Großbetrieb ist; dann aber ist er Vollkaufmann (s. Anm. 12 zu § 3).

Hiernach sind es also lediglich die unter § 1 fallenden Gewerbe, deren Inhaber eventuell Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein können, und auch von diesen

können es nicht alle sein. Nicht können es sein: die Inhaber von Be- und Verarbeitungs- § 4. gewerben, soweit sie unter § 1 Nr. 1 fallen, denn diese fallen unter den Begriff Handwerker (s. oben Anm. 2ff.); ferner nicht die Inhaber von Be- und Verabeitungsgewerben nach § 1 Nr. 2, denn diese sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute (s. oben Anm. 2ff.); nicht können es sein von den in § 1 Nr. 5 aufgezählten Gewerbetreibenden die Inhaber der zur Personenbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten, denn dieser Begriff schließt den Kleinbetrieb aus (s. Anm. 72 zu § 1); nicht können es endlich sein die Inhaber der Druckereien (§ 1 Nr. 9), denn diese sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute, aber niemals Minderkaufleute (s. Anm. 81 zu § 1). Die übrigen Kategorien des § 1 sind das geeignete Material für den Begriff der Kleingewerbe.

b) **Welches ist nun der Begriff des Kleingewerbes?** Zum Begriff Kleingewerbe gehört Anm. 18. das gerade Gegenteil von demjenigen Erfordernisse, welches § 2 aufstellt: ein Gewerbebetrieb, der wegen seiner Art und seines Umfanges eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert (gleicher Ansicht Cosack § 13 S. 48; RGSt. 34, 103; 35, 289; RG. in JW. 03, 140[27] und in DJZ. 04, 1187; aus den Gründen des Beschl. des KG. v. 9. 11. 03 in OLGR. 8, 92 — s. Anm. 8 —, wiewohl er sich zunächst auf die Handwerker bezieht, folgt das gleiche für die Kleingewerbetreibenden). Vielfach wird nur auf das Kriterium des Umfangs, nicht auch der Art für den Begriff des Kleingewerbes Wert gelegt. Beispielsweise das KG. noch im Beschl. v. 13. 5. 01 (RJA. 2, 133): „Das Kleingewerbe wird als dasjenige Handelsgewerbe zu erklären sein, das wegen seines geringen Umfanges keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert." Allein auch dort ist bei der Entscheidung des konkreten Falles (Destillateur) neben dem Umfang auf die Art des Betriebs (sechs Angestellte mit verschiedenen Funktionen) besonderer Ton gelegt. Beide Kriterien haben auch dem Gesetzgeber vorgeschwebt. So heißt es in der D. 20: „ein Gewerbetreibender, welcher unter § 1 Abs. 2 fällt, ist vermöge der Vorschrift des § 4 Abs. 1 in das Handelsregister erst dann einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen." Deutlicher kann der Zusammenhang mit § 2 nicht betont werden.

Hierdurch ist nunmehr die volle Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung für den § 2 und den § 4 (vgl. auch unsere Darlegungen § 2 Anm. 7ff., ferner oben 8ff. für den Handwerksbegriff) gewahrt. Der Einwand, daß es einer besonderen Hervorhebung der Handwerker neben den Kleingewerbetreibenden nicht bedurft hätte, wenn für beide Betriebsumfang und Betriebsart die entscheidenden Kriterien sind, greift nicht durch. Die Hervorhebung erklärt sich geschichtlich (Art. 10 altes HGB.) und im Hinblick darauf, daß das Handwerk den Verkehrsanschauungen entsprechend sich von den Kleinbetrieben abhebt. Überdies ist die rechtliche Behandlung von Handwerk und Kleinbetrieb im § 4 nicht durchweg die gleiche; sein Abs. 3 bezieht sich nicht auf das Handwerk (unten Anm. 22).

„Die Grenze zwischen Kleingewerbe und Großgewerbe ist flüssig. Eine zuverlässige Anm. 19. Begrenzung ist auch hier wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse nach Orten und Geschäftszweigen nicht möglich. In einer Gebirgsgegend des Inlands gilt gewiß mancher als Großhändler, den man in einer Seehandelsstadt einen Krämer nennt." (Prot. S. 527; RJA. 2, 132). Die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls sind zu prüfen. Die „Art"merkmale sind auch hier ähnliche, wie sie in Anm. 9 zu § 2 bezeichnet sind. Darauf namentlich kommt es auch an, ob die Verkehrssitte nach der Art des Betriebs vom Leiter kaufmännische Bildung und Buchführung verlangt (so mit Recht Cosack § 13 S. 48). Unter Umfang des Geschäfts ist auch hier der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen, sei es daß es sich um wenige Geschäfte über hohe Objekte oder um eine große Reihe von Geschäften handelt, die zusammen ein

§ 4. hohes Objekt repräsentieren. Die in der Reichstags-Kommission (KB. 10) hervorgetretenen Anschauungen über den Begriff Geschäftsumfang sind unklar und unzutreffend. Es soll danach ein Begriff sein, bei welchem verschiedene Momente, wie Anlagekapital, Ertrag, Umsatz berücksichtigt werden können. Allein das Anlagekapital kann groß und der Umfang des Geschäfts doch klein sein und umgekehrt. Ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall ist, wenn mit Verlust gearbeitet wird. Auch der Umsatz entscheidet nicht absolut, da es vorkommen kann, daß ein großes Geschäft längere Zeit seine Vorräte nicht los wird, alsdann ist sein Umsatz klein gewesen und doch der Umfang des Betriebes groß, da der quantitative Inhalt der Geschäfte, nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte groß war. — Art und Umfang sind für die Beantwortung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb sich innerhalb der Grenze des Kleingewerbes bewegt, in Betracht zu ziehen. Die „Geringfügigkeit" eines Betriebes wird durch Umfang und Art bestimmt. Ist der Umfang erheblich, aber die Betriebsart erfordert keine kaufmännische Organisation (z. B. ein Barbier betreibt zwar einen quantitativ erheblichen Handel mit allerlei Waren, aber in folgender Art: in dem zugleich für den Betrieb des Barbiergeschäfts dienenden Lokale findet die Leitung des Handels allein durch seine Frau statt, RGSt. 34, 103), dann liegt Kleingewerbe vor; ebenso umgekehrt bei kaufmännischen Einrichtungen, aber geringem Umfang des Geschäfts.

Anm. 20. c) Als Beispiele sind (das alte Recht, Art. 10, ist zu vergleichen) zu erwähnen: die Höker, Trödler, Hausierer, gewöhnlichen Schiffer und Fuhrleute, auch die kleinen Gastwirte, wobei natürlich überall ein nach Art und Umfang unerheblicher Handel vorausgesetzt ist. Ein Lumpengeschäft oder Produktenhandel im Großbetrieb (nach Art und Umfang) ist kein Kleingewerbe; ein Restaurations-, ein Hotelgeschäft im Großbetrieb ist Großgewerbe (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 240). Minderkaufleute sind kleinere Makler, kleine Agenten, kleine Verleger usw.

Anm. 21. d) Bei der so gewonnenen Bestimmung des Kleingewerbes ist aber die sehr wichtige Einschränkung zu machen, daß dies lediglich diejenige Begriffsbestimmung ist, die das Handelsgesetzbuch selbst in seinem § 4 Abs. 1 aufstellt. Diese Begriffsbestimmung ist aber leider nicht allein maßgebend. **Vielmehr sind nach dem Abs. 3 unseres § 4 die Landesregierungen befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche der Begriff des Kleingewerbes näher festgesetzt wird,** und zwar auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen.

Es wäre zu wünschen, daß die Landesregierungen von dieser Befugnis keinen Gebrauch machten. Denn solche anderweite Grenzbestimmungen würden, wenn nicht alle Regierungen die gleichen Grundsätze befolgten, die Rechtseinheit auf diesem hochwichtigen Gebiete zerreißen, und auch bei einheitlichen Grundsätzen würden sie die ohnehin nicht gerade einfache Ordnung dieser Materie in eine bedauerliche Unordnung verwandeln. Immerhin müssen wir uns mit dieser Delegation an die Landesregierungen beschäftigen.

Anm. 22. α) Die Landesregierungen haben die Befugnis. Verordnung (nicht, wie die 6./7. Aufl. annimmt, Gesetz; dies wurde in der Kommission abgelehnt), aber auch Verwaltungsakt (nur einen solchen will Goldmann I 33 zulassen) sind der Weg, auf dem die Landesregierung die Bestimmungen erlassen kann. Nach dem pr. AG. v. 24. September 1899 zum HGB. sind für den Erlaß solcher Bestimmungen der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig; vorher sind in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören. Bisher sind derartige Bestimmungen nicht erlassen.

β) Nur der Begriff des Kleingewerbes (Grenze zwischen Klein- und Großgewerbe) darf in dieser Weise näher festgesetzt werden, nicht auch der Begriff des Handwerks.

γ) **Der sich aus § 4 Abs. 1 ergebende Begriff darf auf keinen Fall verlassen werden.** Wie auch die landesrechtlichen Grenzbestimmungen lauten mögen, gegen den in § 4 Abs. 1 festgesetzten, bzw. aus ihm sich ergebenden Begriff des Kleingewerbes (s. oben Anm. 18ff.) darf keineswegs verstoßen werden. Denn die Landesregierung darf die Grenze des Kleingewerbes nur „näher festsetzen", nicht etwa den Begriff erweitern oder verengen, wie dies früher nach Art. 10 den „Landesgesetzen" möglich war. **§ 4.**

δ) Dabei ist zunächst maßgebend die Frage, ob die Steuergesetzgebung des betreffenden Landes auf einer nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht aufgebaut ist. Wenn dies der Fall ist, so muß die Grenzbestimmung sich hiernach richten. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann zu anderen Merkmalen gegriffen werden. Aber auch diese müssen, wie zu b ausgeführt ist, sich innerhalb des im § 4 Abs. 1 aufgestellten Begriffes bewegen. (Ob Preußen eine Steuergesetzgebung hat, die jenem Erfordernisse entspricht, darüber s. Staub in der DJZ. 98, 421, wo dies verneint, und Dove bei Holdheim 7, 297, wo dies bejaht ist.)

ε) Macht eine Landesregierung von der ihr gegebenen Befugnis Gebrauch, so gilt diese Charakterisierung auch für die anderen Länder. Wer z. B. nach Mecklenburger Bestimmungen auf Grund seines in Rostock betriebenen Geschäfts als Vollkaufmann nicht gilt, ist auch in anderen Ländern Minderkaufmann. Betreibt er in mehreren Ländern verschiedene Gewerbe, so kann er Vollkaufmann und Minderkaufmann sein und gilt dann auch in den anderen Ländern hinsichtlich des einen Gewerbes als Vollkaufmann, hinsichtlich des anderen als Minderkaufmann (s. unten Anm. 30). Schwierig stellt sich die Sache, wenn jemand in einem Staate eine Hauptniederlassung hat, die daselbst als Vollhandelsgewerbe zu betrachten ist, und in einem anderen Staate eine Zweigniederlassung, die daselbst als Minderhandelsgewerbe zu betrachten ist.

ζ) Die Landesregierungen können stets, auch nach dem 1. Januar 1900, von dieser Befugnis Gebrauch machen.

C. **Nur die Verhältnisse zur Zeit der Entscheidung über den Eintragungsantrag** kommen für die Feststellung in Betracht, ob das Gewerbe eines Minderkaufmanns vorliegt. Ist allerdings das Gewerbe auf den Großbetrieb angelegt, so ist die Registrierung auch vor der vollen Entfaltung zulässig, dagegen nicht im Hinblick darauf, daß sich das Kleingewerbe allmählich, dem selbstverständlichen Wunsche des Kaufmanns entsprechend, zum Großgewerbe auswachsen kann. Die Möglichkeit liegt fast immer vor (KG. in OLGR. 7, 146ff.). Anm. 22a.

Wenn der Umfang des Geschäfts, welches ursprünglich ein Vollhandelsgewerbe war, dauernd, nicht aber vorübergehend, auf den Umfang des Kleingewerbes herabsinkt, so wird der Kaufmann aus einem Vollkaufmann ein Minderkaufmann. Eine bisherige Firma muß er dann z. B. löschen lassen (KG. in OLGR. 3, 404; s. Anm. 3 zu § 31).

II. **Die für Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften** sind: Anm. 23.

1. **Die Vorschriften über die Firmen.** Minderkaufleute sind hiernach weder berechtigt noch verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, haben allerdings auch bei Führung ihres bürgerlichen Namens auf bestehende Firmen keine Rücksicht zu nehmen (vgl. jedoch § 8 des UnlWG.). Die Firma ist für sie nicht der Name, unter dem sie im Handel Geschäfte betreiben (§ 17). Sie können auch unter ihr nicht klagen oder verklagt werden; indes handelt es sich nur um eine falsa demonstratio, die berichtigt werden kann und darf (§ 17 Anm. 25). Wenn dennoch die Firma eines Minderkaufmanns eingetragen ist, so ist er zwar nicht Vollkaufmann (zustimmend Gierke § 16), aber er gilt in zivilrechtlicher Hinsicht als solcher gemäß § 5 (vgl. dort). Auch ohne Eintragung darf der Minderkaufmann eine Firma, d. h. einen von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Handelsnamen, nicht führen. Wenn ein Minderkaufmann einen (eingetragenen oder nicht eingetragenen) Handelsnamen führt, der sich mit seinem bürgerlichen Namen nicht deckt, so hat das Registergericht gemäß § 37 einzuschreiten (OG. Wien bei Adler-Clemens

§ 4. Nr. 1138; Hahn § 3 zu Art. 10) und hat außerdem die Eintragung von Amts wegen zu löschen (§ 142 FGG.; s. die Erl. zu § 37). Gleichwohl sind derartige nicht eingetragene Firmenführungen in lebhafter Übung. Für die hierdurch geschaffenen Rechtsverhältnisse kommen die allgemeinen Rechtsregeln zur Anwendung: die unter solchen Handelsnamen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind gültig (ROHG. 22, 71).

Der Träger der Firma tritt im Rechtsverkehr als Vollkaufmann auf und gilt daher als Vollkaufmann. Welche Folgen dies hat, darüber s. Erl. zu § 5.

Über die Wirkungen, welche Veräußerung und Erwerb des Geschäfts eines Minderkaufmanns haben, vgl. § 22 Anm. 1 und insbes. § 25 Anm. 6ff. Hier sei hervorgehoben: Der Inhaber einer nicht eingetragenen Minderkaufmannsfirma haftet für die Verbindlichkeiten, welche sein mit seiner Zustimmung das Geschäft fortführender Geschäftsübernehmer eingeht, so lange bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (RG. 15, 33; OLG. Dresden im SächsArch. 7, 434).

Ein ausschließliches Firmenrecht haben die Minderkaufleute nicht. Sie können nicht Schutz ihrer Firma, sondern nur ihres bürgerlichen Namens verlangen. Zum Schutze desselben dient § 12 BGB., ferner § 8 des UnlWG. und endlich auch § 37 HGB., da dieser den Schutz aller Rechte, insbesondere auch des Namenrechts gegen unbefugte Firmierung enthält (s. § 37 Anm. 12). Über ihre Etablissementsnamen s. § 17 Anm. 6ff. Ein Warenzeichen können sie sich schützen lassen, da das WarenZG. vom 12. Mai 1894, anders als das frühere Markenschutzgesetz vom 30. November 1874, nur einen Geschäftsbetrieb, nicht den Besitz einer Firma voraussetzt (Seligsohn, Komment. z. WarenZG. § 1 Nr. 1).

Anm. 24. 2. **Die Vorschriften über die Prokura.** Die Minderkaufleute dürfen keine Prokuristen bestellen. Eine dennoch erteilte Prokura ist nicht etwa, wie Thöl annimmt, ein schlechthin ungültiger Akt; vielmehr ist auch hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugehen (s. besonders § 140 BGB.) und davon auszugehen, daß der Prinzipal doch jedenfalls eine ihrem Umfange nach der Prokura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht erteilen wollte. Daher wird man dem wahren Willen der Beteiligten regelmäßig am meisten gerecht werden, wenn man das Vorhandensein einer generellen Handlungsvollmacht nach § 54 annimmt (zustimmend Puchelt Anm. 3 zu Art. 10; Allfeld S. 64). Handlungsbevollmächtigte kann der Minderkaufmann bestellen; seine Gehilfen sind Handlungsgehilfen (s. unten Anm. 28).

Anm. 25. 3. **Die Vorschriften über die Handlungsbücher.** Minderkaufleute sind nicht verpflichtet, Handlungsbücher zu führen; die Strafbestimmungen aus den §§ 239 Nr. 3, 240 Nr. 3 KO. wegen unterlassener Führung von Handelsbüchern greifen also gegen sie nicht Platz. Daß sie zur Führung von Büchern berechtigt sind, ist selbstverständlich, da hier kein Privileg in Frage steht. Die von ihnen geführten Bücher haben, abstrakt betrachtet, die gleiche Beweiskraft, wie die von Vollkaufleuten geführten. Es entscheidet hier, wie dort, lediglich das freie Überzeugungsprinzip der CPO.

Anm. 26. 4. **Vereinigungen zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes sind keine offenen Handelsgesellschaften und keine einfachen Kommanditgesellschaften.** Dagegen kann ein Minderkaufmann einen stillen Gesellschafter haben (s. zu § 335). Auch sind Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung immer H. G. und Vollkaufleute, selbst wenn sie ein Minderhandelsgewerbe betreiben (§ 6 Abs. 2). Sonstige gesellschaftliche Vereinigungen zum Betriebe von Minderhandelsgewerben sind aber bürgerliche Gesellschaften, obgleich sie sich mit Handelsbetrieben beschäftigen (ORHG. 2, 423). Ihre Rechtsverhältnisse regeln sich nach den §§ 705ff. BGB., sofern nicht etwa Gesellschafter zulässigerweise die Vorschriften über H. G. intern auf ihre Vereinigung durch den Gesellschaftsvertrag ausgedehnt haben; s. Anm. 29. Dabei ist jedoch hervorzuheben, daß nur die Vorschriften über die Handelsgesellschaften auf sie keine Anwendung finden: soweit solche Personen Handelsgeschäfte betreiben, finden die handelsrechtlichen Vorschriften über Handelsgeschäfte auf sie Anwendung. Die Vereinigung selbst ist nur keine Handels-

gesellschaft, also auch kein Kaufmann, weder Vollkaufmann noch Minderkaufmann. Aber die einzelnen zur Vereinigung gehörenden Personen sind Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute, und ihre Geschäfte deshalb Handelsgeschäfte gemäß § 343, wenn auch einzelne (in Anm. 27 genannte) Vorschriften über Handelsgeschäfte keine Anwendung finden. Erfolgen Bestellungen für eine Vereinigung von Minderkaufleuten unter deren nicht eingetragenen, aber ein Gesellschaftsverhältnis anzeigenden Firma (z. B. „& Comp."), so haften alle Teilnehmer gesamtschuldnerisch (aus § 421 BGB.), auch wenn nur ein Teilnehmer, im Rahmen seiner Vollmacht, unter Gebrauch der Firma kontrahiert hat, ohne die anderen namentlich zu bezeichnen (RG. 47, 227). § 4.

Gibt eine Vereinigung von Minderkaufleuten nach außen allgemein (z. B. durch Versendung von Anzeigen an einen größeren Kundenkreis) kund, daß sie ein Handelsgewerbe in der Weise, die den Anschein eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes erweckt, unter einer Firma betreibt, wie sie einer o. H. G. zukommt, so muß sie sich nach außen hin auch als o. H. G. behandeln lassen. Sie wird deshalb durch die Willenserklärung eines Mitglieds Dritten gegenüber verpflichtet (RG. 19. 12. 02 aus Warneyer 3, 206). Ebenso ist auf ihren Rechtsnachfolger der § 25 HGB. anzuwenden, wenn er das Geschäft in der bezeichneten Weise fortführt (OLG. Dresden im SächsArch. 14, 583).

Scheidet ein Mitglied einer solchen Vereinigung aus, so kann er dies seiner Haftung dann nicht mit Erfolg entgegensetzen, wenn er die Forführung der alten Firma geschehen läßt oder wenn er nach Lage der Sache, insbesondere nach seinem Geschäftsgebaren vor dem Ausscheiden verpflichtet war, Dritte davon in Kenntnis zu setzen (OLG. Dresden in OLGR. 8, 96).

5. **Einzelne Vorschriften über Handelsgeschäfte** finden dann keine Anwendung, wenn derjenige, der sie abschließt, ein Minderkaufmann ist (s. § 351). Diese Vorschriften sind: Anm. 27.

a) § 348, der die richterliche Ermäßigungsbefugnis bei Vertragsstrafen dann beseitigt, wenn ein Kaufmann die Vertragsstrafe verspricht. Wenn ein Minderkaufmann sie verspricht, so greift die richterliche Ermäßigungsbefugnis Platz.

b) § 349, der die von einem Kaufmann übernommene Bürgschaft für eine selbstschuldnerische erklärt. Wenn es ein Minderkaufmann ist, der die Bürgschaft übernimmt, so soll dies nicht ohne weiteres der Fall sein. Vielmehr richtet sich dann die Frage, ob selbstschuldnerisch oder nicht, nach bürgerlichem Recht.

c) § 350, der für die Bürgschaft, das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis, wenn dieselben von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgegeben werden, entgegen den Vorschriften des BGB. Formfreiheit statuiert. Wenn ein Minderkaufmann diese Erklärungen abgibt, so gilt die Formfreiheit nicht (RG. 51, 123).

6. **Alle übrigen Vorschriften des HGB.** finden auch auf Minderkaufleute Anwendung. Sie sind, wenn sie auch im System des HGB. eine Ausnahme bilden (Lehmann-Ring § 4 Einl.), im übrigen Kaufleute mit allen Rechten und Pflichten derselben. Nicht selten aber werden gewisse öffentlich-rechtliche Befugnisse nur den eingetragenen Kaufleuten eingeräumt, z. B. die Präsentationsfähigkeit zum Handelsrichter (GVG. § 113). Auch privatrechtlich findet sich eine Sonderstellung: das DepG. vom 5. Juli 1896 findet nur auf eingetragene Kaufleute Anwendung (§ 13); s. ferner § 8 des AbzG. vom 16. Mai 1894. Für die Regel aber sind, wo das Gesetz von Kaufleuten spricht, die Minderkaufleute mitgemeint (ROHG. 7, 237). Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 122 u. 415). Auch die Vermutungen des § 344 greifen hier Platz. Es finden insbesondere die Vorschriften über Handlungsvollmachten und Handlungsgehilfen, über das Recht auf Provision nach § 354 (ROHG. 10, 243), das Retentionsrecht nach § 369, das Recht der Anweisung nach § 363 auch auf sie Anwendung, ebenso das Zinsenrecht nach den §§ 352 u. 353; desgleichen die Lehre vom Kontokurrent, von der Passivenübernahme — soweit nicht etwa das Firmenrecht die Anwendung ausschließt (s. die Erl. zu den §§ 22 u. 25). Auch die Vorschriften Anm. 28.

§ 4. über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (s. die Erl. zu § 346) finden hier Anwendung; desgleichen die Pflicht zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 347; auch die Untersuchungs- und Rügepflicht nach den §§ 377 u. 378 trifft den Minderkaufmann usw.

Indessen ist dabei überall zu berücksichtigen, daß ein Kleinkaufmann nicht durchgängig mit demselben Maßstabe zu messen ist, wie der Inhaber eines größeren Geschäfts (ROHG. 2, 443; 13, 439, Kontokurrent).

Anm. 29. 7. **Außerdem ist zu bemerken,** daß die Minderkaufleute es in der Hand haben, die nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften, soweit sie dispositiven Charakter haben, durch Vereinbarung auf sich auszudehnen (Behrend § 36 Anm. 16). Das wird insbesondere wichtig bei gesellschaftlichen Vereinigungen, bei denen es die Kontrahenten in der Hand haben, die Vorschriften über das Handelsgesellschaftsrecht in dem gedachten Rahmen auf ihre Vereinigungen auszudehnen (Anm. 26).

Anm. 30. **Zusatz 1. Kann jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein?** Betreibt jemand ein Gewerbe, das die Vollkaufmannseigenschaft begründet (z. B. als Mitglied einer o. H. G. einen Weinhandel), und ein solches, das die Minderkaufmannseigenschaft begründet (z. B. für sich noch eine kleine Agentur), so ist er Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich (Behrend § 36 Anm. 17; Cosack § 13; Lehmann-Ring Nr. 5; Hahn § 7 zu Art. 10; RGSt. 25, 171; anders Goldschmidt, Handbuch § 46; OLG. Marienwerder in ZHR. 46, 466; Gareis Anm. 12). Er braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns hinsichtlich der Buchführung nur bezüglich desjenigen Geschäfts zu erfüllen, welches ihn dazu macht (RGSt. 25, 171), wobei er natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch die Ergebnisse seines Kleinbetriebes zu verzeichnen hat. Eine mündliche Bürgschaft ist, wenn sie im Kleinbetriebe abgegeben ist, ungültig; wenn im Großbetriebe abgegeben, gültig. Diese Doppeleigenschaft ist keine auffallende Erscheinung. Ähnliches kommt auch sonst vor und findet allgemeine Billigung. So z. B. wenn ein Soldat oder ein Arzt gleichzeitig Inhaber oder Mitinhaber eines Handelsgeschäfts ist; alsdann sind nur die hierauf bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte, nicht etwa die Bürgschaft eines solchen Soldaten für einen Kameraden. Ein anderes Analogon bildet der Fall, daß ein Landwirt ein landwirtschaftliches Nebengewerbe betreibt (Anm. 3ff. zu § 3). Doch ist wirklich getrennter Betrieb der beiden Gewerbe vorausgesetzt. Fehlt diese Voraussetzung, hängt das Kleingewerbe mit dem Großgewerbe zusammen (z. B. handwerksmäßige Druckerei mit Verlagsanstalt, Busch Arch. 45, 361; Weinprobierstube mit Weinhandel), dann liegt nur Vollkaufmannseigenschaft vor.

Anm. 31. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Die Frage, wer Minderkaufmann ist, richtet sich nach dem jeweiligen Recht. Wer vor dem 1. Januar 1900 Vollkaufmann war, hörte auf es zu sein, wenn er nach den neuen Vorschriften Minderkaufmann ist, oder wenn sein Geschäftsumfang nach dem 1. Januar 1900 dauernd auf den Umfang des Kleingewerbes herabsinkt (KG. im „Recht“ 04, 256); und umgekehrt. Verschieden hiervon ist die Frage nach der Gültigkeit und den Wirkungen der Rechtsgeschäfte, welche diese Personen unter der Herrschaft des früheren Rechts, in ihrer damaligen Eigenschaft als Vollkaufleute oder Minderkaufleute, abgeschlossen haben. Diese Frage richtet sich nach dem Rechte zur Zeit des Abschlusses.

§ 5.

§ 5. Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt der Eintragung der Firma eine weitgehende und eigenartige konstitutive Wirkung.** Die Vorschrift ist neu, ihr Inhalt von großer Tragweite.

1. **Der Inhalt der Vorschrift.** Ist eine Firma in das Register eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das betreffende Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei. **§ 5.** Anm. 1.

2. **Die Voraussetzungen der Vorschrift sind Eintragung und Gewerbebetrieb.** Es handelt sich hier um solche **eingetragene** Personen, die entweder überhaupt kein Handelsgewerbe betreiben oder nur ein Minderhandelsgewerbe, **die aber jedenfalls ein Gewerbe betreiben.** Betreibt eine eingetragene Person überhaupt kein Gewerbe, so greift § 5 nicht Platz. Sie gilt jedenfalls kraft § 5 nicht als Kaufmann. (Ob sie infolge anderer Rechtsgrundsätze als Kaufmann gilt und unter welchen Umständen, darüber Anm. 3 im Exk. zu § 5). Betreibt sie zwar dem Anscheine nach ein Gewerbe, ist der Gewerbebetrieb aber nicht rechtsgültig (s. § 1 Anm. 20ff.), so hat dies zur Folge, daß sie auch nicht als Kaufmann gelten kann; § 5 kann daher nicht Platz greifen, so z. B. wenn ein Minderjähriger ohne die erforderliche Genehmigung, oder wenn ein Blödsinniger ein Gewerbe betreibt. Betreibt aber die eingetragene Person ein rechtsgültiges Gewerbe und ist dasselbe nur ein Minderhandelsgewerbe oder zu einem Minderhandelsgewerbe herabgesunken, so ist sie allerdings kein Vollkaufmann, aber sie gilt im Rahmen des § 5 als solcher kraft der Eintragung. Betreibt sie endlich ein Gewerbe und ist dasselbe kein Handelsgewerbe, sondern z. B. ein landwirtschaftlicher Hauptbetrieb, so ist sie überhaupt kein Kaufmann, aber im Rahmen des § 5 gilt sie als solcher, und zwar als Vollkaufmann. Anm. 2.

Über das Verhältnis des § 5 zu § 15 vgl. § 15 Anm. 9.

3. **Die materielle Bedeutung und Wirkung der Vorschrift besteht darin, daß jemand, dessen Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt, und ferner, daß jemand, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, zwar kein Vollkaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als solcher gilt.** Anm. 3.

a) Darin liegt aber nicht, wie Düringer-Hachenburg (I 57) und Lehmann-Ring (Nr. 2) dies darstellen, die unwiderlegbare Vermutung, die Fiktion, daß der Eingetragene ein Handelsgewerbe und zwar ein Vollhandelsgewerbe betreibt. Denn diese Fiktion würde zur Folge haben, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht nur als Kaufmann bzw. Vollkaufmann gilt, sondern daß er Kaufmann und Vollkaufmann ist. Das Wesen der Fiktion besteht doch darin, daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden. Aber die genannten Schriftsteller verkennen selbst nicht, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht Kaufmann und Vollkaufmann wird, während freilich auch diese weitergehende Ansicht vertreten wird (Schirrmeister in ZHR. 49, 38; „sola matricula facit mercatorem"). Man kann solche zu Unrecht eingetragenen Personen nicht Registerkaufleute oder Kaufleute kraft Eintragung nennen, weil dies die Meinung erweckt, als seien sie wirklich Kaufleute; man kann sie allenfalls als Kaufleute kraft formalen Rechts (Gierke § 14) bezeichnen.

b) **Der zu Unrecht Eingetragene gilt für das unter der Firma betriebene Gewerbe und die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann bzw. Vollkaufmann.** Anm. 4.

In privatrechtlicher Hinsicht bedeutet dies:

α) Der Eingetragene muß sich gefallen lassen, daß die zivilrechtlichen Rechtsvorschriften (handels- und bürgerlich-rechtliche), die für Kaufleute und deren Geschäfte gelten, auch auf ihn und seine Geschäfte zur Anwendung kommen. Das gleiche gilt von solchen prozessualen Vorschriften, die zur sachgemäßen Durchführung der zivilen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte gegeben sind: z. B. Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen, § 101 GVG.; Recht des Kaufmanns, unter der Firma zu klagen und verklagt zu werden § 17 Abs. 2 HGB. (s. die Erl. dazu); wer eintragen läßt, daß er an einem bestimmten Ort ein Zweiggeschäft betreibt, muß sich nach § 21

§ 5. CPO. an diesem Ort verklagen lassen (RG. 50, 429). Nicht aber gilt das von solchen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die ihrer Natur nach sich auf Personen beziehen, die Kaufleute bzw. Vollkaufleute sind, nicht aber auf Personen, die nur aus Verkehrsrücksichten als solche gelten müssen (abweichend Schirrmeister in ZHR. 49, 41). **Besonders haben wir hier die strafrechtlichen Vorschriften im Auge.** Eine zu Unrecht eingetragene Person, die in Wahrheit kein Kaufmann oder wenigstens kein Vollkaufmann ist, kann strafrechtlich wegen unterlassener Buchführung nicht in Anspruch genommen werden (D. 20). Das gleiche gilt von Steuervorschriften. Der zu Unrecht Eingetragene erlangt auch nicht die Qualifikation zum Handelsrichter, das Wahlrecht zu den Handelskammern (a. M. Schirrmeister 42), weil es sich um öffentliche Befugnisse hierbei handelt. Überdies legt § 113 GVG. für die Ernennung zum Handelsrichter nicht allein darauf Wert, daß man in das Register eingetragen ist, wie Lehmann-Ring (Nr. 2) irrtümlich annehmen, sondern daß man „als Kaufmann" eingetragen ist.

Anm. 4a. β) Der zu Unrecht Eingetragene gilt als Kaufmann, aber **nur für das unter der Firma betriebene Gewerbe,** wie der Wortlaut ergibt. Der Rechtsanwalt z. B. nur für das unter der Firma betriebene Gewerbe, nicht für seine Anwaltsgeschäfte (vgl. auch § 1 Anm. 23 und § 3 Anm. 14). Auch der Eingetragene selbst kann sich auf die Eintragung berufen, und beim Dritten kommt es auf den guten oder schlechten Glauben nicht an. Es kann dem Dritten, der sich auf die Eintragung beruft, nicht entgegengehalten werden, er wisse sehr wohl, daß der Eingetragene kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe betreibe, wie ja auch dem Eingetragenen selbst, der doch sicherlich hierüber unterrichtet ist, dies nicht entgegengehalten werden kann. Bei einer offenen Handelsgesellschaft gilt die Eintragung auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander (RG. 50, 158).

Anm. 5. γ) **Nur für die Dauer der Eintragung** gilt der zu Unrecht Eingetragene als Kaufmann. Aber der solchergestalt Eingetragene ist nicht wirklich Kaufmann (Anm. 3), er gilt nur in gewisser Hinsicht als Kaufmann. Die Eintragung **bleibt eine zu Unrecht bestehende** und sie kann deshalb von jedem, der ein Recht auf Beseitigung einer unrechtmäßigen Eintragung hat, beseitigt werden. Deshalb kann der Eingetragene selbst die Löschung verlangen, und sie kann gegen ihn vom verletzten Dritten (§ 37 Abs. 2) und von Amtswegen (§ 142 FGG.) betrieben werden (D. 20). Es trifft nicht zu, wenn Rudorff (HGB. zu § 2) sagt, durch die Eintragung der Firma werden die Voraussetzungen des § 2 „rechtskräftig festgestellt". Der Registerbehörde gegenüber gilt die Rechtsvermutung aus § 5 nicht (Goldmann I 36). Über den Fall, daß ein solcher Kaufmann das Geschäft mit Firma veräußert, s. § 22 Anm. 3 u. Erl. zu § 25 insbes. Anm. 7.

Anm. 6. 4. **Hervorzuheben ist, daß die Eintragung allein, ohne die hinzukommende Publikation, die erwähnte Wirkung hat.** Indessen ist darum § 15 doch nicht bedeutungslos. Denn wenn auch § 5 die konstitutive Kraft hat, daß der zu Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann gilt, so behält doch § 15 daneben die Bedeutung, daß der Dritte die nicht publizierte Eintragung (wie auch bei § 2) sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war (Anm. 12 Erl. zu § 8).

Anm. 7. 5. **Schließlich ist noch wegen der Beweislast hervorzuheben:** wer sich auf die Eintragung beruft, braucht nicht nachzuweisen, daß der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, obwohl, wie oben Anm. 2 gezeigt, der Paragraph voraussetzt, daß der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt. Diese Regelung der Beweislast nimmt ihren Ausgangspunkt von dem Prinzip, daß die Eintragung in das Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit der dort verlautbarten Tatsachen begründet (Anm. 16 f. Erl. zu § 8). Nun handelt es sich ja allerdings um eine unrichtig beurkundete Tatsache; denn es ist jemand als Kaufmann oder als Vollkaufmann eingetragen, der dies in Wahrheit nicht ist. Allein der normale Rechtszustand ist die Übereinstimmung des Handelsregisters mit der wahren Sach- und Rechtslage. Um diese soll der Registerrichter bemüht sein und diese wird im Rechtsverkehr vorausgesetzt. Von zwei

Parteien darf diejenige als beweispflichtig erachtet werden, welche die weitere Abweichung vom normalen Rechtszustande behauptet und hieraus Rechte für sich herleitet (vgl. Staub 6./7. Aufl. Allgemeine Einl. Anm. 56). Im vorliegenden Falle ist also derjenigen beweispflichtig, der geltend macht, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibe. (Eine andere Frage ist, ob nicht unter Umständen aus materiellen Gründen der Gegenbeweis, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, versagt ist; darüber s. den Exk. zu § 5 Anm. 3). § 5.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Eintragung hat die hier angeordnete Bedeutung auch dann, wenn sie vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war (zustimmend RG. 50, 158; anders Cosack § 146 S. 752). Nur findet die Vorschrift auf Rechtsgeschäfte, die aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 herrühren, keine Anwendung (Lehmann-Ring Nr. 3). Anm. 8.

Exkurs zu § 5.

Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (Scheinkaufleute).

Exk. zu § 5.

Die Lehre von der Kaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft und von der Geltung als Kaufmann und Vollkaufmann bedarf folgender Ergänzung.

1. **Grundsatz: Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann.** Von diesem Standpunkte gehen auch im letzten Grunde mehrfache Entscheidungen des Reichsgerichts aus (RG. 51, 37 und 39; 50, 429; 40, 146; 19, 197; voll zustimmend OLG. Breslau in OLGR. 6, 27; s. a. Exk. zu § 8 Anm. 14; abweichend Ehrenberg in JheringsJ. 47, 336, „trotzdem ihm die Auffassung des RG. durchaus sympathisch ist"). Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann. Die Aufstellung dieses Grundsatzes, dessen Rechtsfolgen aber nur im einzelnen zu bestimmen sind (s. unten Anm. 6), gehört zur Vollständigkeit der Lehre von der Kaufmannseigenschaft. In den §§ 1—3 ist gesagt, wer Kaufmann ist, im § 4, wer Minderkaufmann ist. Allein oft geriert sich jemand, der kein Kaufmann ist, im Rechtsverkehr als Kaufmann, oft geriert sich ein Minderkaufmann als Vollkaufmann. Beispiele: Ein Arzt, Inhaber einer Heilanstalt mit vorwiegend ärztlichem Charakter (§ 1 Anm. 9), betreibt seine ärztliche Praxis unter einer kaufmännischen Firma, etwa unter einer Gesellschaftsfirma (& Cie.) — er ist nicht Kaufmann, geriert sich aber als solcher. Ein Bauspekulant, der Inhaber einer großen Leihbibliothek, der Inhaber eines Bergwerkes, einer Ziegelei, der Inhaber eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes, oder der Inhaber eines andern gewerblichen Unternehmens, welches nicht unter § 1 fällt, betreibt sein Gewerbe kaufmännisch und unter kaufmännischer, von seinem bürgerlichen Namen abweichender Firma — sie alle sind vor der Eintragung einer Firma keine Kaufleute und treten gleichwohl im Rechtsverkehr als Kaufleute auf. Eine Gesellschaft von zwei Maurermeistern betreibt ein Geschäft unter gemeinschaftlicher Firma — sie sind keine o. H. G., aber sie gerieren sich als solche. Die Vereinigung zweier Minderkaufleute betreibt ein Geschäft unter gemeinschaftlicher kaufmännischer Firma — sie sind keine Vollkaufleute, aber sie gerieren sich als solche. Anm. 1.

In allen solchen Fällen muß derjenige, der sich als Kaufmann geriert, sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann gilt, und derjenige, der sich als Vollkaufmann geriert, daß er als Vollkaufmann gilt. Denn jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärung diejenige Auffassung und Bedeutung erhält, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommen (§§ 157 u. 242 BGB.; RG. 50, 429). Das ist der Rechtsgrund unseres Satzes, der auch dem bisherigen Recht nicht fremd war. Auch im früheren Recht war z. B. anerkannt, daß eine Vereinigung von zwei Personen, die keine Handelsgesellschaft ist, wenn sie sich als o. H. G. geriert, sich als o. H. G. betrachten lassen muß, und demgemäß der Solidarhaft unterliegt (RG. 40, 146). In diesem Urteil war allerdings die Gerierung als Handelsgesellschaft gestützt auf die Eintragung, in dieser Hinsicht ist der Grundsatz jetzt im großen und ganzen entbehrlich (s. Anm. 2). Aber das Prinzip ist dasselbe: nicht gerade weil es sich um ein Eintragung handelte, sondern weil in der Eintragung die Erklärung erblickt wurde, als

Exk. zu § 5. o. H. G. zu gelten, deshalb wurde daraus die gedachte Folgerung gezogen. Von den gleichen Anschauungen gingen die andern, im Eingang zitierten Entscheidungen des RG. aus.

Anm. 2. 2. Im Grunde genommen ist es nur ein besonders markanter Anwendungsfall dieses Prinzips, daß jemand seine Firma eintragen läßt, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann ist. Darin liegt in ganz schlagender Weise ein Sichgerieren als Kaufmann und Vollkaufmann. Indessen sind für diesen Fall vom neuen HGB. zwei Rechtssätze aufgestellt worden, die weit über den von uns aufgestellten Grundsatz hinausgehen:

a) Für den Fall, daß jemand ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das an sich kein Handelsgewerbe ist, aber doch nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, hat der § 2 angeordnet, daß der Inhaber durch Eintragung seiner Firma Kaufmann **wird**. Von diesem Augenblicke an kann man also nicht mehr sagen, er geriere sich als Kaufmann, obgleich er es nicht sei. Vielmehr wird er durch die Eintragung Kaufmann.

b) Der zweite Rechtssatz ist im § 5 enthalten: wenn jemand zwar ein Gewerbe betreibt, aber doch kein eintragungsfähiges, weil es entweder ein Minderhandelsgewerbe oder überhaupt kein Handelsgewerbe ist, so bewirkt doch die Eintragung, daß der Eingetragene für den Rechtsverkehr als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann gilt.

Allein diese beiden Rechtssätze umfassen nicht alle hier in Frage kommenden Fälle. Denn sie betreffen nur Fälle, in denen jemand überhaupt ein Gewerbe betreibt.

Anm. 3. Wenn aber derjenige, dessen Firma eingetragen ist, **überhaupt kein Gewerbe betreibt**, so greift weder § 2, noch auch § 5 Platz. Denn Inhalts des § 5 ist nur der Einwand versagt, daß das Gewerbe des Eingetragenen kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe sei. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, daß der Eintragung gegenüber der Einwand, der Betreffende betreibe überhaupt kein Gewerbe, ohne weiteres gegeben ist. Vielmehr greift hier der Grundsatz, der oben zu 1 entwickelt ist, ein, angewendet auf den Fall, daß die Gerierung als Kaufmann in der Eintragung der Firma liegt. Ist die Firma einer Person in das Handelsregister eingetragen, ohne daß sie ein Gewerbe betreibt, so geriert sie sich als Kaufmann, und zwar als Vollkaufmann; sie gilt infolgedessen als Kaufmann und muß sich als solcher behandeln lassen, es sei denn, der Dritte habe gewußt, daß der Eingetragene weder Kaufmann sei, noch als solcher habe gelten wollen. (Vgl. auch über diese konstitutive Kraft der Eintragung Anm. 14 im Exk. zu § 8 und die dort zitierten Erkenntnisse aus der Zeit des alten HGB.)

Anm. 4. 3. Lediglich ein Anwendungsfall des Grundsatzes zu 1 ist der § 15 des neuen HGB., soweit es sich um die Eintragung der Firma und der daraus hergeleiteten Kaufmannseigenschaft handelt. Nach diesem § 15 gilt die eintragungsbedürftige, aber nicht eingetragene Rechtsveränderung zum Nachteil des gutgläubigen Dritten nicht. Daraus folgt für die Firma und die Kaufmannseigenschaft: wenn jemand ein Handelsgewerbe betrieben hat und dasselbe aufgibt, diese Rechtsveränderung aber nicht eintragen läßt, so gilt er fortgesetzt als Kaufmann, und nur demjenigen, der den wahren Sachverhalt kennt, kann er diesen entgegensetzen.

Anm. 5. 4. Weiteren Anwendungsfällen jenes Grundsatzes werden wir besonders im Gesellschaftsrecht begegnen (vgl. § 123 Anm. 9ff.). Jedenfalls war es hier erforderlich, vorweg den Grundsatz aufzustellen, der unserem Rechtssystem zweifelsohne innewohnt und eine Reihe von Erscheinungen erklärt, die sonst unerklärt bleiben.

Anm. 6. 5. **Welche Rechtsfolgen das Gelten im Rechtsverkehr** hat, kann nur im einzelnen gesagt werden. Es wird dabei entscheidend sein, daß es sich um die Folgen einer Parteierklärung handelt; nur infolge seiner Erklärung gilt derjenige, der im Rechtsverkehr auftritt, als Kaufmann. Die Folgen solcher Geltung als Kaufmann werden nicht immer soweit gehen können, wie die Folgen einer Geltung als Kaufmann kraft unmittelbaren Gesetzeswillens, wie in § 5. Danach wird es sich z. B. richten, ob die Formfreiheitsvorschriften, die für den Vollkaufmann gegeben sind, auch gegen den zur Anwendung kommen, der als Kaufmann nur gilt infolge

Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann; ob, wenn die Ehefrau sich als Handelsfrau geriert und der Ehemann dies geschehen läßt, dies für die ehegüterrechtliche Wirkung ihrer Geschäfte so beurteilt wird, wie wenn er den Handelsbetrieb seiner Ehefrau genehmigt (s. Allg. Einl. Anm. 40); ob seine Gehilfen Handlungsgehilfen sind (§ 59 Anm. 11) usw. Näheres an den zuständigen Stellen. Erl. zu § 5.

Das „kaufmännische Auftreten" genügt nicht zur Anwendung des § 25 (s. dort Anm. 6 u. 7).

6. **Auch der Dritte**, der mit demjenigen kontrahiert hat, welcher als Kaufmann auftritt und deshalb als Kaufmann gilt, wird sich in den geeigneten Fällen entgegenhalten lassen müssen, daß er mit jemandem kontrahieren wollte, der als Kaufmann auftrat, also als solcher gelten wollte (Anm. 3 zu § 369). Anm. 7.

§ 6.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. § 6.

Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 nicht berührt.

1. **Die Vorschrift des Absatzes** 1 dient zur Verdeutlichung und ist aus dem früheren Recht (Art. 5) herübergenommen. Handelsgesellschaften sind die o. H. G., die einfache Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 GmbHG.). Daß diejenigen Handelsgesellschaften, die juristische Persönlichkeit besitzen, Handelsgesellschaften sind, ist insofern eigentlich eine Prinzipwidrigkeit, als das neue HGB. (§ 33) juristische Personen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben, sonst als Einzelkaufleute ansieht. Die Genossenschaft ist keine Handelsgesellschaft, sie soll nach dem GenG. vom 20. Mai 1898 (§ 17) nur als Kaufmann im Sinne des HGB. gelten, soweit das GenG. keine abweichenden Vorschriften enthält. Anm. 1.

2. **Die Vorschrift des Absatzes** 2 ordnet an: wenn eine juristische Person ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens zum Kaufmann erklärt wird, ist sie damit auch zum Vollkaufmann erklärt (Kaufleute kraft Rechtsform, „Formkaufleute"; s. Schirrmeister in JHR. 49, 45 ff. und § 1 Anm. 31). Ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens sind zum Kaufmann erklärt: die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Genossenschaft (vgl. noch Anm. 1) und endlich die Aktienkommanditgesellschaft. Letztere auf Grund von § 210 Abs. 2 und § 320 Abs. 3 HGB. Die letztere wird also hier vom HGB. als Verein, mithin als juristische Person angesehen (vgl. § 21 BGB. und die diesem vorangehenden Überschriften). Näheres über die Frage nach der juristischen Persönlichkeit der Aktienkommanditgesellschaft s. an zuständiger Stelle (zu § 320). Anm. 2.

Über Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit s. § 1 Anm. 59 ff.

3. Unter Handelsgesellschaften versteht das Gesetz **hier nur die inländischen**, d. i. diejenigen, die ihren Sitz in Deutschland haben. Anm. 3.

Ausländische Gesellschaften (beachtenswerte Erläuterungen bei Makower I 22 ff.) werden hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit nach ausländischem Recht, hinsichtlich ihrer Kaufmannseigenschaft nach inländischem beurteilt (Art. 7 EG. z. BGB.; § 13 Abs. 3 HGB.; RG. 36, 394; s. a. § 105 Anm. 45). Einer besonderen Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch eine inländische Behörde bedürfen sie nicht; Art. 10 EG. z. BGB. ist auf sie nicht anwendbar (vgl. Anm. 1 zu § 33). Hinsichtlich ihres Rechts zum Gewerbebetriebe unterstehen die juristischen Personen den landesgesetzlichen Beschränkungen, die übrigen ausländischen Handelsgesellschaften unterliegen den allgemeinen Bestimmungen der Gewerbeordnung (§ 12 der GewO.). Für Preußen kommt für die

§ 6. juristischen Personen § 18 der Pr. GewO. vom 22. Juni 1861, wonach sie ein stehendes Gewerbe nur mit Erlaubnis der Ministerien betreiben dürfen, zur Anwendung.

Die landesgesetzlichen Vorschriften für den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer sind unberührt geblieben (Art. 88 EG. z. BGB.). Demgemäß unterliegen auch ausländische Gesellschaften etwaigen landesgesetzlichen Beschränkungen. Für Preußen kommt in dieser Beziehung Art. 7 § 2 des AG. z. BGB. in Betracht. Danach bedürfen **fremdbundesstaatliche juristische Personen**, z. B. eine Dresdner Aktiengesellschaft, zum Erwerbe von in Preußen belegenen Grundstücken im Werte von mehr als 5000 Mk. der Genehmigung des Königs oder der durch Königliche Verordnung bestimmten Behörde, ausländische (nichtdeutsche) ohne Rücksicht auf den Wert (näheres Stranz-Gerhard Art. 7 Anm. 15 ff.).

Das RHypBankG. vom 13. Juli 1899 befreit Hypothekenbanken von der Genehmigung im Rahmen des § 5 Abs. 3 des Ges.

Über inländische Zweigniederlassungen von Ausländern s. die Erl. zu § 13, von ausländischen Aktiengesellschaften s. die Erl. zu § 201 Abs. 5. Über den Handelsbetrieb ausländischer Vereine im Inlande s. Anm. 4 zu § 33.

§ 7.

§ 7. **Durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugniß zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt.**

Anm. 1. 1. Der Paragraph betont, daß die Vorschriften des öffentlichen Rechts über **die Befugnis zum Gewerbebetriebe** für die Kaufmannseigenschaft nicht maßgebend sind. Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf gewerbe- und steuerpolizeiliche Vorschriften, sondern auf alle Vorschriften des öffentlichen Rechts (D. 21). Vgl. auch § 1 Anm. 22 u. 26. Die Bestimmung ist von der über die **Rechtsgültigkeit** des Betriebs (§ 1 Anm. 20 ff.) scharf zu unterscheiden.

Anm. 2. 2. **Beispiele:** Die GewO. (§§ 16, 29, 31, 33, 43, 44, 55—63) macht den Betrieb gewisser Gewerbe von einer obrigkeitlichen Konzession abhängig. Einigen Berufsständen ist der Handelsbetrieb untersagt, den Reichsbeamten (§ 16 RBeamtenG.), den Militärpersonen des Friedensstandes ohne Erlaubnis der Vorgesetzten (§ 43 RMilG.). Hierher gehören auch die Untersagung des Trödlerbetriebes durch Strafurteil (§ 35 GewO.), die gesetzliche Begrenzung des Geschäftsbetriebs der Hypothekenbanken (§§ 5 ff. HypG.), der Notenbanken (BankG. §§ 13, 43, 44), der privaten Versicherungsunternehmungen (§§ 1 ff. des PrivVersG.). Näheres Gareis, Lehrbuch § 14.

Allein infolge unseres § 7 sind derartige öffentlich-rechtliche Verbote für die Kaufmannseigenschaft bedeutungslos. Daher ist ein Gastwirt, der nach Entziehung der Konzession und mit Hinterziehung der Gewerbesteuer geistige Getränke verkauft, Kaufmann. Er muß in das Handelsregister eingetragen werden und kann dies auch verlangen (Behrend § 32 Anm. 10; Lehmann-Ring Nr. 1; anders Goldschmidt Handbuch § 44 Note 7). Der gewerbsmäßige Besteller und Verkäufer eines verbotenen Heilmittels ist Kaufmann. Nur ausnahmsweise ist bei Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften und G. m. b. H. der Nachweis polizeilicher Konzessionserteilung Bedingung der Eintragung (§§ 195 Nr. 6; 320 Abs. 3; § 8 Nr. 4 GmbHG.). Vgl. noch § 30 des PrivVersG.

Anm. 3. Auch die Anwendung des § 2 wird durch die Verletzung derartiger Vorschriften nicht ausgeschlossen: wer ein Gewerbe betreibt, das nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, ist berechtigt und verpflichtet, seine Firma eintragen zu lassen, auch wenn sein Gewerbe Vorschriften dieser Art zuwiderläuft.

3. Über die **privatrechtlichen Verbote** (Gesetz oder Vertrag), Handel zu treiben, vgl. § 1 Anm. 22. Über ihre rechtlichen Wirkungen s. an den einzelnen zuständigen Stellen (vgl. auch Gareis, Lehrbuch § 14).

Zweiter Abschnitt.
Handelsregister.
§ 8.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt. § 8.

Lit.: Victor Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister (JheringsJ. 47, 273 ff.); Theodor Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister. Berlin 1901, 2. Aufl.; Telgmann, Wirkung der Eintragung ins Handelsregister und Veröffentlichung aus demselben, Göttingen 1904.

1. **Das Handelsregister** ist aus den alten Gilderollen hervorgegangen (Gierke § 22). Im vorliegenden Abschnitt, der wenig privatrechtliche — die wichtigsten im § 15! — und zumeist öffentlich-rechtliche Vorschriften enthält, findet das Institut keine erschöpfende Regelung. Andere Bestimmungen des HGB. selbst, vor allem aber der siebente Abschnitt des FGG. („Handelssachen"), der namentlich das Verfahren regelt, bilden die Ergänzung des vorliegenden Abschnitts. — In Preußen besteht das Handelsregister aus den zwei Abteilungen A und B. In Abt. A werden die Firmen der Einzelkaufleute, der offenen Handelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaften, in Abt. B die übrigen Handelsgesellschaften und die in den §§ 33, 36 erwähnten juristischen Personen eingetragen. Anm. 1.

2. Unser Paragraph sagt nichts weiter, als daß **die Gerichte** das Handelsregister zu führen haben. Welche Gerichte hierfür zuständig sein sollen, ist hier nicht gesagt. Darüber bestimmt das FGG. in § 125: Anm. 2.

> „Für die Führung des Handelsregisters sind die Amtsgerichte zuständig.
> Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann die Führung des Registers für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden."

So ist z. B. dem Amtsgericht I Berlin (JMVerf. 4. 12. 99 in JMBl. 99, 560) die Führung des Handelsregisters für die Bezirke des Amtsgerichts II Berlin sowie der Amts- Charlottenburg und gerichte Rixdorf vom 1. Januar 1900 ab übertragen worden.

Die Amtsgerichte sind auch für Standesherren zuständig (RJA. 2, 225).

3. **Die Organe des Handelsstandes** (Handelskammern, Älteste der Kaufmannschaft usw.) sind (gemäß § 126 FGG.) verpflichtet, die Registergerichte behufs Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen. Sie können zu diesem Zweck Anträge stellen und gegen Verfügungen über solche Anträge (s. OLGR. 9, 368) Beschwerde erheben (s. § 14 Anm. 15). Für Preußen bringt ferner das AG. z. HGB. im Art. 3 folgende Vorschrift: Anm. 3.

> „Die Gerichte, die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Polizei- und Gemeindebehörden, sowie die Notare haben von den zu ihrer amtlichen Kenntnis gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Handelsregister oder Genossenschaftsregister dem Registergerichte Mitteilung zu machen.
> Die Steuerbehörden sind verpflichtet, dem Registergericht über die Anmeldung und die Abmeldung steuerpflichtiger Gewerbe, über das Ergebnis der Veranlagung zur Gewerbesteuer sowie über später eingetretene Veränderungen Auskunft zu erteilen."

In Konsulargerichtsbezirken wird das Handelsregister von den deutschen Konsuln geführt (KonsGG. v. 7. April 1900 § 7 Nr. 2; RG. 36, 172). Über die Zulässigkeit der Eintragung einer o. H. G., bestehend aus deutschen und nichtdeutschen Teilhabern, in das Gesellschaftsregister eines Konsulargerichts vgl. die voneinander abweichenden Entscheidungen des RG. 34, 107 (verneinend) und 36, 172 (bejahend). Anm. 4.

Exkurs zu § 8.

Allgemeines über die Tätigkeit des Registergerichts und über die Bedeutung der Eintragungen. Exk. zu § 8.

I. **Der Registerrichter hat keine allgemeine Disziplinargewalt** über den Handelsstand zum Zwecke der Beachtung der registerlichen Vorschriften oder gar der handelsrechtlichen Anm. 1.

Erl. zu § 8. Pflichten überhaupt, sondern **lediglich die ihm durch das Gesetz verliehenen Einzelbefugnisse** (KGJ. 1, 10).

Anm. 2. Diese Einzelbefugnisse lassen sich in drei Gruppen zerlegen:

1. Er hat das Handelsregister zu führen (**Register-Akte**) und zu diesem Zwecke die erforderlichen Eintragungen und Löschungen teils auf Antrag, teils von Amts wegen vorzunehmen.

Anm. 3. 2. Er hat darüber zu wachen, daß eine Reihe von handelsgesetzlichen Vorschriften beobachtet werden (**Aufsichts-Akte**). So hat er besonders darauf zu halten, daß niemand sich im Handelsverkehr einer Firma bedient, die ihm nicht zukommt (§ 37); so hat er die Organe der Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften zur Beobachtung einer Reihe von Verpflichtungen anzuhalten (§§ 319, 325 Nr. 9; s. a. § 77 des GmbHG.).

Anm. 4. 3. **Außerdem ist ihm eine Anzahl von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen zugewiesen** (**Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit**). Die Handlungen sind aufgezählt in den §§ 145, 148 FGG. Eine vollständige Aufzählung erscheint hier überflüssig. Erwähnt seien die Ernennung und die Berufung von Liquidatoren in den Fällen der §§ 146 Abs. 2, 147, 295 Abs. 2 und 3, 302 Abs. 4 HGB.; die Bezeichnung der Person und des Orts, wo in den Fällen der §§ 157 Abs. 2, 302 Abs. 2 die Bücher und Papiere einer aufgelösten Handelsgesellschaft aufbewahrt werden sollen; die Bestellung der Revisoren für die Gründung oder die Bilanz der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft in den Fällen der §§ 192 Abs. 3, 266 Abs. 2; die Ermächtigung der Aktionäre zur Berufung der Generalversammlung im Falle des § 254 Abs. 3.

Anm. 5. II. **Anlangend insbesondere die Eintragungen** (Anm. 2), so ist folgendes zu erwähnen:

1. **Die Eintragungen** — hierunter sind die eintragungspflichtigen Löschungen mit inbegriffen — **erfolgen in der Regel auf Anmeldung der Parteien.** Ausnahmsweise aber trägt der Richter auch ein und löscht er auch von Amts wegen; z. B. im Falle des § 32 (Eintragung der Konkurseröffnung), im Falle des § 31 Abs. 2 (Löschung erloschener Firmen), endlich in den sehr wichtigen Fällen der §§ 142—144 FGG. (Löschung jeder unzulässig gewesenen Eintragung, Löschung nichtiger Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Löschung ungültiger Generalversammlungsbeschlüsse). Näheres über diese Fälle an den zuständigen Stellen.

Anm. 6. 2. **Nur die im Gesetze vorgesehenen Eintragungen sind statthaft.** Das war früher ausdrücklich ausgesprochen (Art. 12 des alten HGB.), jetzt ist es als überflüssig weggelassen. Das Register ist nicht dazu bestimmt, ein vollständiges Bild über die Rechtsverhältnisse der Kaufleute zu geben (Cosack § 10 IV). Die Parteien können nicht die Eintragung beliebiger handelsrechtlicher Verhältnisse, z. B. einer Handlungsvollmacht (zust. KG. in DJZ. 05, 316) oder der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils verlangen (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 829), am allerwenigsten von Verhältnissen, die das Gesetz ausschließt, z. B. der Beschränkung einer Prokura. Auch die im Grundbuch übliche Eintragung von Vormerkungen ist hier nicht statthaft (anders Makower I 20). Nur entstandene Rechtsverhältnisse können eingetragen werden, nicht Vermerke, daß die Entstehung oder Veränderung der Rechtsverhältnisse bevorstehe (s. a. RG. 22, 59, wo gesagt ist, das Handelsregister sei nicht dazu bestimmt, die bloße Möglichkeit dereinst entstehender Verhältnisse anzukündigen). Es kann daher nicht eingetragen werden, daß eine Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingeleitet ist (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 292), wohl aber daß einem Gesellschafter durch richterliche Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen ist (s. zu § 127).

Die gleichwohl erfolgte Eintragung solcher Vormerkungen ist wirkungslos, hat insbesondere nicht von Gesetzes wegen die Wirkung des § 15 (ROHG. 6, 140).

Anm. 7. 3. **Worauf erstreckt sich die Prüfung des Registerrichters bei der Eintragung, seine Prüfungspflicht und sein dieser Pflicht entsprechendes Prüfungsrecht?**

a) Von selbst versteht es sich und allgemein angenommen ist, daß er die formelle Gesetzlichkeit zu prüfen hat (s. a. Ehrenberg 292). Hierher gehört die Prüfung namentlich: Erl. zu § 8.

α) der rechtlichen Zulässigkeit der Anmeldung (oben Anm. 6);

β) der eigenen Zuständigkeit (§ 5 FGG.);

γ) der Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung; seiner Identität, Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Legitimation. Hinsichtlich der Legitimation sind einige Fälle gesetzlich geordnet: Vollmacht und Rechtsnachfolge im § 12 HGB., Ermächtigung der Notare in § 129 FGG. Für die übrigen Fälle greifen die allgemeinen Grundsätze Platz.

δ) der Form der Anmeldung (§ 12), der Gesetzlichkeit und Vollständigkeit der Urkunden.

b) Fraglich ist aber, ob er auch die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen zu prüfen hat. Hierbei kann es sich handeln: Anm. 8.

α) um die Erklärungen, welche die Parteien bei denjenigen Rechtsverhältnissen abgeben, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirksamkeit gehört;

β) um sonstige Erklärungen, die nur sog. deklaratorische Kraft haben oder die der Anmeldung als Beilage beizufügen sind (so bei der Aktiengesellschaft die Versicherung, daß der vierte Teil des bar eingeforderten Betrages eingezahlt ist, § 195 Abs. 3).

Zu α) Bei den Erklärungen der ersten Art ist nun für das alte HGB. angenommen worden, das Register beurkunde nur die Erklärungen der Parteien, nicht das Rechtsverhältnis selbst, das Register bezeuge nur, daß die Parteien die betreffenden Erklärungen abgegeben haben, nicht, daß das von ihnen Erklärte wahr sei (RGSt. 18, 180; RGZiv. 1, 243). Wäre das richtig, so ginge den Registerrichter die Wahrheit der Erklärungen nichts an. Allein es kann dies für das jetzige HGB. nicht mehr aufrecht erhalten werden. Anm. 9.

Sicherlich trifft dies nicht zu bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirksamkeit gehört (s. Anm. 13ff.), so bei der Eintragung der Aktiengesellschaft, die ja erst durch die Eintragung entsteht (§ 200). Hier kann das Gericht überall nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden sein. Denn es kann den Parteien nicht überlassen bleiben, mit Hilfe der Eintragung nach ihrem Belieben Rechtsverhältnisse entstehen zu lassen, denen das Gesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Hilfe der Eintragung Wirksamkeit verleihen will, oder vielmehr den Schein des Entstehens solcher Rechtsverhältnisse mit Hilfe des Registers zu erwecken. Auch ist zu erwägen, daß der Registerrichter die Eintragung von Amts wegen zu löschen hat, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (§ 142 FGG.). Damit gibt das Gesetz deutlich zu erkennen, daß es das Register möglichst frei haben will von unrichtigen Eintragungen. Dadurch erwächst dem Registergericht allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen festzustellen. In dieser Weise dürfte der § 12 FGG. nicht auszulegen sein („das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen anzustellen"). Das Gericht kann vielmehr, wenn es kein Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der abgegebenen Erklärungen hat, wenn sie ihm glaubhaft erscheinen, ihnen Glauben schenken und die Eintragung bewirken. Aber es hat jedenfalls das Recht, die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen anzustellen und insbesondere von den Parteien die ihm erforderlich erscheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu erfordern. Und es hat auch die Pflicht dazu, wenn es den Parteierklärungen nicht ohne weiteres glaubt (s. a. § 2 Anm. 18).

Zu β). Aber das gleiche gilt auch bei den übrigen Erklärungen, die nur sog. deklaratorische Kraft haben. Hier war schon für das alte HGB. angenommen worden, daß der Registerrichter, wenn er Kenntnis von der Unrichtigkeit der angemeldeten Tatsache hat, z. B. daß sie nur zu Simulationszwecken erfolgt, um etwa einen Strohmann als Inhaber vorzuschieben (vgl. die Fälle des RG. 3, 121; 37, 61), die Eintragung zu versagen berechtigt und verpflichtet ist; denn es widerspreche dem Charakter einer amtlichen Beurkundung, daß sie wissentlich eine falsche Tatsache mit ihrer Autorität decke (Schulze-Görlitz 6; übereinstimmend OLG. Colmar in OLGR. 8, 378). Aber man wird darüber hinaus jetzt annehmen müssen, daß der Richter nicht bloß dann, wenn Anm. 10.

Erl. zu § 8. er die Unwahrheit der abgegebenen Erklärungen kennt, sondern stets das Recht hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig zu machen. Er kann zwar auch hier die Eintragung sofort bewirken, wenn er gegen die Zuverlässigkeit der Anmeldung kein Bedenken hat. Er kann und muß aber, wenn er Verdachtsgründe gegen die Richtigkeit der Erklärungen hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig machen. Auch hier sind obige Gründe (Anm. 9) maßgebend.

Anm. 11. Zu α und β). Hierzu kommt die rechtliche Bedeutung, die den Eintragungen allenthalben beigelegt wird. Nicht bloß die Anschauung der Rechtsuchenden sieht in der Eintragung den Ausspruch des Gerichts, daß die Sache in Ordnung ist, auch die Gerichte sind von dieser Anschauung beherrscht. Denn nach der Praxis hat die Eintragung in das Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit für sich (RG. 41, 22; unten Anm. 16). Die Eintragung der Firma hat sogar in vielen Fällen noch stärkere Bedeutung (s. Anm. 13ff.); so hat sie nach § 5 konstitutive Wirkung insofern, als derjenige, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt. Hat aber der Inhalt des Registers diese Wirkung, so muß man dem Richter das Recht geben, nur solche Erklärungen einzutragen, von deren Richtigkeit er selbst überzeugt ist (s. auch Rudorff bei Gruchot 41, 71). Das gilt insbesondere auch für die Eintragung eines Gewerbetreibenden, der auf Grund des § 1 Vollkaufmann zu sein behauptet. Die Anmeldung bedeutet, er betreibe ein Vollhandelsgewerbe und sei Vollkaufmann, nicht, er werde ein Handelsgewerbe betreiben (RG. 22, 59). Diese Eintragung kann der Registerrichter abhängig machen von der Ermittelung derjenigen Tatsachen, welche die Vollkaufmannseigenschaft begründen, wenn er von der Richtigkeit der Anmeldung nicht ohne weiteres überzeugt ist. (Über das gleiche Prüfungsrecht des Richters im Falle des § 2 vgl. dort. Anm. 18.) Die Einschränkung, welche die D. (27) macht, der Registerrichter werde sich im allgemeinen mit den Erklärungen der Parteien begnügen müssen, und habe nur nachzuforschen, wenn sich besondere Zweifel und Umstände ergeben, können wir nicht billigen. Sie trägt der großen Tragweite der registerlichen Beurkundungen nicht genügend Rechnung und beachtet auch nicht den § 12 FGG., der zur Zeit, als die D. verfaßt wurde, allerdings noch nicht Gesetz war. (Auf dem Standpunkte der D. im allg. auch Lehmann-Ring § 12 Nr. 7, auf dem diesseitigen Goldmann I 41).

Über die Stellung des Registerrichters zu den Beschlüssen der Generalversammlung vgl. Anm. 21 zu § 273.

Anm. 12. 4. **Die zivilrechtliche Bedeutung und Wirkung der Eintragungen.** Sie läßt sich gleichfalls mit einer einfachen Formulierung nicht beantworten. Die Eintragung hat verschiedene Bedeutungen (vgl. hierzu die interessanten Ausführungen Ehrenbergs 274ff. über die Bedeutung des Registers für Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit):

a) **Oft hat sie lediglich deklaratorische oder beurkundende Bedeutung**, d. h. die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit beweisbaren und wirkenden Tatsache. So ist z. B. die Kaufmannseigenschaft im Falle des § 1 nicht von der Eintragung abhängig. Die o. H. G. besteht auch ohne Eintragung (§ 123). Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird gültig bestellt auch ohne Eintragung (§ 234). In diesen Fällen äußert sich die Hauptwirkung der Eintragung erst, sobald sie ordnungsmäßig bekannt gemacht ist. Erst Eintragung und Bekanntmachung zusammen verleihen dem Rechtsverhältnisse die Publizität, deren Wirkungen dahin gehen, daß man den Inhalt des Registers jedem Dritten entgegenhalten kann, und daß umgekehrt jeder gutgläubige Dritte sich darauf berufen kann (§ 15).

In einem Falle hat die Eintragung beurkundende Bedeutung ohne Bekanntmachung; das ist der Fall der Eintragung der Konkurseröffnung nach § 32.

Anm. 13. b) **Oft aber hat die Eintragung auch konstitutive oder rechtserzeugende Bedeutung.** Zwar nicht in dem Sinne, als ob die Eintragung allein die Kraft hätte, das Rechtsverhältnis zu erzeugen, wohl aber in dem Sinne, daß die Eintragung eines der rechtserzeugenden Momente oft das letzte derselben ist. Diese Wirkung hat die Eintragung im Falle des § 2: die Eintragung der Firma ist eine der Bedingungen, wenn auch nicht die alleinige,

der Kaufmannseigenschaft in jenem Falle; ferner im Falle des § 3 Abs. 2 (landwirtschaftliches Nebengewerbe); ferner auch im Falle des § 5: die zu Unrecht erfolgte Eintragung der Firma hat insofern rechtserzeugende Kraft, als derjenige, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht schlechtweg als Vollkaufmann gilt; ferner in den Fällen des § 200 (die Aktiengesellschaft entsteht erst durch die Eintragung), des § 277 Abs. 3 (die Beschlüsse der Generalversammlung auf Statutenänderung erlangen erst durch Eintragung Rechtswirksamkeit), der §§ 11 und 55 des GmbHG. **Erl. zu § 8.**

In diesen Fällen hat die Eintragung **auch** rechtserzeugende Kraft, wie wir mit Vorbedacht gesagt haben (s. a. Düringer-Hachenburg I 85). Denn sie hat in diesen Fällen außerdem die zu a erwähnte Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung (in Verbindung mit der Bekanntmachung): Wer auf Grund des § 5 als Kaufmann gilt, kann dies dem Dritten doch nur entgegenhalten, wenn der Eintragung die Publikation gefolgt ist (s. Anm. 6 zu § 5: zustimmend Lehmann-Ring § 5 Nr. 2). Eine Aktiengesellschaft entsteht allerdings durch die Eintragung; aber daß eine Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, kann, gegebenenfalls, dem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Eintragung auch publiziert war. Vgl. auch § 15 Anm. 5 u. Zus. 2 zu § 277.

Anm. 14. Zu dieser Klasse der konstitutiven Eintragungen können auch Eintragungen gehören, die auf einer mit der Sachlage nicht übereinstimmenden Anmeldung beruhen. Eine unrichtige, der Sachlage widersprechende Eintragung ist zwar der Regel nach wirkungslos. Wenn z. B. jemand als Vorstand einer Aktiengesellschaft eingetragen ist, der tatsächlich als solcher gar nicht gewählt ist, so ist die Person nicht Vorstand (Cosack 37). Aber nicht immer ist die unrichtige Eintragung wirkungslos. Vielmehr haben Eintragungen dieser Art die sehr erhebliche Wirkung, daß der Anmeldende und die Eintragung Veranlassende an dieser Erklärung von demjenigen festgehalten werden kann, der im Vertrauen auf eine solche Eintragung gehandelt hat (vgl. § 116 BGB.: „Eine Erklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen"; ROHG. 3, 412; 24, 320; auch RG. 40, 146; 50, 431; OLG. Dresden in OLGR. 4, 203; s. a. Erl. zu § 5 Anm. 1). So muß die Gesellschaft in jenem Falle die von ihren legitimierten Organen unrichtigerweise als Vorstand angemeldete Person als solchen gegen sich gelten lassen. Ein anderer Fall dieser Art liegt vor, wenn jemand, ohne überhaupt ein Gewerbe zu betreiben, z. B. nachdem er es aufgegeben hat, auf seinen Antrag eingetragen wird. Er gilt dann als Vollkaufmann (Anm. 1 Erl. zu § 5).

c) **Oft hat die Eintragung noch andere Bedeutung:** so in den Fällen der §§ 26 Abs. 2 u. 159 Abs. 2 (Beginn der Verjährung); § 287 (Voraussetzung für die Ausgabe von Aktien bei Erhöhung des Grundkapitals). Anm. 15.

d) **In allen Fällen aber hat die Eintragung die Bedeutung einer Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache** (RG. 41, 22; s. a. oben Anm. 12 u. 8ff.). Im wesentlichen gleicher Meinung sind Lehmann-Ring (§ 15 Nr. 4), die zu Unrecht behaupten, Staub lege der Eintragung volle Beweiskraft bei; Cosack (§ 10 a. E.) glaubt, man dürfe die Frage nicht ganz allgemein bejahen; Ehrenberg (296) will der Eintragung höchstens eine Vermutung für ihre Legalität, d. h. ihre gesetzliche Zulässigkeit, geben. Diese Vermutung wird nicht nur in den Fällen wichtig, in denen die Eintragung die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung (Anm. 12) hat, sondern auch dort, wo sie rechtserzeugende Kraft (Anm. 13ff.) hat. Die Aktiengesellschaft entsteht durch die Eintragung, aber nur, wenn der Gesellschaftsvertrag die wesentlichen Erfordernisse enthält. Daß dies aber der Fall, braucht von der eingetragenen Gesellschaft nicht bewiesen zu werden. Vielmehr begründet die Eintragung die Vermutung dafür. Soll geltend gemacht werden, daß jemand Kaufmann ist, so braucht man sich nur auf die Eintragung der Firma zu be- Anm. 16.

Erl. zu § 8.

rufen; demgegenüber liegt dem andern Teil der Gegenbeweis ob, daß der Eingetragene ein Handelsgewerbe weder nach § 1 noch nach § 2 oder § 3 Abs. 2 betreibt. (Daß ihn zufolge des § 5 dieser Gegenbeweis nicht zum Ziele führt, so lange der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, liegt auf anderem Gebiete; hierüber s. die Erl. zu § 5, insbes. Anm. 7 dort, und den Exk. zu § 5.)

Anm. 17. Diese Vermutung hat darin ihren Grund, daß davon ausgegangen wird, der Registerrichter trage nur ein, wenn er selbst überzeugt ist, daß die angemeldeten Tatsachen richtig sind (oben Anm. 7—11). Das Register liefert zufolge dieser Prüfungspflicht des Registerrichters dafür Beweis, daß er gegen die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen kein Bedenken gehabt hat, und dadurch einen Beweis, wenn auch nur einen Prima-facie-Beweis (wie etwa die Quittung), für die angemeldeten Tatsachen selbst. So schöpft die Eintragung aus ihrer materiellen Bedeutung, der unter der Autorität des prüfenden Richters geschehenen Verlautbarung der Erklärungen, die prozessuale Beweiskraft einer Vermutung für die Richtigkeit der abgegebenen Erklärung (s. Allgemeine Einleitung 6./7. Aufl. Anm. 56).

Dagegen kann man nicht so weit gehen, den Inhalt des Registers oder gar die Wahrheit der darin beurkundeten Erklärungen für die Prozeßgerichte als notorisch zu bezeichnen. Denn das Register ist für das Publikum, nicht für die Prozeßgerichte bestimmt (RG. 13, 371).

Anm. 18. e) Ob man wegen der zu a—d (Anm. 12–17) dargelegten Bedeutung und Wirkung der Eintragungen von einem öffentlichen Glauben, den sie genießen, sprechen soll, kann dahingestellt bleiben. Wir haben das Schlagwort vermieden, um lieber die Einzelwirkungen darzulegen und um einer Gleichstellung mit dem öffentlichen Glauben der Grundbucheintragungen wegen der bestehenden Verschiedenheiten vorzubeugen (vgl. a. Cosack § 10 a. E.; Ehrenberg 286, 291 ff.; Dernburg I § 98).

Anm. 19. 5. **Mit einem Worte soll auch die strafrechtliche Frage gestreift werden**, ob in der bewußt unrichtigen Anmeldung eine intellektuelle Urkundenfälschung liegt. Die Frage ist früher vom RGSt. 18, 179 verneint worden, weil das Register nur die Tatsache der Erklärung, nicht die Wahrheit der erklärten Tatsachen beweise. Das kann aber nun nicht mehr aufrechterhalten werden, soweit nach den obigen Darlegungen (Anm. 9 ff.) die Eintragung auch die Wahrheit der erklärten Tatsachen beweist (a. M. Goldmann I 41).

§ 9.

§ 9. Die Einsicht des Handelsregisters sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet.

Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; das Gleiche gilt in Ansehung der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke, sofern ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Das Gericht hat auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Öffentlichkeit des Handelsregisters.** Er enthält sich zwar des Satzes: das Handelsregister ist öffentlich, aber nur deshalb, weil er diesen Satz für überflüssig hält. Er begnügt sich mit der Angabe der drei Modalitäten der Öffentlichkeit.

Die §§ 9—11 HGB. finden auf das Genossenschaftsregister Anwendung (§ 156 GenG.).

Die dem Publikum gegebenen Rechte in bezug auf das Handelsregister sind dreifache:

Anm. 1. 1. **Das Recht auf Einsicht.** Es steht jedermann zu ohne den Nachweis eines Interesses und geht somit weiter als § 34 FGG. — Es bezieht sich auf das Handelsregister

und die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke. Damit sind gemeint die Anmeldungen zur Eintragung, auch wenn sie zu gerichtlichem Protokoll erklärt sind (KG. in RJA. 2, 70), die Firmenzeichnungen, die Urkunden, die den Anmeldungen beizufügen sind, die Belege und Unterlagen der Eintragungen, ferner die nach einzelnen Vorschriften des Aktienrechts „einzureichenden Urkunden“, z. B. nach §§ 207 Abs. 4; 267 Abs. 2; 259 Abs. 5. Dagegen gilt dies nicht von denjenigen Urkunden, die an das Handelsgericht bei Ausübung der ihm nach einigen Vorschriften zugestandenen judiziellen Tätigkeit gelangen. Diese sind nicht für die Öffentlichkeit bestimmt, sind weder zur Prüfung der Rechtsgültigkeit der Eintragungen unentbehrlich, noch geben sie über die eingetragenen für Dritte erheblichen Tatsachen Auskunft (es sei hier verwiesen auf die §§ 146 Abs. 2; 147; 295 Abs. 2; 254; ferner auf die Schriftstücke, die im Ordnungsstrafverfahren ergehen, und endlich die sonstigen Korrespondenzen des Gerichts). — Die Einsicht steht in den Diensträumen offen. Ebenso nur in den Dienststunden. Dies besonders auszusprechen, hielt die D. 25 für überflüssig. Während der Dienststunden ist aber die Einsicht stets zulässig; unzulässig ist es, besondere Sprechstunden zu bestimmen. § 9.

2. **Das Recht auf Abschrifterteilung.** Von den Eintragungen kann jedermann Abschrift verlangen ohne den Nachweis eines Interesses. Von den eingereichten Schriftstücken — ihnen sind die zum Protokoll des Gerichtsschreibers gestellten Anträge gleichzusetzen (RJA. 2, 70) — kann nur Abschrift verlangen, wer ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Auf Verlangen muß die Abschrift beglaubigt werden (über die Form für Preußen vgl. Art. 31, 35, 57 PFGG.). Über den Begriff der eingereichten Schriftstücke s. zu 1. Selbstverständlich kann die Abschrift nicht kostenfrei verlangt werden (D. 25). Wer hiernach zum Verlangen einer Abschrift nicht berechtigt ist, darf sich doch selbst Notizen, Auszüge und auch wörtliche Abschriften anfertigen. Anm. 2.

Daneben aber gilt die Vorschrift des § 34 FGG., wonach unter der Voraussetzung eines glaubhaft gemachten berechtigten Interesses einfache oder beglaubigte Abschriften aus den Gerichtsakten, also auch von Verfügungen, Vorladungen usw. jedem erteilt werden kann; gegen die Versagung ist Beschwerde zulässig (KG. in OLGR. 2, 396).

3. **Das Recht auf Bescheinigungen** steht gleichfalls jedem zu ohne den Nachweis eines Interesses. Es können aber nur (übereinstimmend mit § 162 FGG.) Negativatteste verlangt werden, nicht Atteste über den Inhalt einer Eintragung. Dazu reichen die Abschriften aus. Aus § 33 der GBO.: Anm. 3.

> „Der Nachweis, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus den im Handelsregister eingetragenen Personen besteht, wird durch ein Zeugniß des Gerichts über die Eintragung geführt.
> Das Gleiche gilt von dem Nachweise der Befugniß zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.“

geht jedoch hervor, daß zu Grundbuchzwecken auch positive Zeugnisse zu erteilen sind, aber nur in den laut § 33 bestimmten Fällen (näheres Turnau zu § 33). Diese Vorschrift darf nicht, wie dies Düringer-Hachenburg (I 67) wollen, auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden. Denn man hat mit vollem Vorbedacht dem Publikum grundsätzlich nur das Recht auf Negativatteste geben wollen und die sog. Positivatteste neben den Abschriften grundsätzlich für entbehrlich gehalten (D. 26). Der Registerrichter genügt seiner Bescheinigungspflicht, wenn er in amtlicher Form den wörtlichen Inhalt des Handelsregisters bezeugt. Eine Bescheinigung über den Inhalt einer erfolgten Eintragung, z. B., daß an einem bestimmten Tage der Direktor X. als alleiniger Vorstand der Gesellschaft Y. im Handelsregister eingetragen war, braucht er nicht zu geben (KG. in RJA. 1, 150). Für andere Fälle, also insbesondere, wenn es sich sonst um die Vertretungsbefugnis oder um die Frage handelt, wer Inhaber einer Einzelfirma ist, wird man das Recht auf Positivatteste verneinen müssen. Hier sind die beglaubigten Abschriften die öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO. — Nach § 107 FGG. findet übrigens der § 33 der GBO. auf die Eintragung in das Schiffsregister entsprechende Anwendung. — Die Dauer der Beweiskraft der Zeugnisse ist nicht ohne weiteres auf die Zeit

§ 9. ihrer Erteilung beschränkt (OLGR. 8, 313). — Ist das Grundbuchamt zugleich das Registergericht, so genügt statt des Zeugnisses die Bezugnahme auf das Register (§ 35 GBO.).

Anm. 4. 4. **Zur Auskunftserteilung sind die Registergerichte nicht verpflichtet** (Schulze-Görlitz 9), am allerwenigsten zu einer Auskunft darüber, daß einer beabsichtigten Anmeldung Bedenken nicht entgegenstehen. Dennoch werden solche Anfragen im Interesse des Rechtsverkehrs, zur Vermeidung ungültiger Rechtsakte, häufig gerichtet und beantwortet. Die Auskünfte solcher Art sind aber unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (KGJ. 11, 29).

Aber es können neben dem § 9 noch andere, auf besondere Gesetzesbestimmungen gegründete weitergehende Rechte für bestimmte Personen oder Behörden bestehen, eine Auskunft über den Inhalt des Handelsregisters zu verlangen. Als solche besondere Bestimmung kommt die des § 144 GUVersG. in Betracht (RG. in RJA. 4, 100).

Anm. 5. Zusatz 1. **Verwendung der Registerakten zum Zwecke der Rechtshilfe** ist allerdings nicht verboten, sollte aber grundsätzlich vermieden werden. Hier sollte man sich mit Einforderung beglaubigter Abschriften und Einholung von Auskünften behelfen, damit das Register stets zur Stelle ist und seinem Zwecke als öffentliches Register dienen kann.

Anm. 6. Zusatz 2. **Soweit ausländische Registerbescheinigungen nach deutschem Gesetz erforderlich sind**, müssen sie, wenn in dem betreffenden Lande ein Register geführt wird, von der Registerbehörde ausgestellt sein; es genügt in diesem Falle nicht die Bescheinigung eines Notars über den Registerinhalt (KGJ. 16, 27).

§ 10.

§ 10. Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. Soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

Mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist, gilt die Bekanntmachung als erfolgt.

Einleitung. **Der Paragraph ordnet die Bekanntmachung der Eintragungen an.** Er entspringt der Absicht, daß jedermann auch ohne Abschrift und ohne Einsichtnahme von dem Inhalt des Handelsregisters Kenntnis erhalte. Freilich ist damit die wirkliche Kenntnis nicht garantiert.

Anm. 1. 1. **Was ist bekannt zu machen?** „Die Eintragung in das Handelsregister." Was nicht eingetragen wird, ist also nicht bekannt zu machen (Ausnahme im § 33 des PrivVersG.). Also nicht bekannt zu machen sind der Geschäftszweig, wenn er nicht ein Bestandteil der Firma ist, das Geschäftslokal, die Wohnung des Geschäftsinhabers. Doch ist damit nur gesagt, daß die Bekanntmachung sich zulässigerweise auf die Eintragung beschränken kann. Es kann aber nicht für unzulässig gehalten werden, auch sonstige Angaben zu publizieren, die den Verkehrsbedürfnissen entsprechen (D. 43). So gestattet die pr. Vf. v. 12. Juni 1900 (JMBl. 439) die Bekanntmachung des Geschäftszweiges, sofern nicht im Einzelfalle Bedenken entgegenstehen. Dagegen ist eine Veröffentlichung der Spaltenüberschriften des Registers, der Unterschrift des Gerichtsschreibers und anderer überflüssiger Dinge nicht erforderlich (die pr. Allg. Vf. v. 7. November 1899 § 12, JMBl. 313).

Die Eintragung aber muß jedenfalls genau publiziert werden (Ausnahme im § 32; s. unten Anm. 3). Bei Widersprüchen zwischen Eintragung und Veröffentlichung nimmt Behrend (§ 38 Anm. 18) mit Recht an, daß eine gehörige Veröffentlichung überhaupt nicht vorliegt. Richtige Eintragung bei unrichtiger Publikation, ebenso unrichtige Eintragung bei richtiger Publikation sind wirkungslos. Indessen ist auch dies cum grano salis zu verstehen. Es muß ein wirklicher Widerspruch dem Inhalte nach vorliegen, nicht eine bloße unerhebliche Ungenauigkeit, z. B. ein orthographischer Fehler, der als solcher erkennbar ist (zust. Theodor Cohn 16).

Anm. 2. 2. **Wann** ist die Eintragung zu publizieren? Ohne Verzug. Das ist zwar jetzt nicht mehr ausdrücklich gesagt, gilt aber auch jetzt. Die Parteien haben ein Recht auf sofortige Publikation,

damit ihre Wirkungen sofort eintreten. Die Registerbeamten haften sonst nach den Vorschriften über die Beamtenverantwortlichkeit (§ 839 Abs. 1 BGB.). Auch besteht Beschwerde im Dienstaufsichtswege. **§ 10.**

3. **Wie?** Ihrem ganzen Inhalte nach, **soweit nicht ein anderes vom Gesetz im Einzelfall vorgeschrieben ist.** Beispiele einer solchen Ausnahme: §§ 162 Abs. 2; 175; vgl. andererseits §§ 199, 201, 277, 284 Abs. 5, wo mehr veröffentlicht werden soll, als eingetragen ist. Eine Veröffentlichung der Eintragung unterbleibt ganz im Falle des § 32 (Beginn und Ende des Konkursverfahrens). Die Publikationen erfolgen selbstverständlich in deutscher Sprache. Anm. 3.

4. **Wo?** Im Deutschen Reichsanzeiger und in mindestens einem anderen Blatte. Die Wahl des Deutschen Reichsanzeigers als notwendiges Zentralorgan für alle Veröffentlichungen in Handelsregistersachen des Deutschen Reichs war eine alte Forderung des Handelsstandes (Goldschmidt in ZHR. 19, 666). Hinsichtlich der anderen Blätter s. § 11. Anm. 4.

5. **Wie oft?** Nur einmal (abweichend vom früheren Recht). Da die Zeitungen, in denen publiziert wird, an verschiedenen Tagen erscheinen können, war es früher zweifelhaft, ob mit der ersten oder mit der letzten Publikation die Bekanntmachung als erfolgt gilt. Das Gesetz entscheidet im Abs. 2 die Streitfrage im letzteren Sinne. Anm. 5.

Zusatz 1. Über die zivilrechtliche Bedeutung und Wirkung der Veröffentlichung s. § 15 (vgl. auch Erl. zu § 8 Anm. 12ff.). Anm. 6.

Zusatz 2. Für Preußen sind die Anm. 1 zitierten Allg. Vfgen zu vergleichen. § 12 der Vf. vom 7. November 1899 legt mit Recht auf eine leicht verständliche und knappe Fassung der Bekanntmachung Wert. Anm. 7.

§ 11.

Das Gericht hat jährlich im Dezember die Blätter zu bezeichnen, in denen während des nächsten Jahres die im § 10 vorgesehenen Veröffentlichungen erfolgen sollen. **§ 11.**

Der vorliegende Paragraph ergänzt den § 10. Dort ist bestimmt, daß die Bekanntmachungen im Reichsanzeiger und mindestens in einem anderen Blatt erfolgen sollen. **Diese anderen Blätter sind vom Gericht alljährlich zu bezeichnen.** Einleitung.

1. Die Wahl ist maßgebend für das ganze laufende Jahr; innerhalb desselben darf nicht gewechselt werden, auch wenn das betreffende Blatt seinen Leserkreis verlieren sollte. Für den Fall, daß es eingeht, hatte das alte HGB. im Art. 14 bestimmt, das Gericht habe ein anderes an dessen Stelle zu setzen. Das muß auch jetzt noch gelten, wenngleich es nicht ausdrücklich gesagt ist; sonst wäre die Bekanntmachung nichtig. Die Bezeichnung von zwei Blättern (außer dem Reichsanzeiger) ist zweckmäßig, aber nicht erforderlich (s. § 10; a. M. Goldmann zu § 11). Anm. 1.

2. In die bezeichneten Blätter sind alle Anzeigen einzurücken. Anm. 2.

3. Die **Wahl** erfolgt lediglich nach dem Ermessen des Registergerichts; Dienstanweisungen sind ausgeschlossen. Im Entwurf zum FGG. war laut § 128 eine Bestimmung vorgesehen, wonach die Landesjustizverwaltung das Recht haben sollte, den Registergerichten Anweisungen über die Wahl zu erteilen. Dies wurde aber in der Kommission gestrichen, weil man es für notwendig hielt, die ausschließliche Zuständigkeit der Registergerichte hier aufrecht zu erhalten, damit nicht bei der Auswahl der Blätter politische Gesichtspunkte maßgebend seien (übereinst. Lehmann-Ring zu § 11; auch RG. 58, 430). Anm. 3.

4. Die **Kundgabe** der Wahl, die Art der Bekanntmachung, welche Blätter gewählt sind, bleibt, wenn nicht die Landesjustizverwaltung, wozu sie befugt ist (a. M. Staub 6./7. Aufl.) eingreift, dem Gericht überlassen. Doch muß sie natürlich in zweckentsprechender Weise geschehen; sie soll nicht bloß durch Verfügung in den Akten, auch nicht bloß durch Anheftung an die Gerichtstafel geschehen, sondern etwa durch Bekanntmachung im Reichsanzeiger oder in einem gelesenen Blatte des Bezirks. Die Wahl des Reichsanzeigers ist hier nicht notwendig. Anm. 4.

§ 11. Der preuß. Justizminister hat in der Allg. Vf. vom 4. Dezember 1900 (JMBl. 642) den Amtsgerichten verboten, solche Bezeichnungen der Blätter zu veröffentlichen, und sie angewiesen, die Blätter dem Oberlandesgericht mitzuteilen (entsprechend dem § 10 Vf. vom 7. November 1899). Von dort werden sie dem Reichsjustizamt übermittelt. Dieses will dann eine zusammenfassende Bekanntmachung im Reichsanzeiger veröffentlichen. Das ist nicht unzulässig, soweit nur die Auswahl der Blätter (s. Anm. 3) durch das Gericht unberührt bleibt. Die Zulässigkeit ist weder nach Wortlaut noch nach Entstehungsgeschichte des § 11 zu bezweifeln (nachgewiesen vom RG. 58, 430, das die Verurteilung eines Richters, der entgegen der Allg. Vf. eine besondere Bekanntmachung veranlaßt hatte, zum Ersatz der Insertionskosten von 9 Mk. 50 Pfg. an den Justizfiskus bestätigt hat). Wenn aber ein Blatt im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, wird die Publikation doch durch das Registergericht erfolgen dürfen (so mit Recht Th. Cohn bei Holdheim 10, 32f.), weil nach der Allg. Vf. die Anzeigen der Gerichtsschreiber und daher auch die Publikationen der Verwaltung erst im Dezember erfolgen.

§ 12.

§ 12. Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften sind persönlich bei dem Gerichte zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich. Rechtsnachfolger eines Betheiligten haben die Rechtsnachfolge soweit thunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Der vorliegende Paragraph gibt eine allgemeine Vorschrift über die Form der Anmeldung und Zeichnung.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift ist allgemein.** Im alten HGB. war sie für mannigfache einzelne Fälle gegeben, doch wurde ihre allgemeine Geltung schließlich angenommen.

Anm. 2. 2. **Die Anmeldung und Zeichnung** kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgen (§ 128 FGG.), natürlich auch zu Protokoll des Registerrichters. Letzteres geht aus unserem Paragraphen hervor („bei dem Gerichte"). Ein Ersuchen des Registergerichts an ein anderes Gericht im Wege der Rechtshilfe um Aufnahme einer Anmeldung „zu richterlichem Protokoll" darf das ersuchte Gericht ablehnen (Beschl. des RG. 58, 94; vgl. aber OLG. Hamburg in DJZ. 01, 440). Erfolgt die Anmeldung oder Zeichnung nicht vor dem Gericht, so muß sie in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden. **Öffentlich beglaubigt** ist eine Schrift, wenn die Unterschrift oder die Handzeichen derselben beglaubigt sind. Die Beglaubigung einer Unterschrift kann erfolgen durch Amtsgericht, Notar oder sonstige nach Landesrecht hierfür zuständige Stellen (vgl. Stranz-Gerhard Art 68[6]; KG. in OLGR. 6, 110), die Beglaubigung eines Handzeichens erfolgt ausschließlich durch Amtsgericht oder einen Notar (§§ 129 Abs. 1 Satz 2 u. 126 Abs. 1 BGB.; § 167 FGG.; über für die Beglaubigung zuständigen Stellen in den verschiedenen Bundesstaaten vgl. Jastrow II § 3). Durch Aufnahme zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll wird die Beglaubigung ersetzt (§ 129 Abs. 2 BGB.). — Wo das Gesetz ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verlangt, wie im § 2 Abs. 2 des GmbHG., ist dies mit öffentlicher Beglaubigung nicht zu verwechseln; in jenen Fällen kann das Landesrecht nicht noch andere Stellen für zuständig erklären (KG. in OLGR. 6, 109).

Über die Zuständigkeit der deutschen und der fremden Konsuln und den Gebrauch von Notariatsurkunden im internationalen Verkehr s. Jastrow I 297ff.

Anm. 3. 3. **Die Anmeldung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen,** soweit nicht Sonderbestimmungen entgegenstehen (vgl. z. B. § 280 Anm. 1). Die Vollmacht muß die gleiche Form haben,

wie sie für die Anmeldung vorgeschrieben ist (vgl. daher Anm. 2). Auch muß es eine Spezial- **§ 12.** vollmacht sein (Lehmann-Ring Nr. 4; AG. I Berlin in KGBl. 03, 87). Über die Ermächtigung des Notars zum Antrag s. FGG. § 129; s. a. Staub G. m. b. H. § 7[7].

4. **Die Zeichnung** (§§ 29, 53, 108, 148, 195, 296) **dagegen kann ihrer Natur nach nur persönlich erfolgen.** Zeichnung durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen. Auch der Prokurist kann den Prinzipal hierbei nicht vertreten. Für Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben, zeichnet dieser. Für juristische Personen ist dies besonders vorgeschrieben (§§ 35, 234 Abs. 3). Anm. 4.

Die Beglaubigung der Zeichnung (z. B. durch den Notar) muß dahin erfolgen, daß die Zeichnung persönlich vor der Urkundsperson vollzogen, nicht bloß anerkannt ist (RG. 54, 168; zust. dem RG. Franz in DNotVZ. 04, 65; a. M. das KG. in KJA. 3, 192).

Schreibensunkundige sind von der Zeichnung befreit, sie können nicht etwa von der Eintragung ausgeschlossen werden, weil sie die Zeichnung ihrer Unterschrift nicht bewirken können, zumal ja die Festlegung der Firmenzeichnung dort keinen Zweck hat, wo das Publikum persönliche Firmenzeichnung des Kaufmanns im Verkehr nicht zu gewärtigen hat (Allfeld 136; Schulze-Görlitz 117; Goldmann I 49; Düringer-Hachenburg (I 80) dagegen meinen, daß dieser Mangel behoben werden kann, und verlangen deshalb persönliche Firmenzeichnung auch durch Schreibensunkundige). Das gleiche gilt von Personen, die infolge körperlichen Gebrechens (Blindheit, Lähmung usw.) nicht in der Lage sind, die Firma zu zeichnen (hierin übereinst. Düringer-Hachenburg I 80; a. M. Goldmann (I 49), der die im § 169 FGG. vorgeschriebene Form verlangt).

5. **Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat,** läßt sich allgemein nicht sagen. Wo als anmeldungspflichtig mehrere Personen in Betracht kommen (Gesellschafter, Vorstandsmitglieder), kann nicht die allgemein bindende Regel aufgestellt werden, daß sämtliche in Frage kommenden Personen bei der Anmeldung mitwirken müssen. In denjenigen Fällen, in denen das HGB. dies beabsichtigt, schreibt es dies ausdrücklich vor (§§ 108, 195; s. a. § 30 PrivVersG.; andrerseits § 234 HGB.). Wo das Gesetz nicht die Mitwirkung aller vorschreibt, genügt es, daß so viele Personen mitwirken, als zur Vertretung nach außen überhaupt befugt sind. Anm. 5.

6. **Die Rechtsnachfolge eines Beteiligten** ist, soweit tunlich, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Das will sagen: der Registerrichter soll den etwa erforderlichen Nachweis einer Rechtsnachfolge nicht absolut durch öffentliche Urkunden verlangen können, sondern nur soweit dies tunlich ist. Ist es nicht tunlich, so muß er sich damit begnügen, daß der Nachweis in anderer Weise geführt wird. Dagegen kann ihm nicht angesonnen werden, auf den Nachweis ganz zu verzichten (zust. Theodor Cohn 69). Untunlich ist der Nachweis nicht bloß dann, wenn er absolut unmöglich ist, sondern schon dann, wenn er mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist und die Verzögerung der Eintragung erhebliche Nachteile im Gefolge hätte. Anm. 6.

Öffentliche Urkunde ist zu unterscheiden von öffentlich-beglaubigter (Anm. 2) Urkunde. Eine öffentliche Urkunde ist die im Sinne des § 415 CPO. „von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommene" (über den Begriff der öffentlichen Behörde vgl. RGSt. 18, 246). Die Zuständigkeit für die Aufnahme kann sich nach Reichs- oder nach Landesrecht richten (Näheres Stranz-Gerhard Art. 70[a]).

Unter der Rechtsnachfolge ist die allgemeine und die Singularrechtsnachfolge gemeint. Bei der ersteren wird hauptsächlich der Erbschein der §§ 2353 ff. BGB. in Betracht kommen. Die Singularrechtsnachfolge ist z. B. der Kauf eines Geschäfts.

Zusatz 1. Die Anmeldung ist ein Akt, der weder Bedingungen noch Befristungen zuläßt (LG. I Berlin im „Recht" 01, 101). Anm. 7.

Auf die Wirksamkeit der Erklärung ist es ohne Einfluß, wenn zwischen der Abgabe, d. h. Vollziehung und Beglaubigung der zur Einreichung bestimmten Urkunde, und dem Eintreffen der Urkunde bei der Behörde der Erklärende stirbt (OLG. Dresden in OLGR. 4, 22; § 130 BGB.).

§ 12. **Zusatz 2.** Über die Zeichnung der Firma im **Geschäftsverkehr** vgl. für die o. H. G. Anm. 8. Anm. 4 zu § 108 und für die Aktiengesellschaft Erl. zu § 233.

Anm. 9. **Zusatz 3.** Über die Form der **Zustimmung**, falls sie den Registerrichter nachzuweisen ist, vgl. § 22 Anm. 7, § 24 Anm. 3.

§ 13.

§ 13. Soweit nicht in diesem Gesetzbuch ein Anderes vorgeschrieben ist, sind die Eintragungen in das Handelsregister und die hierzu erforderlichen Anmeldungen und Zeichnungen von Unterschriften sowie die sonst vorgeschriebenen Einreichungen zum Handelsregister bei jedem Registergericht, in dessen Bezirke der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung besitzt, in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken.

Eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Diese Vorschriften kommen auch zur Anwendung, wenn sich die Hauptniederlassung im Auslande befindet. Soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, haben die Anmeldungen, Zeichnungen und Eintragungen bei dem Gerichte der Zweigniederlassung in gleicher Weise zu geschehen, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände.

Lit.: Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte, Zürich 02.

Anm. 1. 1. **Inhalt der Vorschrift: der Paragraph gibt besondere Vorschriften für den Fall, daß der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung hat.** Für diesen Fall wird als **Regel** angeordnet, daß die Anmeldung, Zeichnung und Eintragung nicht nur beim Handelsregister der Hauptniederlassung, sondern auch bei dem der Zweigniederlassung zu bewirken sind; zuerst hat die Eintragung bei der Hauptniederlassung zu erfolgen. Diese Regelung entspringt und entspricht den Verkehrsbedürfnissen.

Das gilt auch für den Fall, daß die Hauptniederlassung sich im Auslande befindet. Der Fall, daß die Zweigniederlassung sich im Auslande befindet, ist hier nicht geordnet, weil die deutsche Gerichtsgewalt sich auf das Ausland nicht erstreckt.

Anm. 2. 2. Das HGB. kann Ausnahmen von der obigen Regel (zu 1) bestimmen, die auch aus dem Zusammenhang entnommen werden können (Holdheim 12, 260). Solche gelten abgesehen von § 33 nur in betreff einzelner Anmeldungen für Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften. Hierüber an zuständiger Stelle (insbes. §§ 201, 207, 234, 265, 286, 296, 333).

Anm. 3. 3. **Begriff der Niederlassung, der Hauptniederlassung, der Zweigniederlassung.**

Niederlassung („Handelsniederlassung", auch „Handelsgeschäft", „Geschäft", „Etablissement" genannt; s. § 1 Anm. 32) ist der umfassende Oberbegriff: sie ist der örtliche Mittelpunkt des kaufmännischen Geschäftsbetriebs und zugleich auch „das reale Substrat" dieses Betriebs, d. h. der Inbegriff aller zu diesem Betriebe vereinigten Produktionsmittel, einschließlich der Forderungen, Schulden und Kundschaft (eine universitas bonorum; s. a. Gareis, Lehrbuch § 15). Sie braucht mit dem Orte des bürgerlichen Wohnsitzes nicht zusammenzufallen. Wo die Gesetze von Niederlassung sprechen, ist im Zweifel Haupt- und Zweigniederlassung einbegriffen (z. B. §§ 29, 31 HGB.; § 23 Abs. 1 des WarenZG., § 9 Abs. 3 des MustG., § 2 des UnlWG.; RG. 41, 67 und 82; 44, 361). Das Bestehen der Niederlassung hat nach gesetzlichen Vorschriften teils materielle teils prozessuale Folgen (Beispiele: § 270 Abs. 2 BGB.; § 21 CPO.; §§ 29, 31 HGB.).

Der **Kaufmann** kann **mehrere Handelsniederlassungen** haben (vgl. a. § 17 Anm. 3). **§ 13.** **Entweder an demselben Ort:** und zwar unter der gleichen Firma, dann bilden sie rechtlich ein Ganzes (die Mehrheit hat also keine rechtliche Bedeutung in diesem Falle, OLG. Dresden in ZHR. 34, 563), oder unter verschiedenen Firmen (in diesem Falle ist eine Zweigniederlassung im Sinne des HGB. nicht möglich). Oder an verschiedenen Orten: unter verschiedener, aber auch unter gleicher Firma.

Mehrere Niederlassungen desselben Kaufmanns, wenn sie auch in mancher Hinsicht eine Anm. 4. Einheit bilden (z. B. gehören sie zum einheitlichen Vermögen des Kaufmanns; s. a. § 17 Anm. 3) können entweder von einander getrennte Rechtsbeziehungen haben oder aber im Verhältnis von **Haupt- und von Zweigniederlassung** eine Zusammengehörigkeit zeigen, letztere gleichsam als Pertinenz der ersteren (s. Anm. 13 u. 16). **Hauptniederlassung** (Muttergeschäft) ist das leitende Zentralgeschäft, der örtliche Mittelpunkt für den Betrieb des gesamten kaufmännischen Geschäfts; sie ist die Voraussetzung für die Anmeldung der Firma (§ 29). Mehrere Hauptniederlassungen sind gesondert anzumelden und einzutragen, es sei denn, daß sie unter gleicher Firma am gleichen Ort betrieben werden (Lehmann-Ring Nr. 4; s. a. vorige Anm.). Die **Zweigniederlassung** („Filiale", „Tochtergeschäft" „Kommandite") stempelt der Kaufmann durch Bezeichnung und Einrichtung zu einem vom Hauptbetriebe abgezweigten, aber ihm untergeordneten Geschäft. Begrifflich ist als Erfordernis der Zweigniederlassung eine räumliche Getrenntheit, die schon durch die Sonderung der Geschäftslokalitäten in demselben Orte erreicht werden kann, geboten und genügend. Doch ist auf diese Zweigniederlassung (von Denzler [31] treffend unechte Zweigniederlassung genannt) im Gesetze keine Rücksicht genommen. **Das Gesetz kennt und behandelt vielmehr nur eine bestimmte Art von Zweigniederlassungen**, für die es vor allem das Erfordernis der Verschiedenheit des Gerichtsbezirks aufstellt (echte Zweigniederlassung).

Über die Veräußerung eines von mehreren Geschäften oder einer Zweigniederlassung vgl. § 22 Anm. 3, 4, 22; § 25 Anm. 1; § 30 Anm. 12.

4. Eine Zweigniederlassung **im Sinne dieses Paragraphen** ist vorhanden, oder vielmehr Anm. 5. zur Bezeichnung und Eintragung als Zweigniederlassung ist ein Geschäft geeignet, wenn an einem vom Orte und Gerichtsbezirk des Hauptgeschäfts verschiedenen Orte und Gerichtsbezirke (s. Anm. 4 u. 7) gleichartige Geschäfte des Prinzipals abgeschlossen werden, wenn ferner dieser abgezweigte Betrieb nach seiner Organisation auf die Dauer berechnet ist und der damit Beauftragte eine selbständige Tätigkeit entwickelt (KGJ. 5, 22 u. 23; 14, 12; 18, 18; OLGR. 2, 198; ROHG. 14, 402; RG. 7, 324; Behrend §§ 38ff.). Zum Begriffe der Selbständigkeit gehört dabei lediglich, daß der Leiter der Zweigniederlassung nicht bloßer Geschäftsvermittler, sondern nach außen selbständig aufzutreten berechtigt ist, wenn auch nicht gerade notwendig in unbeschränktem Umfange. Auf die innere Abhängigkeit vom Prinzipal kommt es überhaupt nicht an (Brendel bei Gruchot 33, 223), auch darauf nicht, ob in dem Nebengeschäfte alle Geschäftszweige des Hauptgeschäfts betrieben werden (ebenso Denzler 41; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1334; KGJ. 5, 22; KG. in KGBl. 97, 82). Als einzelne Merkmale der Selbständigkeit sind aufzustellen: daß von der Filiale aus eigene Geschäfte wie von der Hauptniederlassung — im Gegensatz zu bloßen Vorbereitungs-, Vermittlungs- und Ausführungsgeschäften — abgeschlossen werden (übereinstimmend Denzler 29); daß die Filiale eine äußerlich selbständige Leitung hat; daß sie mit einem internen gesonderten Geschäftsvermögen ausgestattet ist und für sie eine besondere Buchführung besteht. Kurz, es muß überhaupt einer Niederlassung bestehen, d. h. der Kaufmann muß wenigstens einen Mittelpunkt für einen gewissen Kreis seiner geschäftlichen Beziehungen geschaffen haben (KGJ. 18, 18; ROHG. 14, 401ff.; Sächs. Justizministerium in Busch Arch. 46, 39). Eine Geschäftsstelle, an der nur die von dem Hauptgeschäft gesandten Waren zu den vom Prinzipal bestimmten Preisen durch einen Angestellten verkauft werden, ist hiernach keine eintragungspflichtige Zweigniederlassung (KGJ. 18, 17); zustimmend KG. in OLGR. 2, 198 für die Geschäftsstellen der Firma Kaisers Kaffeegeschäft GmbH. Keine Zweigniederlassung bildet für

§ 13. die Regel die außerhalb gelegene Stelle, an der eine Gasanstalt (Akt.-Ges.) Gas aus dorthin von der Zentrale geschickten Rohstoffen herstellen und an die Abnehmer nach fester Anweisung zu bestimmten Verkaufsbedingungen abgeben läßt (KG. in KGJ. 22 A S. 92); hier ist der Leiter der Geschäftsstelle nur Ausführungsorgan. Desgleichen liegt eine Zweigniederlassung nicht vor, wenn einer der Mitinhaber einer o. H. G. an einem andern Orte ständig wohnt, und von hier aus, sei es nun an demselben Orte, sei es auch an andern Orten, Waren verkauft und die erteilten Orders dem Hauptgeschäfte zur Ausführung übermittelt, sofern im übrigen die obigen Merkmale des Zweiggeschäftes nicht vorliegen. Zweigniederlassungen sind ferner nicht die Fabrikationsstellen und technische Bureaus (Bolze 22 Nr. 695b), Speicher, Empfangnahme- und Aushändigungsstellen, — weil hier überall nur faktische Dienste verrichtet, nicht kaufmännische Geschäfte abgeschlossen werden. Ebensowenig sind es die Agenturen, weil der Agent zumeist nicht selbständig abschließt (OLG. Dresden in ZBlFG. 4, 639), wohl aber die Subdirektionen und Generalagenturen der Versicherungsgesellschaften, jedoch nur, wenn sie bevollmächtigt sind, Versicherungsverträge abzuschließen (vgl. § 115 PrivVersG.; KGJ. 5, 22; ROHG. 14, 402; anders Denzler 76; über die Bedeutung der Verleihung der Titel: Sub-, Filial-, Spezial-Direktionen vgl. Holdheim 13, 234ff.). Auch die Eisenbahnstationen, weil sie Teile des Hauptunternehmens, Glieder des ganzen Organismus sind, bilden keine Zweigniederlassung (RG. 2, 391; Denzler 60).

Anm. 6. Hervorzuheben ist, daß die Zweigniederlassung kein selbständiges Rechtssubjekt ist. Das maßgebende Rechtssubjekt, Träger der Rechte und Pflichten, die durch den Betrieb der Zweigniederlassung entstehen, ist der Inhaber der Hauptniederlassung (RG. 38, 406; s. unten Anm. 15 und 16). Daraus folgt auch, daß die Voraussetzungen des § 2, wenn der Inhaber des Hauptgeschäfts gemäß § 2 eingetragen ist, nicht auch bei der Zweigniederlassung vorzuliegen brauchen. Letztere braucht nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinauszugehen. Haupt- und Zweiggeschäft bilden den einheitlichen Geschäftsbetrieb derselben Person, die hinsichtlich des ganzen Betriebes Kaufmann ist (KG. in KGJ. 27 A S. 210ff.; s. a. Anm. 8 a. E.).

Wer eine Geschäftsstelle außerhalb seines Wohnsitzes, z. B. eine Fabrik als Zweigniederlassung eintragen läßt, ist an diese Erklärung im Verkehr gebunden (über den Rechtsgrund vgl. Erl. zu § 5 Anm. 1); er wird z. B. mit dem Einwand nicht gehört, daß von der Fabrik aus unmittelbar keine Geschäfte geschlossen werden und sie in Wirklichkeit keine Zweigniederlassung im Sinne des § 13 sei (RG. 50, 428).

Anm. 7. 5. **In einem andern Gerichtsbezirk** muß die Zweigniederlassung bestehen, wenn die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen Platz greifen soll. Daraus folgt implicite, daß sie im Sinne des § 13 auch an **einem anderen Orte** als am Sitze des Hauptgeschäfts bestehen muß. Denn bei Einführung des HGB. war es unbekannt, daß ein Ort in mehrere Gerichtsbezirke zerfiel, wie dies vom 1. Juni 1906 ab bedauerlicherweise für Berlin der Fall sein wird. Für den Fall, daß eine (unechte) Zweigniederlassung an einem anderen Ort desselben Gerichtsbezirks besteht (Anm. 4), bedarf es keiner besonderen Anmeldung und Eintragung einer solchen Zweigniederlassung. Denn hier geht die Existenz der (unechten) Zweigniederlassung gemäß § 29 aus dem Hauptregister hervor; nach dieser Vorschrift muß der Ort der Handelsniederlassung angemeldet und eingetragen werden. Hat also der Unternehmer an mehreren Orten desselben Bezirks Niederlassungen, so müssen die mehreren Orte in der Anmeldung bezeichnet, ev. nachträglich angemeldet und in das Handelsregister eingetragen werden (a. M. Theodor Cohn — 82 —, der annimmt, daß eine solche Zweigniederlassung besonders anzumelden ist). Daraus ergibt sich ferner, daß auch alle weiteren Anmeldungen und Eintragungen sich auf alle Niederlassungen in demselben Gerichtsbezirk ohne weiteres beziehen. Für diesen Fall gibt es überhaupt kein Zweigregister; im Handelsregister eines Bezirks werden eben nicht getrennte Anmeldungen und Eintragungen hinsichtlich verschiedener in diesem Bezirke bestehenden Niederlassungen desselben Geschäfts gemacht (s. D. 28).

Die Teilung Berlins in mehrere Gerichtsbezirke wird im praktischen Endergebnis wohl ohne Einfluß auf die uns hier beschäftigende Frage bleiben. Es besteht gegenwärtig

für Berlin und seine Vororte ein einheitliches Register (§ 8 Anm. 2; s. a. § 30 Anm. 13). Ohne **§ 13.** Zweifel wird diese einheitliche Registerführung aufrecht erhalten werden. Wäre dies nicht der Fall, so würde doch keine der Niederlassungen desselben Kaufmanns in verschiedenen Teilen Berlins, die zu verschiedenen Gerichtsbezirken gehören (z. B. diesseits und jenseits der Potsdamer Brücke), eine echte Zweigniederlassung bilden, weil eine Verschiedenheit des Ortes nicht vorliegt.

6. **Die Anmeldungen und Zeichnungen** (über ihre Form gilt gleiches, wie zu § 12) **sind auch** Anm. 8. **bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung zu bewirken,** aber eine Eintragung dort findet erst statt **nach** der Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung. An den einzelnen zuständigen Stellen wird hierüber noch näher zu handeln sein. Prinzipiell ist darauf hinzuweisen, daß der Registerrichter einer Zweigniederlassung nicht schlechthin verpflichtet ist, die in das Register der Hauptniederlassung bewirkte Eintragung in sein Register zu übernehmen; sonst hätte der Gesetzgeber nicht die gesonderte Anmeldung, sondern die einfache Übernahme des Inhalts des Hauptregisters vorgeschrieben. Er hat vielmehr grundsätzlich jede Anmeldung nach Maßgabe ihres Inhalts selbständig zu prüfen, zumal auch seiner Eintragung im gewissen Sinne — vgl. § 15 Abs. 3 — selbständige Bedeutung beigelegt ist. Sieht er dabei, daß die Eintragung in das Hauptregister mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so hat er die Eintragung abzulehnen, die Ablehnung auch, damit beide Register gleich bleiben, dem Gerichte der Hauptniederlassung von Amts wegen mitzuteilen, damit letzteres nötigenfalls von Amts wegen lösche (§ 142 FGG.; KG. in RJA. 3, 20ff. und in OLGR. 10, 232). Die Prüfungspflicht des Zweig-Registergerichts fällt aber fort, wenn besondere Gesetzesvorschriften entgegenstehen und eine innere Abhängigkeit der Eintragung im Register der Zweigniederlassung von derjenigen im Register der Hauptniederlassung vorliegt; so z. B. legt der § 2 der Eintragung ins Hauptregister formell entscheidende Bedeutung für die Begründung der Kaufmannseigenschaft bei (KG. in RJA. 4, 159; oben Anm. 6).

Der im Abs. 2 unseres Paragraphen erforderte Nachweis, daß die Eintragung bei dem Hauptgericht schon erfolgt ist, wird durch beglaubigte Abschrift nach § 9 zu führen sein. Selbstverständliche Ausnahmen von der Vorschrift des Abs. 2 liegen in den Fällen vor, wo sich die Eintragung lediglich auf die Zweigniederlassung bezieht (zust. RG. in JW. 02, 545[a]; Denzler 160 und die herrschende Meinung; a. A. Goldmann I 53), z. B. die Eintragung einer bloß für die Zweigniederlassung bestellten Prokura (§ 50 Abs. 3), oder wo beim Hauptregister nur eine Eintragung aus dem Zweigregister „vermerkt" wird (vgl. Anm. 9).

Hier ist darauf zu verweisen, daß das HGB. selbst zwar keine Vorschrift enthält, wonach Anm. 9. die Errichtung der Zweigniederlassung überhaupt im Hauptregister vermerkt wird; doch ist diese Vorschrift im § 131 FGG. gegeben. Danach ist die Eintragung der Zweigniederlassung von Amts wegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzuteilen und in dessen Register zu vermerken. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Zweigniederlassung und ihrer Verlegung (§ 31 Anm. 1). Nach früherem Rechte galt dies nicht. Zufolge § 131 FGG. mußten am 1. Januar 1900 sämtliche Zweigniederlassungen den Hauptregister-Gerichten angezeigt und von diesen vermerkt werden. Eine Bekanntmachung dieses „Vermerks" erfolgt nicht, der überhaupt keine eigentliche Eintragung, sondern lediglich ein Ordnungsvermerk ist. Die Errichtung, Aufhebung und Verlegung der Zweigniederlassung werden also beim Hauptregister nur vermerkt, nicht aber **dort** angemeldet, eingetragen oder publiziert (KGJ. A S. 41).

Über die Frage, welche Firma die Zweigniederlassung anzunehmen hat, vgl. § 30 Anm. 8ff.

7. **Die Vorschriften kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Hauptniederlassung sich im** Anm. 10. **Auslande befindet.** Auch dann sind in das inländische Register Anmeldungen und Eintragungen in gleicher Weise zu bewirken, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände. Daraus folgt: die Firma der Zweigniederlassung muß auch hier angemeldet und eingetragen werden, desgleichen muß eine Prokura hier eingetragen werden.

§ 13. Doch alles dies nur insoweit, als „nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht". Daraus folgt zunächst, daß der Nachweis der Eintragung beim Hauptregister dann nicht verlangt werden kann, wenn das ausländische Recht die Einrichtung eines Handelsregisters nicht kennt (zust. Denzler 360). An die Stelle des Nachweises der Eintragung wird sinngemäß der sonstige glaubhafte Nachweis des Bestehens der ausländischen Zweigniederlassung treten müssen. Aus dem Wortlaut („Abweichung erforderlich macht") folgt weiter, daß das ausländische Recht dem nach inländischem Recht begründeten Verlangen direkt entgegenstehen muß (vgl. näheres Anm. 21 zu § 201).

Anm. 11. Aus der obigen Ausnahmeklausel folgt ferner, daß für die Zulässigkeit der Firma das ausländische Recht maßgebend ist. Unter Umständen wird daher ein Einzelkaufmann einen Gesellschaftszusatz führen können, wenn dies auch an sich nach inländischem Recht unzulässig wäre (abweichend 5. Aufl. § 3 zu Art. 31). Denn das ausländische Recht ist für die ausländischen Gesellschaften so lange maßgebend, als nicht inländische Verbotsgesetze entgegenstehen. Das aber kann man bei dem Prinzip der Firmenwahrheit deshalb nicht sagen, weil es zugunsten der Werthe, die in bestehenden Firmen liegen, mannigfach durchbrochen ist (s. Lehmann, Aktienrecht I 123). Weiteres über die Firma der Zweigniederlassung einer ausländischen Firma s. zu § 30. Dagegen ist aus den Gesetzesworten nicht herzuleiten, daß Eintragungen zu machen sind, welche die deutschen Gesetze nicht kennen, nur weil das ausländische Recht sie kennt. So ist z. B. die Eintragung von bloßen Handlungsbevollmächtigten nicht zulässig, auch wenn sie im Handelsregister des Auslandes eingetragen sind.

Ist die Hauptniederlassung eine Aktien- oder Aktienkommanditgesellschaft, so gelten neben den allgemeinen Vorschriften unseres Paragraphen (RJA. 3, 238) noch besondere Vorschriften. Vgl. § 201.

Anm. 12. **Zusatz 1. Über die Firma der Zweigniederlassung** s. die Erl. zu § 30.

Anm. 13. **Zusatz 2. Materielles über die Zweigniederlassung.** Sie teilt die Schicksale des Hauptgeschäfts. Nimmt jemand einen Gesellschafter für sein Handelsgeschäft, so bezieht sich die Gesellschaft auch auf das Zweiggeschäft, die von diesem kontrahierten Schulden sind Gesellschaftsschulden (Bolze 13 Nr. 497). Die Veräußerung des Geschäfts umfaßt auch das Zweiggeschäft (RG. in JW. 91, 572 [6]), im Zweifel auch eine sonstige Verfügung über das Hauptgeschäft, z. B. Verpachtung, Verpfändung (ebenso Denzler 215, freilich im Widerspruch mit 37). Vgl. hierüber auch zu § 22 (bes. Anm. 4, 13, 23).

Anm. 14. Soweit **Grundbucheintragungen** überhaupt auf eine Firma erfolgen können (z. B. sicherlich bei Handelsgesellschaften, dagegen nach der herrschenden Meinung nicht beim Einzelkaufmann; Anm. 9 zu § 17), können sie auch unter der Bezeichnung der Zweigniederlassung erfolgen (ebenso OLG. Dresden in OLGR. 9, 351; LG. I Berlin in KGBl. 05, 85). Es ist dem Inhaber des Geschäfts gestattet, in dieser Weise zum Ausdruck zu bringen, daß die Zweigniederlassung mit diesem Vermögensobjekt als Geschäftsvermögen ausgestattet ist. Z. B. kann die Dresdner Bank, die in Berlin eine Zweigniederlassung hat, ein Grundstück oder eine Hypothek erwerben unter der Bezeichnung: Dresdner Bank, Zweigniederlassung in Berlin. Anders das BayObLG. in OLGR. 10, 230 (das KG. schwankt: ebenso wie BayObLG. in RJA. 4, 47, vgl. aber OLGR. 2, 199 und KGJ. 28 A S. 81). Mit einer solchen Eintragung wird die Zweigniederlassung nicht zu einem selbständigen Rechtssubjekt (oben Anm. 6) gemacht, das maßgebende Rechtssubjekt ist der Inhaber der Hauptniederlassung. Der Vermerk der Zweigniederlassung bei der Eintragung weist nur formell auf die Zugehörigkeit zum Vermögenskomplex der Zweigniederlassung, ohne materiell die Inhaberschaft des rechtsfähigen Subjekts zu beeinträchtigen. Kann ja doch unter einer solchen Bezeichnung die Zweigniederlassung Urkunden unterzeichnen, Verpflichtungen begründen, Rechte erwerben. Das Reichsgericht (Beschl. v. 1. 11. 05, JW. 05, 721 [18]) ist der Ansicht des OLG. Dresden beigetreten und hat die Eintragung einer von einer Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder einer juristischen Person erworbenen Hypothek auf die

Firma der Zweigniederlassung („Königliche Filialbank Rosenheim") für zulässig erklärt und sogar für notwendig, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. § 13.

Zusatz 3. Die Vertretung der Zweigniederlassung ist nicht besonders gesetzlich geregelt (vgl. Denzler 299 ff.). Es folgt aus dem in Anm. 4 f. Gesagten, daß nicht etwa ein offener Gesellschafter oder ein Vorstandsmitglied oder ein Prokurist Vertreter sein müsse, es kann auch ein Handlungsbevollmächtigter sein (ROHG. 17, 320). Ein besonderer Prokurist für die Zweigniederlassung ist zulässig (s. § 50 Abs. 3), desgleichen die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines offenen Gesellschafters für eine Zweigniederlassung (§ 126 Abs. 3). Auch ein besonderes Vorstandsmitglied? Darüber s. § 235 Anm. 12 und § 201 Anm. 9. Anm. 15.

Zusatz 4. In prozessualer Hinsicht ist zweierlei zu bemerken: Anm. 16.

a) Die Frage, ob die Zweigniederlassung unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, kann weder bejaht noch verneint werden. Denn die Frage ist nicht richtig gestellt. Die Zweigniederlassung ist ein als Pertinenz im weiteren Sinne eines Hauptgeschäfts zu betrachtendes Geschäft (RG. in JW. 91, 572[6]; s. a. § 22 Anm. 23). Ein Geschäft ist aber kein Rechtssubjekt, ein Zweiggeschäft ist ebensowenig prozeßfähig wie ein Hauptgeschäft, es kann also weder klagen, noch verklagt werden. Die Frage muß dahin formuliert werden: Kann der Inhaber des Zweiggeschäfts unter der Firma des Zweiggeschäfts klagen und verklagt werden? Hierauf ist zu antworten: Zufolge § 17 Abs. 2 kann jeder Kaufmann unter der Firma des Zweiggeschäfts klagen und verklagt werden, allerdings nur aus den durch den Betrieb des Zweiggeschäfts begründeten Rechtsbeziehungen (zust. Denzler 223). Das folgt aus der Natur der Sache und der für die ähnliche Frage des Gerichtsstandes gegebenen Vorschrift des § 21 CPO. Ist übrigens hiergegen gefehlt, so liegt kein wesentlicher Mangel, sondern lediglich eine *falsa demonstratio* vor.

Beispiele: Die o. H. G. Michels & Co. in Cöln hat einem Berliner Kaufmann direkt einen Posten Ware verkauft. Sie hat in Berlin eine Filiale, und diese klagt unter der Firma Michels & Co. in Berlin den Kaufpreis ein. Das ist nicht richtig, kann aber richtig gestellt werden, da hierdurch das klagende Rechtssubjekt sich nicht verändert, sondern nur korrekter bezeichnet wird (s. Anm. 6). Wollte in gleichem Falle der Berliner Kaufmann einen Anspruch aus dem Kaufgeschäft gegen Michels & Co. in Berlin geltend machen, so würde er gleichfalls falsch klagen, wenn er die Firma Michels & Co. in Berlin verklagen würde. Allein auch hier ist dieser Fehler zu verbessern, wenn nur der durch § 21 CPO. nicht begründete Gerichtsstand irgendwie sich begründen läßt (vgl. folgende Anm.). Anm. 17.

b) Einen besonderen allgemeinen Gerichtsstand begründet die Zweigniederlassung nicht, da sie kein zweites Domizil begründet; aber der Gerichtsstand der Verwaltung und der des Erfüllungsorts können am Sitze der Zweigniederlassung begründet sein (vgl. §§ 21, 29 CPO.; RG. 50, 428; ROHG. 17, 319; OLG. Hamburg in ZHR. 42, 503). — Übereinst. Denzler 228. — Nach § 115 Abs. 3 des PrivVersGes. vom 12. Mai 1901 gelten für die Zuständigkeit eigentümliche Vorschriften. Anm. 18.

c) Die inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Kaufmanns unterliegt, wenn unter ihrer Firma geklagt wird, der Kautionspflicht der Ausländer (vgl. Anm. 19 zu § 201). — Für Klagen aus dem inländischen Versicherungsgeschäfte gegen die ausländische Unternehmung ist das Gericht der inländischen Niederlassung ausschließlich zuständig (§ 89 des PrivVersGes.). Anm. 19.

§ 14.

Wer verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen, ist hierzu von dem Registergerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen. § 14.

§ 14. **Der vorliegende Paragraph gibt eine allgemeine Vorschrift über die (Verpflichtungen zur Anmeldung, zur Zeichnung der Unterschrift und zur (Schriftstücken.**

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift ist allgemein.** Sie bezieht sich auf die zahlreichen, im H Verpflichtungen zur Anmeldung von Rechtsverhältnissen, zu Zeichnungen von l zur Einreichung von Schriftstücken. Wir werden diesen Verpflichtungen im ein ständigen Stellen begegnen. Beispielsweise handelt es sich um die Anmeldu Kaufmanns oder der o. H. G., des Erlöschens der Firma; ferner um die Zeichnung seitens derjenigen, welche die Firma (Einzelfirma, Gesellschafts dationsfirma) nach außen gegenüber dritten zu vertreten haben (nur diese P Pflicht zur Zeichnung, eine Zeichnung anderer Bevollmächtigter zum Handels statt); endlich um die Verpflichtung zur Einreichung beispielsweise in den Abs. 2, 195 Abs. 2; 207 Abs. 4; 273 Abs. 1. Auch der Fall des § 2 m sammenhang hervorgehoben werden; hier reicht die Strafe oft nicht aus, treibende durch ihre Zahlung die Entstehung seiner Kaufmannseigenschaft l

Eine bedauerliche Lücke ist es, daß eine Eintragung nie von Amts darf, abgesehen von § 67 Abs. 3 des PrivVersGes. (die Eintragung der Gewerbebetriebs erfolgt auf Anzeige der Aufsichtsbehörde, Könige Anm. 3 Ges.). Aber unter gewissen Voraussetzungen findet die Löschung einer un tragung von Amts wegen statt, selbst in Fällen, wo eine Erzwingung strafen unzulässig wäre. Das Nähere bestimmen die §§ 141 bis 144 FG das Ordnungsstrafverfahren zur Löschung einer fälschlichen Standesbezeid nicht gegeben, dagegen die Löschung von Amts wegen (KG. in KGBl. 0 Anm. 8.

Anm. 2. 2. **Die Strafe ist eine Geldstrafe** bis zu 300 Mk. Eine Freiheitsstrafe ist ... nicht Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe. Aber die Geldstrafe kann wiederholt bis zur Erzwingung der Leistung verhängt werden (§ 133 FGG.).

Zusatz. Das Ordnungsstrafverfahren (vgl. Theodor Cohn 88 ff.).

Anm. 3. 1. Geregelt im FGG. (§§ 132 bis 140), ist der **rechtliche Charakter** des Ordnungsstrafverfahrens, wie früher, so auch jetzt der eines Administrativverfahrens eigener Art, auf das weder das Strafgesetzbuch, noch die Prozeßgesetze Anwendung finden (s. für das frühere Recht RG. 2, 223).

Ebenso ist es jetzt, wie früher, zwar ein Offizialverfahren, aber nicht lediglich ein solches. Es ist insofern auch ein Parteiverfahren, als diejenigen Personen, die ein Recht auf die betreffende Eintragung, Zeichnung oder Einreichung haben, beschwerdeberechtigt sind (Anm. 4).

Das Strafverfahren hat sich nur gegen die physischen Personen zu richten, denen die gesetzliche Verpflichtung obliegt (vgl. § 319 HGB.), also nicht gegen eine Aktiengesellschaft, nicht gegen eine Gewerkschaft, nicht gegen den „Vorstand“, sondern gegen die sämtlichen Vorstandsmitglieder usw. (KG. in OLGR. 4, 463).

2. **Das Verfahren im einzelnen** (§§ 132 bis 138, 140 FGG.; vgl. Rausnitz Kommentar zu den zitierten Paragraphen).

Anm. 4. a) Sobald das Registergericht von einem das Einschreiten rechtfertigenden Sachverhalt glaubhafte Kenntnis erhält, hat es dem Beteiligten unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig (§ 132 FGG.). Die Kenntnis muß glaubhaft sein. Wann dies der Fall ist, unterliegt dem völlig freien Ermessen des Gerichts; es kann auch auf eine bloße Anzeige eines Dritten einschreiten, wenn es ihr Glauben schenkt. Ist es einmal mit Ermittelungen vorgegangen, so muß es dies

Weise tun; es ist gemäß § 12 FGG. verpflichtet, über alle erheblichen § 14.
etwaigen Widersprüche weitere Ermittelungen zu veranstalten (KG. in
50). Das Gericht kann umgekehrt, wenn die zu erlassende Verfügung von
eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängt, die Verfügung aussetzen, bis
durch Rechtsstreit entschieden ist (§ 127 FGG.); dies aber nicht auf un-
:este hin (LG. I Berlin im Recht 00, 152).

Gericht auf einen von einem Dritten gestellten Antrag zum
nicht eingehen, so hat es ihn zu bescheiden (und in Preußen den eine
ablehnenden Bescheid auch zu begründen; § 4 Allg. Vf. vom 7. November
a. a. O. S. 58). Gegen diese Verfügung steht dem Antragsteller
:de dann zu, wenn durch sie sein Recht beeinträchtigt ist (zust.
90). Das folgt unseres Erachtens aus § 20 FGG. Die Versagung der
dem § 132 FGG. bezieht sich nur auf die Einschreitungsverfügung,
Ablehnung des Einschreitens. Unter dem beeinträchtigten Recht ist nicht
es rechtliches Interesse zu verstehen (D. zu FGG. 39); es muß die Be-
eines wirklichen Rechts vorliegen (zust. KG. in KGJ. 28 A S. 40). Wenn
r von zwei offenen Gesellschaftern seiner Verpflichtung zur Anmeldung der
Gesellschaft gemäß § 143 HGB. genügt und bei dem Registergericht be-
der andere solle gemäß § 14 zur Erfüllung seiner Anmeldungspflicht an-
en, so kann, wenn der Registerrichter dieses Einschreiten ablehnt, der
ich beschweren. Über das Beschwerdeverfahren s. Anm. 9ff.

alb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Pflicht genügt, noch Anm. 5.
erhoben, so ist die angedrohte Strafe festzusetzen und zugleich die frühere
ter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen, und so fort,
bis ... lichen Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben ist (§ 133 FGG.). Die
Straffestsetzung erfolgt wegen der Säumnis des Beteiligten, ohne Rücksicht ob er sachlich
im Recht ist. Die sofortige Beschwerde gegen die Straffestsetzung kann also darauf, daß
das Verlangen des Richters, z. B. zur Firmenanmeldung, sachlich ungerechtfertigt gewesen
sei, nicht gestützt werden (§ 139 Abs. 2 FGG.; OLGR. 4, 464 und 5, 275), wohl aber
darauf, daß ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe (KG. in KGJ. 26 A S. 76ff.),
doch muß der Beteiligte zugleich seine Verpflichtung zu der verlangten Handlung an-
erkennen. Da es lediglich auf die Säumnis ankommt, ist es unerheblich, ob der Straf-
festsetzungs-Beschluß erst zugestellt wird, nachdem schon vorher der Beteiligte der Ver-
fügung genügt, z. B. angemeldet hat (KG. a. a. O.; a. M. Marcus in Holdheim 13, 171,
der die Aufhebung der Strafe dem Richter gestattet, weil die Straffestsetzung erst mit der
Zustellung gemäß den §§ 16, 22 FGG. wirksam werde).

Wird der Einspruch zurückgenommen, so ist die Sache so anzusehen, als wäre er über-
haupt nicht eingelegt gewesen; ein Widerruf der Rücknahme ist bedeutungslos (OLGR. 5, 275).

c) Wird rechtzeitig Einspruch von dem Beteiligten (dem mit der Ordnungs- Anm. 6.
strafe Bedrohten) erhoben, so sind zwei Fälle möglich. Entweder das Gericht erachtet
den Einspruch für begründet, dann nimmt es seine Verfügung zurück; hiergegen steht all-
gemein jedem Antragsteller, dessen Recht dadurch beeinträchtigt ist, die Beschwerde zu (§ 20;
oben Anm. 5; KG. in OLGR. 7, 344; a. M. Staub 6./7. Aufl. Anm. 7), aber ohne weitere
Beschwerde (RJA. 2, 127). Oder aber das Gericht hält den Einspruch nicht für begründet,
dann ladet es den Beteiligten zur Erörterung der Sache zu einem Termin. Die Verhandlung
ist nicht öffentlich. Der Gang des Verfahrens untersteht nicht den Grundsätzen der CPO.,
abgesehen von den Vorschriften in §§ 14, 15 FGG. Wenn der Geladene nicht erscheint, so
kann das Gericht den Einspruch aus diesem Grunde verwerfen (mit Unrecht bestritten
von Goldmann I 56), kann aber auch nach Lage der Sache entscheiden (§ 134 FGG.).
Wird auf Grund dessen, was der Termin gezeitigt hat, der Einspruch für begründet er-
achtet, so hat das Gericht die erlassene Verfügung aufzuheben (wogegen dem Antragsteller

§ 14. das Recht der Beschwerde wiederum zusteht, hier aber mit weiterer Beschwerde RJA. 2, 173); andernfalls hat es den Einspruch zu verwerfen und zugleich die angedrohte Strafe festzusetzen, sowie eine erneute Verfügung nach § 132 (s. oben Anm. 4) zu erlassen (KG. in OLGR. 8, 376). Das Gericht kann aber auch, wenn die Umstände es rechtfertigen, von der Festsetzung einer Strafe absehen oder eine geringere als die angedrohte Strafe festsetzen.

Über Beistände und Bevollmächtigte, die zulässig sind, vgl. § 13 FGG. Ob die ergehenden Beschlüsse dem Bevollmächtigten (Rechtsanwalt) oder dem Beteiligten zuzustellen sind, darüber herrscht Streit; Marcus verteidigt das erstere (DJZ. 03, 494), Josef das letztere (Recht 04, 101).

Anm. 7. d) Gegen den Beschluß, durch den die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 139 FGG.).

Anm. 8. e) Falsche Bezeichnung des Einspruchs als Beschwerde oder umgekehrt schadet nicht, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen des Rechtsmittels gewahrt sind (KG. in OLGR. 7, 346 und in RJA. 4, 105).

Anm. 9. f) **Das Beschwerdeverfahren** (§§ 20—30, 139 FGG.).

α) Frist. Die einfache Beschwerde, die innerhalb des hier in Rede stehenden Verfahrens den aus § 20 und § 126 FGG. hierzu Berechtigten zusteht (Fälle vgl. Anm. 3, 5, 15), ist an eine Frist nicht gebunden. Der § 20 FGG. lautet:

> Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.
> Soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu.

Die sofortige Beschwerde, die gegeben ist gegen den Beschluß, durch den die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird (Anm. 5, 6), ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen; sie nützt bei mehreren zur Anmeldung der gleichen Tatsache Verpflichteten, z. B. mehreren Vorstandsmitgliedern, nur dem Beschwerdeführer (OLGR. 4, 100).

Anm. 10. β) Die Form. Die Beschwerde erfolgt in beiden Fällen durch Einreichung einer Beschwerdeschrift an das Gericht, gegen das man sich beschwert, oder an das Beschwerdegericht oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines dieser Gerichte.

Anm. 11. γ) Auf neue Tatsachen und Beweise kann die Beschwerde in beiden Fällen gestützt werden. Über die Beschwerde entscheidet das Landgericht (Zivilkammer) und, wenn bei ihm eine Kammer für Handelssachen gebildet ist, diese. Im letzteren Falle ist eine Entscheidung durch die Zivilkammer ungültig, weil das Gericht nicht vorschriftsmäßig (gemäß § 109 Abs. 1 GVG.) besetzt wäre (ebenso RG. 48, 27 und KG. in OLGR. 1, 286; a. M. OLG. Stuttgart ebenda 57).

Anm. 12. δ) Aufschiebende Wirkung hat die Beschwerde nur dann, wenn sie gegen eine Verfügung gerichtet ist, durch die eine Strafe festgesetzt wird. Stets aber kann das Gericht, dessen Verfügung angefochten wird, oder das Beschwerdegericht anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Verfügung auszusetzen ist.

Anm. 13. ε) Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes (Reichs- oder Landesgesetzes) beruht. Hierfür finden die Vorschriften der §§ 550, 551, 561, 563 CPO. (über die Revision) entsprechende Anwendung. Zuständig für die weitere Beschwerde ist das Oberlandesgericht, Zivilsenat; in Preußen (gemäß § 199 FGG.) lediglich das Kammergericht (Art. 7 Preuß. FGG.), in Bayern das Oberste Landesgericht (vgl. Jastrow Anm. 5 zu § 199 FGG.). Will dieses jedoch bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Reichsgerichts abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgericht vorzulegen. Alsdann entscheidet das Reichsgericht (§ 28 FGG.).

Die weitere Beschwerde kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers der ersten Instanz, des Landgerichts oder des Oberlandesgerichts (eine privatschriftliche Eingabe erhält mittels Hinzufügung einer Eingangs- und Schlußformel von der Hand des Gerichtsschreibers nicht den Charakter der erforderlichen „Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers", KG. in KGJ. 22 A S. 202) oder durch eine bei einem dieser Gerichte einzureichende Beschwerdeschrift eingelegt werden. In letzterem Fall muß sie durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein, es sei denn, daß sie von einer Behörde oder von einem Notar eingelegt wird, der in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat (§ 29 FGG.). § 14.

Die Frist richtet sich nach der Beschwerdefrist. Soweit also eine Anfechtung einer Entscheidung erfolgt, welche auf sofortige Beschwerde ergangen ist, findet die sofortige weitere Beschwerde statt.

5) Die Kosten einer begründeten Beschwerde fallen nur, soweit die gerichtlichen in Frage kommen, der Staatskasse zur Last; nicht aber die außergerichtlichen einschließlich etwaiger Anwaltskosten, da eine dahingehende gesetzliche Bestimmung fehlt (LG. Hamburg bei Holdheim 10, 93 und 139). Anm. 13a.

g) Kann das Gericht auch seine eigene Verfügung aufheben, insbesondere nachdem Beschwerde erhoben ist? Im allgemeinen ist dies zu bejahen. Eine Ausnahme machen jedoch diejenigen Verfügungen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, und diejenigen Entscheidungen, die der weiteren Beschwerde unterliegen (§§ 18 u. 29 FGG.). Anm. 14.

h) **Die Organe des Handelsstandes** (vgl. § 8 Anm. 3) sind Anm. 15.

α) verpflichtet, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen, sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen (durch Auskünfte, Gutachten usw.).

β) berechtigt, Anträge zu diesem Zweck bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben. Sie werden hierbei als Behörden anzusehen sein und brauchen daher ihre weitere Beschwerde nicht vom Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen (s. Anm. 13). Hinsichtlich des Beschwerderechts, das den Organen des Handelsstandes in § 126 eingeräumt ist, muß folgendes beachtet werden. Es ist gegenüber der Regel des § 20 FGG. dahin erweitert, daß es von einer Beeinträchtigung ihres Rechts unabhängig ist. Dagegen ist es nach anderer Richtung hin eingeschränkt. Nach der klaren Vorschrift des § 126 FGG. steht ihnen nur gegen solche Verfügungen, durch die über einen von ihnen gestellten Antrag entschieden wird, die Beschwerde zu — eine Bestimmung, die mit Recht vom KG. stets dahin ausgelegt wird, daß ihnen unter der gleichen Voraussetzung auch die weitere Beschwerde zusteht, gleichviel ob ihr Antrag in den beiden ersten Instanzen, oder auch erst auf Beschwerde in zweiter Instanz zurückgewiesen worden ist (KG. in RJA. 4, 207; Rausnitz Anm. 6 u. 11 zu § 126 FGG.). Sie können sich also nicht beschweren über Verfügungen, die auf Antrag eines Anderen ergangen sind. Freilich sind sie gemäß § 126 jederzeit in der Lage, durch ihren Antrag die Einleitung eines neuen Ordnungsstrafverfahrens zu veranlassen.

§ 15.

Solange eine in das Handelsregister einzutragende Thatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war. § 15.

Ist die Thatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

15. **Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.**

Lit.: Telgmann, Wirkung der Eintragung in das Handelsregister und der Veröffentlichung aus demselben, Göttingen, 1903.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph stellt ein wichtiges Prinzip auf.** Er bestimmt, welche Rechtsfolgen es für den Rechtsverkehr hat, wenn eine einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, und welche Rechtsfolgen es hat, wenn eine solche Tatsache eingetragen und bekannt gemacht ist. Im ersten Fall braucht der Dritte sie nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß sie ihm bekannt war. Im zweiten muß er es, es sei denn, daß er sie weder kannte, noch kennen mußte.

Dieses allgemeine Prinzip ist an die Stelle einer Reihe Einzelbestimmungen des alten HGB. getreten, die im Endziele auf dasselbe hinausliefen. Über Widersprüche zwischen Eintragung und Veröffentlichung s. § 10 Anm. 1.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die nicht erfolgte Eintragung und Bekanntmachung einer einzutragenden Tatsache** kann von dem Eintragungspflichtigen einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.

a) Die bloße Nichteintragung genügt, gleichgültig, ob sie auf Versehen des Anmeldungspflichtigen oder des Registergerichts beruht, da es sich hier lediglich um die Sicherheit des Verkehrs, nicht um die Strafe für irgendwelche Säumnis handelt (ROHG. 23, 283; Cosack § 10 S. 36). Einzutragende Tatsachen sind auch **die Veränderung und die Endigung** eines Rechtsverhältnisses; für diese Tatsachen hat die Vorschrift die erheblichste Bedeutung. Die nicht erfolgte Eintragung hat nun auf den Bestand des Rechtsverhältnisses an sich keinen Einfluß. Eine Prokura, die widerrufen ist, besteht nicht mehr, auch wenn der Widerruf noch nicht eingetragen ist; ebenso ist eine o. H. G., die aufgelöst ist, aufgelöst, auch wenn die Auflösung noch nicht eingetragen ist. Die betreffenden Beteiligten selbst also, in deren Angelegenheiten sie sich ereignet haben, müssen die eingetretenen Veränderungen als solche gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht eingetragen waren (s. a. unten Anm. 14).

Anm. 2. b) Aber dem **Dritten** kann der Eintragungspflichtige, d. h. diejenige Person, in deren Angelegenheiten sich die Tatsache ereignet hat, eine Tatsache, wenn sie einzutragen, aber nicht eingetragen und publiziert war, nicht entgegenhalten, außer wenn diesem Dritten bewiesen wird, daß er die einzutragende Tatsache **gekannt hat.** Nur von dem Verhältnis des Eintragungspflichtigen zum Dritten ist hier die Rede (vgl. Zeile 3 Abs. 1 und Zeile 2 Abs. 2 unseres Paragraphen).

Der Gegenbeweis, der Dritte habe die Tatsache kennen müssen, genügt nicht. — Auch der Gegenbeweis ist nicht zuzulassen, daß der andere Teil der Eintragung, wie sie bestand, gar nicht vertraut hat, weil er die Eintragung überhaupt nicht kannte. Beispielsweise kann demjenigen, der mit einer o. H. G. kontrahiert hat, und wegen der hierdurch für die o. H. G. entstehenden Verbindlichkeit einen damals schon tatsächlich ausgeschiedenen, aber im Register noch nicht gelöschten Gesellschafter in Anspruch nimmt, nicht eingewendet werden, er habe die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft überhaupt nicht gekannt, gar nicht gewußt, wer eingetragen und wer ausgeschieden war, so daß es für sein Verhalten gleichgültig war, ob die Rechtsveränderung eingetragen war oder nicht (RG. in JW. 00, 253[8]). Die Zulassung eines solchen Gegenbeweises wäre eine Verkennung des hier aufgestellten Prinzips. Nach diesem Prinzip gilt die Rechtsveränderung für den Rechtsverkehr nicht, wenn sie nicht eingetragen und dem Dritten nicht bekannt ist. Sie kann sonst niemandem entgegengehalten werden, auch nicht dem, der sich um die Rechtsveränderung nicht gekümmert hat und für dessen Verhalten das Gegenteil der Rechtsveränderung nicht bestimmend gewesen ist; nur dem kann die nicht eingetragene Rechtsveränderung entgegen-

gehalten werden, der die tatsächliche Rechtsveränderung gekannt und deshalb mit ihr in Wirklichkeit gerechnet hat. **§ 15.**

Ja sogar der Gegenbeweis ist unzulässig, daß im gegebenen Falle die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten von Bedeutung überhaupt nicht sein konnte (zustimmend Ehrenberg 325). Wenn z. B. durch die scheu werdenden Pferde einer o. H. G. ein Schaden angerichtet wird, so kann der Beschädigte auch einen bereits ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch nehmen, wenn dessen Austritt noch nicht eingetragen und veröffentlicht war. Die D. (31) nimmt zwar das Gegenteil an, aber mit Unrecht. Sie nimmt das Gegenteil an, weil es an jeder Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der Entstehung des Schadens und der Unkenntnis des Dritten von dem Ausscheiden des Gesellschafters fehle. Allein, wie gesagt, auf diesen Zusammenhang kommt es nicht an, also kommt es auch darauf nicht an, ob in concreto die Möglichkeit eines Zusammenhanges fehlt. Würde man letzteren Umstand für erheblich halten, dann gäbe es keinen Halt mehr; dann müßte auch der Gegenbeweis zugelassen werden, daß im gegebenen Fall ein Zusammenhang gefehlt hat (ebenso Makower I 34; Cosack § 10 S. 35; Lehmann-Ring Nr. 8; Düringer-Hachenburg I 82; für die D. Dernburg I § 98[7]). Anm. 3.

c) **Hinsichtlich der Veränderung und Beendigung von Rechtsverhältnissen ist zu beachten, daß der hier** (Anm. 2) **aufgestellte Grundsatz auch dann gilt, wenn die ursprüngliche Tatsache nicht eingetragen (aber einzutragen,** s. Anm. 6) **war** (a. M. Ehrenberg 325). Betreibt jemand ein reines Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 und erteilt einem Dritten Prokura, ohne sie eintragen zu lassen, so gilt der Widerruf der Prokura nur dann allgemein, wenn er eingetragen wird, sonst nur gegenüber dem den Widerruf kennenden Dritten. Besteht eine nicht eingetragene o. H. G. und wird sie durch Übertragung des Geschäfts an einen von ihren Gesellschaftern aufgelöst, so gilt sie nach außen gleichwohl als o. H. G., soweit nicht der Dritte die wahre Sachlage kennt; der aus dem Geschäfte Ausgeschiedene haftet jedem Dritten, der jene Auflösungstatsache nicht kannte, für die späteren Schulden des Geschäftsübernehmers. Es bleibt, um diesen Rechtsfolgen ein Ziel zu setzen, in solchen Fällen nichts übrig, als die ursprüngliche Tatsache nachträglich eintragen und alsdann die Veränderung oder die Endigung eintragen zu lassen, also z. B. eine bereits aufgelöste offene Handelsgesellschaft und in unmittelbarem Anschluß daran auch ihre Auflösung eintragen zu lassen (s. a. Anm. 6 zu § 105 und Anm. 1 zu § 143; ROHG. 23, 227; RG. 15, 33 und in JW. 89, 516[10]; Bolze 9 Nr. 109; KG. in ZHR. 42, 508 und in KGBl. 01, 100; Wiener in Busch Arch. 38, 1ff.; Behrend § 39[55]; Hahn 120ff.; Goldmann I 59; dagegen Wulff in ZHR. 42, 1 mit nicht überzeugenden Gründen, die in der 5. Auflage bekämpft sind). Weiteres Anm. 12. Anm. 4.

d) Der oben (Anm. 1, 2) aufgestellte Grundsatz gilt auch, wie schon an anderer Stelle hervorgehoben wurde (Anm. 13 im Exk. zu § 8), für die sog. konstitutiven Eintragungen (Eintragung einer Aktiengesellschaft, eines Kaufmanns nach § 2; dies die herrschende Meinung, Ehrenberg 308). In diesem Falle ist die Eintragung ein Akt, ohne den das Rechtsverhältnis nicht rechtswirksam wird. Insofern ist sie rechtserzeugend. Aber außerdem hat die Eintragung in Verbindung mit der Veröffentlichung auch in diesem Falle die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung des Verhältnisses. Denn erst auf Grund dieser Akte können jene Rechtsverhältnisse jedem Dritten entgegengehalten werden. Anm. 5.

e) Dagegen gilt der Grundsatz nicht für Minderkaufleute, für Kleingesellschaften, wie überhaupt für die durch § 4 getroffenen Verhältnisse. Denn Voraussetzung für den § 14 ist ausweislich Text und Sinn eine „einzutragende" Tatsache. Wenn freilich Kleingesellschafter nach „außen hin" unter einer auf eine o. H. G. deutenden Firma (z. B. B. & Co.) ihr Geschäft betrieben haben, so sind sie gutgläubigen Dritten gegenüber zu Gesellschaftern im Sinne der Bestimmungen über die Haftung bei o. H. G. geworden und der obige Grundsatz mit seinen Folgen greift wieder Platz (KG. in KGBl. 03, 60; OLG. Karlsruhe im Recht 04, 256; über das allgemeine Prinzip vgl. Exk. zu § 5 Anm. 1). Anm. 6.

§ 15. 2. (Abs. 2.) **Die erfolgte Eintragung und Bekanntmachung** wirkt gegen jeden Dritten, es
Anm. 7. sei denn, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte. Nach dem Sprachgebrauch des BGB., der auch für das neue HGB. maßgebend sein muß, ist durch die Worte „es sei denn" die Beweislast dem Dritten auferlegt (Planck I 48f.). Doch wird er diesen Beweis wohl selten führen können. Denn der Dritte hat, wie der Ausdruck „kennen müssen" ergibt, die gesetzliche Erkundigungspflicht, und daß er trotz sorgsamer Erkundigung die veröffentlichten Tatsachen nicht erfahren konnte, wird er kaum beweisen können, wenngleich grundsätzlich der Beweis der Unmöglichkeit einer Kenntnis der Publikation zugelassen wird (Ehrenberg 302). Er muß (s. §§ 122 Abs. 2, 276 BGB.) beweisen, daß er die im Verkehr „erforderliche" Sorgfalt beobachtet hat. Erforderlich aber ist, daß man das Register einsieht. Freilich wird tatsächlich dieses Maß von Sorgfalt im Verkehr nicht beobachtet, aber das ändert daran nicht, daß es „erforderlich" ist.

Auch die Vorschrift im Abs. 2, trotzdem er nach dem Wortlaut eine weitere Fassung hat, betrifft wegen des inneren Zusammenhangs, in welchem sie zum Abs. 1 steht, das Verhältnis des Dritten zum Eintragungspflichtigen, nicht das Verhältnis zu jeder beliebigen Person, nicht das Verhältnis zweier Dritter untereinander (ebenso Makower I 35; vgl. oben Anm. 2 und unten Anm. 14; a. M. Ehrenberg 304, nach dessen Annahme ein Dritter die eingetragene und bekannt gemachte Tatsache von jeder beliebigen Person sich entgegensetzen lassen muß). Wegen dieses inneren Zusammenhangs ist daher im übrigen auf die Erl. zum Abs. 1 zu verweisen.

Anm. 8. 3. **Die Anwendungsfälle dieses Paragraphen.**

Am wichtigsten für die Anwendung der hier aufgestellten Grundsätze sind die Fälle, in denen im alten HGB. die Vorschrift als besondere gegeben war: Das Erlöschen der Firma, der Widerruf einer Prokura, der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis, die Auflösung der Gesellschaft (s. hierüber ausführlich Zus. 1 zu § 143), das Erlöschen des Amtes des Liquidators usw. Ein anderes Beispiel erwähnt die D. (31): Ein Gesellschafter kündigt ein von einer Gesellschaft gegebenes Darlehen, ehe sein Eintritt eingetragen und veröffentlicht war.

Anm. 9. Dabei ist aber hervorzuheben, daß hinsichtlich der Eintragung der Firma § 5 einen viel weitergehenden Grundsatz aufstellt, eine absolute Geltung als Kaufmann, die für und gegen den Eingetragenen wirkt, aber doch wieder nur bis zu einer gewissen Grenze. Es erscheint erforderlich, **das Verhältnis des § 5 zum § 15 zu erörtern.**

Der § 5 stellt eine absolute Geltung als Kaufmann auf. Derjenige, dessen Firma eingetragen ist, gilt für die Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht absolut, d. h. ohne Rücksicht auf das im § 15 betonte Moment der Kenntnis, als Kaufmann; sowohl jeder Dritte, als auch er selbst können sich auf die Eintragung berufen, und zwar in dem Sinne, daß weder der Dritte noch der Eingetragene geltend machen können, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe nach § 1 bzw. § 2, oder er betreibe ein Kleingewerbe nach § 4.

Aber es kann gegenüber der Eintragung eingewendet werden, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe (Anm. 2 zu § 5). Mit diesem Einwande ist aber nur die Wirksamkeit des § 5 beseitigt. Übrig bleiben kann dann gegebenenfalls noch die Wirksamkeit des § 15.

Anm. 10. Betreibt nämlich der Eingetragene in der Tat kein Gewerbe, hat er aber früher ein **Handels**gewerbe betrieben, so war das Aufhören der Kaufmannseigenschaft eine einzutragende Tatsache (§ 31 Abs. 2). Hat er diese Tatsache nicht eintragen lassen, so kann er sie dem nicht wissenden Dritten nicht entgegenhalten. Er gilt daher dem gutgläubigen Rechtsverkehr gegenüber bis zur Löschung nach wie vor als Kaufmann und als Vollkaufmann, und muß die privatrechtlichen Folgen dieser Geltung über sich ergehen lassen.

Das gleiche ist der Fall, wenn mehrere Personen ihre Firma als o. H. G. eintragen lassen. Auch hier kann (s. § 5 Anm. 2) zwar eingewendet werden, sie betreiben kein Gewerbe, ferner auch, sie betreiben kein gemeinschaftliches Gewerbe; aber wenn § 15 Platz greift, wenn sie also ein gemeinschaftliches **Handels**gewerbe betrieben haben und sie stellen jede gewerbliche

Tätigkeit ein, oder einer von ihnen übernimmt das Gewerbe, dann bedürfen diese rechtsverändernden Tatsachen der Eintragung, und wenn sie nicht erfolgt ist, so braucht ein Dritter, der sie nicht kennt, sie sich nicht entgegenhalten zu lassen. **§ 15.**

In dem hier dargelegten Sinne und Umfange greift § 15, um weitere Anwendungsfälle anzuführen, Platz, wenn jemand sein Geschäft auf Zeit verpachtet hat, ohne daß der Pächter als Inhaber eingetragen wurde. An sich ist diese Eintragung des Inhaberwechsels zulässig (§ 22 Abs. 2) und sie ist geboten, um die Rechtsfolgen (des § 5 und, was hier in Frage steht) des § 15 zu vermeiden (ROHG. 21, 305). Das gleiche gilt bei Übernahme des Geschäfts durch Nießbrauch, Antichrese. Über die Haftung des Nachfolgers, der das Geschäft durch Pacht oder Nießbrauch übernommen hat, für die früheren Verbindlichkeiten s. § 25 Anm. 1. Anm. 11.

Der hauptsächlichste Anwendungsfall des § 15 ist gegeben, wenn jemand zugelassen hat, daß ein anderer in seinem Namen ein Handelsgewerbe betreibe: so insbesondere wenn jemand (unter einer eingetragenen oder einer uneingetragenen Firma) ein Handelsgewerbe betrieben und dann **das Geschäft auf einen anderen übertragen hat, ohne den Inhaberwechsel in das Handelsregister eintragen zu lassen.** Alsdann darf er diese Rechtsveränderung dem nicht wissenden Dritten nicht entgegenhalten. Infolgedessen kann er den Umstand, daß er überhaupt kein Gewerbe oder dieses Geschäft nicht mehr betreibt, gegenüber den von seinem Geschäftsübernehmer eingegangenen Verbindlichkeiten zwar einwenden, um die Rechtsfolgen des § 5 auszuschließen, aber es hilft ihm dieser Einwand nichts, soweit die Voraussetzungen des § 15 vorliegen, d. h. soweit die Tatsache dieser Rechtsveränderung dem Dritten nicht bekannt war. Insoweit gilt er nach wie vor als Inhaber des betreffenden Handelsgewerbes, obwohl er es nicht mehr betreibt; insoweit haftet er für die von seinem Geschäftsübernehmer begründeten Verbindlichkeiten, und zwar hinsichtlich der kontraktlichen Verbindlichkeiten ex contractu, weil er eben dem gutgläubigen Dritten gegenüber als der Kontrahent gilt (RG. 15, 36; 19, 197; KG. in KGBl. 91, 94), so daß z. B. für einen solchen Wechsel, für dessen Einlösung nach § 15 gehaftet wird, der Wechselprozeß zulässig ist (Bolze 17 Nr. 516). Anm. 12.

Daß dies alles auch dann gilt, wenn die ursprüngliche Tatsache, um deren Rechtsveränderung es sich hier handelt, nicht eingetragen ist, also insbesondere, wenn die Firma nicht eingetragen ist, darüber s. oben Anm. 4.

4. (Abs. 3.) **Für den Geschäftsverkehr einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung** (§ 13 Anm. 3ff.) ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend. Auch diejenigen Fälle, in denen die Eintragung zum Register der Hauptniederlassung das unersetzliche formelle Erfordernis der Rechtswirksamkeit ist, in denen diese Eintragung der Konstitutivakt ist (z. B. Eintragung einer Aktiengesellschaft), machen hierbei keine Ausnahme. Auch bei diesen ist zwar zur Entstehung der Rechtswirksamkeit des Rechtsverhältnisses die Eintragung in das Register der Hauptniederlassung erforderlich. Aber sobald jene Eintragung erfolgt und jene Rechtswirksamkeit eingetreten ist, tritt § 15 Abs. 3 in Wirksamkeit, d. h. die Tatsache kann dem mit der Zweigniederlassung kontrahierenden Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie im Register der Zweigniederlassung eingetragen und dort veröffentlicht ist, oder wenn sie ihm bekannt war (zust. Denzler 183). Die D. (32) geht hier allerdings von anderen Anschauungen aus, doch sind dieselben nicht zutreffend. Sie sagt: „Soweit es sich um Rechtsakte handelt, deren Wirksamkeit nicht bloß relativ, sondern unbedingt von der Eintragung in das Handelsregister abhängt, wie die Errichtung der Aktiengesellschaft, die Änderung des Statuts einer solchen u. dgl. mehr, kann selbstverständlich nur der Inhalt eines einzigen Registers, und zwar desjenigen der Hauptniederlassung entscheiden. An den betreffenden Stellen ist dies durch die Fassung der Vorschriften zum Ausdruck gebracht." Allein der Inhalt des Hauptregisters entscheidet in diesen Fällen nur über die Entstehung des betreffenden Rechtsverhältnisses; hierüber kann allerdings nur ein Register entscheiden, und mehr ist auch an den betreffenden Anm. 13.

§ 15. Stellen nicht zum Ausdruck gebracht (vgl. z. B. § 200: „Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht"; oder § 277 Abs. 3; § 304 Abs. 4; § 320 Abs. 3 HGB.). Hier aber handelt es sich um die eigentümlichen Wirkungen der Verlautbarung durch Eintragung und Publikation, wie sie § 15 im Interesse des Verkehrs zum Nachteil desjenigen, dessen Rechtsverhältnis einzutragen ist, aufstellt, mit anderen Worten: um die Frage, inwieweit der Dritte die nicht eingetragene und die eingetragene Tatsache gegen sich gelten lassen muß. Bei den sog. konstitutiven Eintragungen kann ja nur die letztere Frage eine Rolle spielen. Denn die nicht eingetragene Tatsache gilt ja hier überhaupt nicht, also auch nicht gegenüber dem Dritten. Aber hinsichtlich der eingetragenen Tatsachen tritt der § 15 in allen seinen Teilen in volle Wirksamkeit. Über die Wirksamkeit der Abs. 1 u. 2 in bezug auf die konstitutiven Eintragungen ist schon oben Anm. 5 gehandelt. Aber auch Abs. 3 ist voll und ganz anwendbar, und diese Anwendbarkeit hat, wie gesagt, die Wirkung, daß der mit der Zweigniederlassung in Rechtsbeziehungen tretende Dritte die an sich infolge der Eintragung ins Hauptregister rechtswirksame Tatsache sich nur dann entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm bekannt oder in das Register der Zweigniederlassung eingetragen worden ist (so wohl auch Düringer-Hachenburg I 88).

Anm. 14. **Zusatz 1.** Inwieweit diejenige Person, **von deren Rechtsverhältnis die Eintragung handelt,** die Eintragung **gegen sich** gelten lassen muß, davon handelt der vorliegende Paragraph implicite nur insofern, als es sich um einzutragende Rechtsveränderungen (im weiteren Sinne: einschließlich Endigung) handelt. Diese gehören, wie oben Anm. 1 bemerkt ist, zu den einzutragenden Tatsachen im Sinne des Abs. 1 unseres Paragraphen. Indem nun das Gesetz im Abs. 1 bestimmt, daß der Dritte die einzutragenden, aber nicht eingetragenen und veröffentlichten Veränderungen sich nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn er sie sonst nicht kannte, ist damit gleichzeitig angeordnet, daß der Dritte auf die Tatsache selbst, deren Rechtsänderung nicht eingetragen ist, sich gegenüber demjenigen berufen kann, in dessen Verhältnissen sie sich ereignet hat. Entsprechendes gilt für den Abs. 2. Auf dem gleichen Standpunkte steht das Reichsgericht (50, 431), das noch weitergeht und alle einzutragenden Tatsachen, nicht bloß Rechtsveränderungen hierher zieht (vgl. auch OLGR. 4, 203 und Erl. zu § 8 Anm. 14; a. M. Ehrenberg 299ff.). Ein offener Gesellschafter, dessen Ausscheiden nicht eingetragen ist, muß sich daher als offener Gesellschafter behandeln lassen (vgl. auch OLG. Dresden in OLGR. 8, 96), nämlich soweit es sich um den Rechtsverkehr mit der o. H. G. handelt. (Hat jemand mit ihm persönlich kontrahiert, so kann er nicht umgekehrt aus diesem Geschäfte die HG. verantwortlich machen, RG. in JW. 00, 254.)

Im übrigen aber, also insoweit es sich nicht um eintragungsbedürftige Rechtsveränderungen handelt, entscheiden andere Vorschriften (vgl. z. B. § 5, § 123) und allgemeine Rechtsgrundsätze über die Frage, inwieweit derjenige, von dessen Rechtsverhältnis die Eintragung handelt, die Eintragung gegen sich gelten lassen muß. Insbesondere entscheidet hierüber der Satz, daß jeder eine allgemein und öffentlich abgegebene Erklärung allgemein und dem Verkehr gegenüber gegen sich gelten lassen muß (vgl. Anm. 1 u. 3 Erl. zu § 5, Anm. 14 Erl. zu § 8; Anm. 9 zu § 123).

Auch von dem Verhältnis zweier Personen, von denen keine diejenige ist, deren Rechtsverhältnis die Eintragung betrifft, handelt der vorliegende Paragraph nicht. Darauf beruht es z. B., daß, wenn ein kollektiv Vertretungsberechtigter (z. B. ein kollektiv berechtigtes Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ein Kollektivprokurist) handelt, er dem Dritten nicht einwenden kann, daß dieser die Eintragung hätte kennen müssen. Denn keiner der beiden ist diejenige Person, um deren Rechtsverhältnis es sich bei der Eintragung handelt.

Anm. 15. **Zusatz 2. In strafrechtlicher Hinsicht ist zu bemerken:** Besteht das Rechtsverhältnis nicht mehr und benutzt jemand die der wirklichen Rechtslage nicht mehr entsprechende Eintragung dazu, um zu täuschen, so kann darin Betrug oder Urkundenfälschung liegen, letzteres z. B., wenn ein offener Gesellschafter, der auf die Vertretungsbefugnis verzichtet hat, gleichwohl eine Urkunde mit der Firma unterschreibt (RGSt. 33, 397).

Zusatz 3. Der § 15 Abs. 1 u. 2 ist im Falle des § 25 unanwendbar (RG. in JW. 03, 401[15]; s. a. § 25 Anm. 21). — § 15. Anm. 16.

Zusatz 4. Übergangsfrage. Auch die vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Eintragungen und Veröffentlichungen haben die hier bezeichnete Wirkung; ebenso hat die vor dem 1. Januar 1900 geschehene Unterlassung einer Eintragung nach dem 1. Januar 1900 diese Wirkung (RG. in DJZ. 02, 201). — Anm. 17.

§ 16.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältniß, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Betheiligten festgestellt, so genügt zur Eintragung die Anmeldung der übrigen Betheiligten. Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, aufgehoben, so ist dies auf Antrag eines der Betheiligten in das Handelsregister einzutragen. — § 16.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt, so darf die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat.

Der vorliegende Paragraph regelt einige Fälle, in denen die Eintragung auf Grund der Entscheidung des Prozeßgerichts erfolgen oder unterbleiben muß. Er bezieht sich nicht auf Zeichnungen zum Handelsregister. (Über eintragsbedürftige Mitteilungen des Aufsichtsamts für private Versicherungsunternehmungen an den Registerrichter, dem hierbei ein Prüfungsrecht nicht zusteht, vgl. z. B. §§ 30, 32 des PrivVersGes. — Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb —, § 67 — Untersagung des Geschäftsbetriebs.)

1. (Abs. 1.) **Die Voraussetzung** der in Abs. 1 geregelten Fälle ist eine doppelte: — Anm. 1.
   a) Die Anmeldung muß durch mehrere Beteiligte, d. h. zur Mitwirkung bei der Anmeldung Berufene (z. B. mehrere Gesellschafter) vorzunehmen sein;
   b) ein Teil von ihnen muß seine Mitwirkung versagen. Versagen alle, so ist nicht der Weg des § 16 Abs. 1 gegeben, der nur dem zur Anmeldung selbst Mitberechtigten offensteht. Vielmehr können Dritte sowohl in diesem Falle als auch bei Anmeldungen, die einer Einzelperson obliegen, nur den Weg der Klage gegen sämtliche Mitberechtigte oder gegen eine Einzelperson beschreiten, falls sie hierzu im übrigen befugt sind, und nach Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils gemäß § 894 CPO. die Eintragung herbeiführen oder den Registerrichter veranlassen, die Verurteilten gemäß § 14 zur Anmeldung anzuhalten (Lehmann-Ring Nr. 2).

2. **Der erste Fall des Abs. 1 ist,** daß eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der **Anmeldung** zum Handelsregister oder ein **Rechtsverhältnis,** bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, feststellt. In diesem Falle genügt die Anmeldung seitens des Siegers im Prozesse („der übrigen Beteiligten"). Sie muß natürlich den Vorschriften des § 12 entsprechen. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß auch auf Grund vorläufig vollstreckbarer Entscheidungen (vorläufig vollstreckbarer Urteile, einstweiliger Verfügungen) Anmeldungen erfolgen können, was mit dem sonst geltenden Grundsatze der CPO. (§ 894 CPO.) in Widerspruch steht, hier aber als Sondervorschrift beabsichtigt ist (D. 33). Andere Schuldtitel aber (Vergleiche, vollstreckbare Urkunden usw., vgl. § 794 CPO.) genügen nicht. — Es genügt die Anmeldung der übrigen Beteiligten. Aber diese ist auch Erfordernis: weder kann das Prozeßgericht die Eintragung anordnen oder darum ersuchen (KGJ. 4, 36; Allfeld 96), noch genügt die Anmeldung der unterliegenden Partei. — Anm. 2.

§ 16. Anm. 3. Der Registerrichter ist an die Entscheidung des Prozeßgerichts, die einen der Beteiligten zur Mitwirkung bei der Anmeldung verurteilt oder seinen Widerspruch gegen die Anmeldung für unbegründet erklärt, nicht gebunden. Hält er die Eintragung für unzulässig, so hat er sie trotz Anmeldung seitens des Siegers gleichwohl abzulehnen. Denn durch solches Urteil ist ja nur der Widerstand des einen Teils gebrochen. Im übrigen aber unterliegt der von dem Prozeßsieger gestellte Eintragungsantrag selbständiger Prüfung des Registerrichters (zust. Theodor Cohn 8; teilweise abweichend Düringer-Hachenburg I 89). Anders, wenn das Urteil das Rechtsverhältnis selbst feststellt. Ist, wenn auch nur durch vorläufig vollstreckbare Entscheidung, ein solches Rechtsverhältnis festgestellt, das der Eintragung fähig ist, so kann der Registerrichter in die materielle Prüfung nicht mehr eintreten; an die Entscheidung ist er gebunden, zu prüfen hat er nur, ob das Rechtsverhältnis eintragungsfähig ist (anders wohl auch nicht Düringer-Hachenburg I 89, 90).

Anm. 4. Der Registerrichter wird unter Umständen die Parteien zur Anmeldung sogar anhalten müssen, wenn es sich nämlich um ein eintragungsbedürftiges Rechtsverhältnis handelt, welches das Prozeßgericht festgestellt hat. Allein von Amts wegen wird man dieses Recht nur geben können bei rechtskräftigen Entscheidungen. Bei vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen der Prozeßgerichte muß es den Parteien unbenommen bleiben, von der Entscheidung Gebrauch zu machen, zumal jetzt, wo bei Aufhebung der vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen Schadensersatz droht.

Anm. 5. Wer endlich, ohne zur Mitwirkung bei der Anmeldung berufen zu sein, sonst ein Interesse hat, z. B. der Kaufmann, der mit dem Inhaber einer ähnlich lautenden Firma vereinbart hat, daß dieser seine Firma ändere, kann die Eintragung auf Grund des § 16 nicht herbeiführen (D. 34); er ist vielmehr, wenn er ein rechtskräftiges Urteil, das den Gegner zur Bewirkung der Anmeldung verurteilt, erwirkt hat, auf die gewöhnliche Zwangsvollstreckung gemäß § 894 CPO. angewiesen.

Anm. 6. 3. **Der zweite Fall des Abs. 1** ist die Aufhebung der zu 1 gedachten Entscheidung. Hier kann jeder Beteiligte die Anmeldung (natürlich gemäß § 12) bewirken, vorausgesetzt, daß die Eintragung auf Grund der Entscheidung erfolgt ist, d. h. ohne Mitwirkung des unterliegenden Teiles. Das Prozeßgericht darf auch hier nicht die Eintragung anordnen oder darum ersuchen. Wohl aber kann der Registerrichter die Parteien gegebenenfalls zur Eintragung anhalten (s. Anm. 4). — Als Aufhebung gilt auch die Aufhebung einer vollstreckbaren Entscheidung oder der Vollstreckbarkeitserklärung durch ein anderes Urteil, mag auch dieses andere Urteil noch nicht rechtskräftig sein (§ 717 CPO.).

Anm. 7. 4. (Abs. 2.) Die **Voraussetzungen des Abs. 2** sind nicht die gleichen wie im Abs. 1 (s. Anm. 1). Weder brauchen mehrere Beteiligte vorhanden zu sein, noch steht der Weg des Abs. 2 nur den Mitberechtigten offen. Der Absatz will nur gegen drohende unzulässige Eintragungen schützen.

Anm. 8. 5. **Der dritte Fall des Abs. 2 ist**, daß durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt ist. Die Vorschrift hat direkt die Tendenz, der Entscheidung des Prozeßgerichts eine gewisse bindende Bedeutung für den Registerrichter auch in dem anderen Falle beizulegen, wo sie auf die Unzulässigkeit einer Eintragung gerichtet ist (D. 34). Die Entscheidung kann rechtskräftig oder vollstreckbar sein. Als vollstreckbare Entscheidung gilt auch eine einstweilige Verfügung. Immer muß sie direkt die Eintragung für unzulässig erklären; eine Entscheidung, durch die das Rechtsverhältnis festgestellt wird, genügt hier nicht. „Unzulässig" ist eine Eintragung, die wegen eines wesentlichen Mangels von Amts wegen zu beanstanden ist, aber auch diejenige, die gegen das Recht eines Dritten verstößt. Im Gegensatz zu den Fällen des Abs. 1 ist hier, wie bereits hervorgehoben, der Widerspruch eines Dritten zu berücksichtigen, auch wenn er bei der Vornahme nicht mitzuwirken hat (D. 34). Die Bestimmung kommt beispielsweise zur Anwendung, wenn im Prozeßwege die Eintragung einer unbefugt geführten Firma verboten wird (§ 37 Abs. 2). Ein anderes Beispiel: Ein Aktionär ficht den Beschluß einer

Generalversammlung an und erwirkt eine einstweilige Verfügung dahin, daß der angefochtene Beschluß nicht eingetragen werde (vgl. Erl. zu § 273). Ein weiteres Beispiel: Ein Gesellschafter will Prokura erteilen, die anderen Gesellschafter widersprechen (§ 116 Abs. 3). Derjenige, der eine solche Entscheidung zu seinen Gunsten erwirkt, hat den Anspruch darauf, daß die Eintragung gegen seinen Widerspruch nicht erfolge. § 16.

Wie der Widerspruch geltend zu machen ist, sagt das Gesetz nicht. Er erfolgt durch formlosen Antrag beim Registergericht, die Eintragung nicht zu bewirken, unter Überreichung der betreffenden Entscheidung. Erfolgt gleichwohl die Eintragung, so gilt dies gleich der Ablehnung des Antrags auf Nichteintragung; dem Widersprechenden steht die Beschwerde nach Maßgabe des FGG. zu (vgl. Anm. 4ff. zu § 14). Ist der Widerspruch nicht vor der Eintragung geltend gemacht, so hat er seine Wirkung verloren. Der Widerspruchsberechtigte kann jetzt nicht die Löschung der Eintragung verlangen.

6. **Ein vierter denkbarer Fall** wäre der, daß durch eine Entscheidung des Prozeßgerichts ein Widerspruch gegen eine Eintragung für unbegründet erklärt ist. Einer solchen Entscheidung ist aber bindende Wirkung gegenüber dem Registergericht nicht verliehen worden. Würde der Registerrichter auch nach dieser Richtung an den Ausspruch des Prozeßrichters gebunden sein, so bestände die Gefahr, die Parteien könnten durch ihr Verhalten im Prozeß, d. h. durch absichtliches oder ungeschicktes falsches Prozedieren, unzulässige Eintragungen herbeiführen (D. 33). Der Registerrichter kann also eine Eintragung ablehnen, auch wenn bereits über die Zulässigkeit der Eintragung ein Prozeß geschwebt hat und der Widerspruch des einen Teiles gegen die Eintragung vom Prozeßgericht für unzulässig erklärt worden ist (vgl. oben Anm. 3), es sei denn, daß in dieser Entscheidung die bindende Feststellung eines der Eintragung fähigen und bedürftigen Verhältnisses läge. Alsdann würde die oben Anm. 3 entwickelte Regelung Platz greifen (Düringer-Hachenburg I 92). Anm. 9.

Dritter Abschnitt.

Handelsfirma.

§ 17.

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt. § 17.

Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden.

Lit.: Göppert, Bemerkungen zu § 17 Abs. 1 HGB., ZHR. 47, 267ff.; Opet, Beiträge zum Firmenrecht, ZHR. 49, 51ff.

Der „dritte Abschnitt" behandelt nicht nur das Firmenrecht, sondern auch darüber hinausgreifend, wenngleich in Anlehnung an die Rechtsfolgen bei Fortführung der Firma, in den §§ 25 bis 28 den Übergang der Geschäftsforderungen und Geschäftsverbindlichkeiten. Einleitung.

Der vorliegende Paragraph gibt (im Abs. 1) eine Definition des Begriffs der Firma und (im Abs. 2) die Vorschrift, daß der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann.

I. (Abs. 1.) Begriffsbestimmung, Rechtsverhältnisse und rechtspolizeiliche Bedeutung der Firma. Anm. 1.

A. **Die Begriffsbestimmung der Firma.** Das Wort „Firma" (ital.: raggione, ditta; franz.: raison) stammt von dem mittelalterlichlateinischen firmare, d. h. bekräftigen einer Urkunde durch Auflegen der Hand und dann durch die Unterschrift (Goldschmidt, Univers.-Gesch. 243). Der aus dem Mittelalter stammende Gebrauch beschränkte sich zunächst auf die Handelsgesellschaften, so noch im preuß. ALR. und im code de commerce; eine eingehende gesetzliche Regelung für Einzelkaufleute brachte erst das alte HGB. (Cosack § 16).

§ 17. Die Legaldefinition der Firma lautet: Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Kürzer: Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns (P. 34). Daß nur der Vollkaufmann eine Firma führt, geht aus § 4 hervor (s. dort Anm. 23).

1. **Der Name des Kaufmanns ist die Firma.** Daraus folgt:

a) Positiv. Die Geschäfte, die er unter diesem Namen im Handel schließt, berechtigen und verpflichten ihn, insbesondere seine schriftlichen Erklärungen, auch wenn sein bürgerlicher Name nicht beigefügt ist (ROHG. 10, 411). Desgleichen die Geschäfte, die sein Vertreter für seine Firma schließt, wenn auch dem Gegenkontrahenten seine Inhaberschaft nicht bekannt ist (ROHG. 17, 239; RG. 30, 77).

Andererseits ist der hier vorgeschriebene Gebrauch der Firma zivilrechtlich nicht als wesentliche Förmlichkeit aufzufassen. Unterschreibt daher der Kaufmann eine Urkunde anders als mit seiner Firma, etwa mit seinem davon abweichenden bürgerlichen Namen oder auch sonst, so folgt daraus nicht die Ungültigkeit der Urkunde, wenn nur Absicht und Herkunft der Urkunde klar sind (ROHG. 9, 215). Dies gilt besonders für abgekürzte Firmenzeichnungen im telegraphischen Verkehr (ROHG. 16, 207), und gilt auch dann, wenn sich der Kaufmann einer anderen als der eingetragenen Firma (z. B. „F. B. & M." statt „B. & M.", RG. 28, 120) oder einer unzulässigen Firma bedient hat (ROHG. 22, 70; RG. 17, 75; Cosack betont zutreffend, daß § 126 BGB. nicht entgegensteht). Anders liegt die Sache bei Formalakten, wie bei der Wechselunterschrift (ROHG. 12, 173; 14, 202). Doch führen auch hier unwesentliche Abweichungen, die einen Zweifel über die Identität nicht erzeugen, nicht zur Ungültigkeit (ROHG. 14, 173; näheres Staub WO. § 6 zu Art. 21). Gültig ist ferner die Wechselunterschrift, wenn bei einer aus Sach- und Namensbezeichnung zusammengesetzten Firma („Papier- und Pappenfabrik Sadowa Moritz Auerbach & Comp.") die Sachbezeichnung durch Stempeldruck hergestellt und nur die Namenszeichnung geschrieben ist (RG. 47, 165; über die Zeichnung der Firma bei der o. H. G. s. § 108 Anm. 4).

Anm. 2. b) Negativ: Die Firma ist lediglich der Name der Kaufmanns, „nichts anderes als sein Handelsname".

α) Sie schafft und repräsentiert keinerlei Rechtssubjekt neben und außer dem Kaufmann (ROHG. 3, 411), und auch zwischen seinem Privat- und seinem Geschäftsvermögen wird beim Einzelkaufmann nicht wie bei Handelsgesellschaften unterschieden (ROHG. 11, 151). Eine Bürgschaft zugunsten einer Firma ist nur eine Bürgschaft zugunsten des zeitigen Firmeninhabers (OLG. Rostock in BuschA. 45, 356; OLG. Hamburg in SeuffA. 47, 310; vgl. aber Bolze 10 Nr. 521).

Anm. 3. β) **Mehrere Firmen** eines Einzelkaufmanns sind zulässig für mehrere Etablissements (vgl. § 13 Anm. 3 und 4; ROHG. 20, 34; a. M. Opet in ZHR. 49, 59, welcher gegen die herrschende Ansicht annimmt, der Firmenfähige könne auch ohne eine Mehrheit von Niederlassungen mehrere Firmen wählen). Aber die Geschäfte müssen gesondert betrieben werden (OLG. München in ZHR. 42, 500), auch wenn der Kaufmann eines davon mit dem Firmenrecht erworben hat, als er das andere schon betrieb (Behrend § 40 Anm. 69). Er kann und muß in solchem Falle zwischen beiden Firmen wählen, darf aber nicht beide Firmen vereinigen oder beide getrennt und abwechselnd führen. Mehrere Firmen eines Kaufmanns bilden nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten (ROHG. 15, 176). Die Gläubiger der einen Firma können sich, auch wenn die Etablissements an verschiedenen Orten sich befinden, an das Vermögen der andern halten (ROHG. 20, 36, OLG Hamburg in ZHR. 40, 442), denn es handelt sich um einen Schuldner. Ebenso ergreift der über einen Einzelkaufmann ausgebrochene Konkurs sein gesamtes Vermögen und deshalb seine sämtlichen, wenn auch unter verschiedenen Firmen betriebenen Etablissements (RGSt. 5, 407; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 442). An einen Zwangsvergleich sind daher auch diejenigen Gläubiger

gebunden, die nur bei einer seiner Firmen, auch bei einer solchen, die während des Konkurses unbekannt geblieben ist, beteiligt sind (StrArch. 39, 101). Wenn ferner die akzeptierte Anweisung den Akzeptanten gegenüber dem Assignatar verpflichtet, sei auch Assignant und Assignatar ein und derselbe Inhaber zweier Firmen, so liegt der entscheidende Grund hierfür nicht in irgend welcher Duplizität der Rechtspersönlichkeit oder, wie das ROHG. (20, 34) ausführt, der Vermögensmassen, sondern lediglich darin, daß die Akzeptation eine selbständige Verpflichtung zwischen Assignaten und Assignatar schafft (Dernburg, Pr. PrivR. II § 54 Anm. 3; s. jetzt § 784 BGB.). Eine Zession des Kaufmanns an sich selbst als Träger einer anderen Firma ist ungültig (OLG. Hamburg in ZRH. 34, 561; vgl. § 398 BGB.). § 17.

Handelsgesellschaften können nur eine Firma führen (§ 22 Anm. 12, § 19 Zus. 3). Doch können dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften bilden, wenn sie mehrere Handelsgewerbe betreiben (näheres § 105 Anm. 39).

Auch ist die Firma kein besonderes Vermögensstück, sondern eben lediglich der Name, unter dem der Kaufmann das Geschäft betreibt. Deshalb kann die Firma auch nicht gepfändet werden und fällt nicht in die Konkursmasse (RG. 9, 106; s. Näheres Anm. 7 zu § 22); zur Führung eines das Firmenrecht betreffenden Rechtsstreits ist der Gemeinschuldner, nicht der Konkursverwalter befugt (OLG. Colmar in ZHR. 46, 467). Andrerseits hat das Reichsgericht (JW. 01, 653[12]) bei abgeleitetem entgeltlichen Erwerb der Firma die Einstellung ihres Wertes als Aktivum in die Eröffnungsbilanz für zulässig erklärt und willkürliche Abschreibungen Dritten gegenüber, um deren Anteil am Reingewinn zu schmälern, für unzulässig. Anm. 4.

2. Die Firma ist der Handelsname des **Kaufmanns**. Sie ist der Name der Person, nicht des **Geschäfts** (RG. 9, 105). Dies gilt ganz allgemein auch von der Firma der Aktiengesellschaft. Wenngleich diese in der Regel vom Gegenstand ihrer Unternehmung entlehnt und darum auch wohl von einer Sachfirma gesprochen wird, so ist sie doch immer Name der Aktiengesellschaft, nicht Bezeichnung des Unternehmens. Anm. 5.

a) **Der Name des Geschäfts — der sog. Etablissementsname (Geschäftsbezeichnung)** — ist von der Firma zu unterscheiden. Beispiele: Zum blauen Engel, zum goldenen Hirsch, zum Schwan, Goldene Hundertzehn, zum König Salomo, Fünfzigpfennigbazar, Stehbierhalle usw. (Zusammenstellung der Literatur in KGJ. 10, 16; s. a. Cosack § 16 S. 73 und Conradies im Recht 02, 9). Der Etablissementsname kam bisher häufig dort vor, wo der betreffende Handelstreibende nicht firmenberechtigt war (z. B. bei Gast- und Hotelwirten; vgl. für Minderkaufleute § 4 Anm. 23), aber auch neben der Firma, z. B. bei Apothekern oder auch bei sonstigen Geschäften. In Wien und Paris und vielfach anderwärts haben sehr viele offene Geschäfte Etablissementsnamen, auch in München tauchen sie auf (Allfeld 114). In Berlin sind sie im großen und ganzen nur bei Gastwirten, Hotels und Apotheken üblich; vereinzelt auch bei andern Geschäften: ein Kleiderhändler namens Fuß nennt sein Geschäft „Alle Mann zu Fuß", ein Lotterieloshändler Müller nennt sein Geschäft: „Millionenmüller". Vom Etablissementsnamen ist die Firma zu unterscheiden, in deren Wortlaut der Kaufmann eine Bezeichnung des Geschäfts hineinbezieht: „Meyers Hotel", „Café Bauer", „J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung", „Albert Baum, Kleiderparadies", „Kodackgesellschaft J. Stern & Co". Hier ist das Ganze nach Firmenrecht geschützt; denn Zusätze sind gestattet (Erl. zu § 18) und, soweit sie Bestandteil der Firmen sind, geschützt. Anm. 6.

Aber daß auf die Etablissementsnamen das Recht der Firma nicht angewendet werden kann, ist selbstverständlich. Der Registerrichter kann nicht verlangen, daß der Etablissementsname als Zusatz zur Firma mit eingetragen werde; denn Zusätze sind nach § 18 Abs. 2 nur gestattet, nicht geboten. Und umgekehrt kann der Registerrichter die Führung eines Etablissementsnamen nicht verbieten. Wer einen solchen Namen gewählt hat, hat sich damit nicht ein ausschließliches Recht

§ 17. geschaffen. Er kann nicht gegen denjenigen vorgehen, der die gleiche Bezeichnung wählt (RG. 1, 26). Bei Übertragung eines solchen Geschäfts kann allerdings der Etablissementsname mit übertragen werden, ja auch der Etablissementsname ohne das Geschäft (Allfeld 115). Aber solche Übertragungen geben dem Erwerber kein absolutes Recht, sondern legen nur dem Veräußerer die Verpflichtung auf, sich der Etablissementsbezeichnung zu enthalten (vgl. Bolze 2 Nr. 989; 3 Nr. 232). Für die Regel geht der Etablissementsname mit dem veräußerten Geschäft mit über (§ 22 Anm. 25).

Einen weitergehenden Schutz genießt jetzt der Inhaber des Etablissementsnamen, wenn die Voraussetzungen des § 8 des UnlWG. vorliegen, d. h. wenn die Konkurrenzbezeichnung darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen hervorzurufen, z. B. beim Gebrauch des gleichen Hotelnamens in derselben Stadt (s. Anm. 26 zu § 37). Auch § 15 des WarenZG. enthält einen Schutz des Etablissementsnamens (s. Anm. 26 zu § 37).

Anm. 7. b) Von der Firma ist weiter zu unterscheiden die Telegrammadresse. Sie geht mit dem veräußerten Geschäfte mit über (OLG. Dresden in SächsA. 5, 366; s. a. § 22 Anm. 25).

Anm. 8. 3. **Im Handel.** Die Firma ist der Name, unter dem der Kaufmann im Handel auftritt, seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Der Gebrauch der Firma ist dort nicht gegeben, wo es sich um Akte handelt, die aus öffentlichrechtlichen Gründen die Offenlegung des bürgerlichen Namens zum Zwecke der möglichst sicheren Feststellung der Identität erheischen, namentlich wenn es sich um **Eintragungen in öffentliche Bücher und Register, besonders in das Grundbuch, handelt.** Solche Bücher und Register sind dazu bestimmt, in möglichst zweifelsfreier und sicherer Weise und mit dem höchsterreichbaren Grade von Erkennbarkeit die Identität der in Frage kommenden Person ersichtlich zu machen. Die o. H. G. und die Kommanditgesellschaft (und selbstverständlich auch diejenigen Handelsgesellschaften, die juristische Personen sind: Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften) werden allerdings auch in solche Bücher nur unter ihrer Firma eingetragen. Aber das kommt daher, daß sie in anderer Weise im Rechtsverkehr überhaupt nicht auftreten können.

Anm. 9. Anders beim Einzelkaufmann. Hier steht noch ein anderer Name, der bürgerliche Name, zu Gebote. Das ist der eigentliche Name der physischen Person. Die Firma ist im Verhältnis zu seinem bürgerlichen Namen eine Art Pseudonym. Der Zweck jener öffentlichen Bücher, insbesondere des Grundbuchs, die Identität der eingetragenen Person mit der möglichsten Sicherheit festzustellen, wird aber nur erreicht durch Eintragung des bürgerlichen Namens. Überdies mag ja der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Grundstücke und Hypotheken erwerben und bei den auf den Erwerb hinzielenden Rechtsakten sich seiner Firma bedienen. Aber wenn sie sein Eigentum geworden sind, so gehören sie ihm in seiner ganzen Rechtspersönlichkeit. Der Verkehr hat ein Interesse daran, daß mit möglichster Sicherheit aus dem Grundbuche hervorgehe, wem das Grundstück oder das eingetragene Recht am Grundstücke gehört. Es kann dies z. B. wichtig werden, wenn der Kaufmann, dem das Grundstück gehört, andere Schuldverbindlichkeiten eingeht, die mit seiner Firma nicht zusammenhängen. Alsdann müßte der Gläubiger, der auf das Grundstück zugreifen will, zunächst noch beweisen, daß das Grundstück zu der Zeit, in der die Firma als Eigentümerin eingetragen war, seinem Schuldner gehört hat. Solche Weitläufigkeiten sollen gerade vermieden werden. Und zu welch sonderbaren Eintragungen führt die gegenteilige Ansicht! Wenn die Firma eines Einzelkaufmanns eingetragen ist und dieser veräußert sein Geschäft an eine andere Person, die es mit der Firma fortführt, so muß, wie Düringer-Hachenburg, welche die gegenteilige Ansicht vertreten, zugeben, dennoch eine Auflassung und Eintragung erfolgen, obwohl nach wie vor dieselbe Firma Adolf Schulze eingetragen bleiben kann. Es behält nach alledem noch heute der Beschluß des KG. in KGJ. 9, 3ff. seine Bedeutung. Und mit vollem Rechte hat die neue GBO. in § 33 Abs. 2 zwar dafür Vorsorge getroffen, wie bei Eintragungen zu Gunsten oder zu Lasten von Handelsgesellschaften die Legi-

timation zu führen sei (es genügt, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Firma der Gesellschaft zeichnet, der bürgerliche Name kann von ihm nicht gefordert werden; KG. in OLGR. 2, 279), nicht aber, wie dies bei Eintragungen zu Gunsten oder zu Lasten von Einzelfirmen zu geschehen habe. Von einer analogen Ausdehnung derartiger Formalvorschriften kann keine Rede sein. § 17.

Demgemäß kann der Einzelkaufmann nicht unter seiner Firma als Eigentümer von Grundstücken, auch nicht als sonst Berechtigter, z. B. als Gläubiger von Hypotheken eingetragen werden. Übereinstimmend die herrschende Meinung (u. a. Dernburg I § 99; Planck, Neumann, Turnau-Förster, Oberneck zu § 1115 BGB.; Lehmann-Ring Nr. 8a; KG. in OLGR. 6, 504; anderer Meinung hinsichtlich aller Grundbucheintragungen Cosack § 16[40], Düringer-Hachenburg I 102, Fuchs § 1115 Anm. 3b und hinsichtlich Hypotheken-Eintragungen OLG. Colmar in OLGR. 5, 254). Ist eine solche Eintragung erfolgt, so ist sie, da sie gegen kein Verbotsgesetz verstößt, nicht ungiltig; Berechtigter ist, wer zur Zeit der Eintragung Inhaber der Firma war. Allein daraus ergibt sich für den Grundbuchrichter nicht die Verpflichtung, auf Verlangen eine derartige Eintragung vorzunehmen. Demgemäß kann der Kaufmann, obwohl er unter seiner Firma klagen kann, eine Zwangshypothek auf den Namen der Firma nicht erlangen; er erleidet dadurch keinen Nachteil, da er ohne Umschreibung der Vollstreckungsklausel durch Registerauszug nur nachzuweisen braucht, daß er zur Zeit der Rechtshängigkeit der Inhaber der Firma war (KG. a. a. O. 506, 507). Anm. 10.

Da die Einrichtung der Grundbücher, abgesehen von den Grundzügen, der Landesjustizverwaltung überlassen ist, sind über Zulässigkeit der Eintragungen für einen Einzelkaufmann unter der Firma ungleichmäßige landesrechtliche Anordnungen ergangen. Die preuß. Vf. v. 20. September 1899 im § 4 steht auf dem hier vertretenen Standpunkte, während in Sachsen nach § 64 Abs. 2 Vf. v. 26. Juli 1899 umgekehrt eine Hypothek usw., die ein Einzelkaufmann erwirbt, auf Antrag auf dessen Firma einzutragen ist. Der Abs. 2 des § 64 der sächs. Vf. wird aber von manchen Seiten als mit Reichsrecht widerstreitend für nichtig erklärt (Grabner in DJZ. 05, 304).

Was hier vom Grundbuch gesagt ist, gilt in der Regel auch für die Eintragung in andere öffentliche Bücher und Register, so z. B. für die Eintragung in die Liste der Genossen einer eingetragenen Genossenschaft (KGJ. 13, 51), von der Eintragung ins Güterrechtsregister. Anm. 11.

Dagegen ist mit Unrecht (LG. I Berlin im Recht 00, 546; übereinstimmend mit Staub 6./7. Aufl. § 17 Anm. 4) dem Einzelkaufmann die Eintragung in das Börsenregister unter seiner Firma verweigert worden, wenngleich der Wortlaut des § 55 BörsG., nicht seine Intention, für die Verweigerung ins Feld geführt werden kann. Aber hier handelt es sich um den Gebrauch der Firma im Handel (gegen LG. I auch Dernburg I § 99[a]). Aus gleichem Grunde ist Anmeldung und Eintragung eines Warenzeichens unter der Firma eines Einzelkaufmanns zuzulassen, wie das auch der ständigen Praxis des Patentamts entspricht (jetzt ebenso Seligsohn, Kommentar zum WZG., 2. Aufl. S. 54, während er und Staub [6./7. Aufl.] früher eine solche Anmeldung nicht zuließen).

In gerichtlichen und notariellen Protokollen soll nach den Vorschriften der §§ 176 Nr. 2, 177 FGG. der Beteiligte — d. i. laut § 168 FGG. „derjenige, dessen Erklärung beurkundet werden soll" — bezeichnet werden und eigenhändig unterschreiben. Als „Beteiligter" ist hiernach die physische Person anzusehen. Da zudem auch hier die Identität möglichst zweifelsfrei festzustellen ist, wird selbst in Protokollen über Handelsangelegenheit der Einzelkaufmann nicht unter seiner Firma zu bezeichnen sein (ebenso Staub in den Materialien für diese Auflage; Werner in der DNotVZ. 1, 184 und wohl auch Jastrow I § 176 FGG. Anm. 6; a. A. Weißler Anm. 3, Rausnitz Anm. 4c zu § 177 FGG.). — Für offene Handelsgesellschaften vgl. § 108 Anm. 4. Anm. 12.

Außerhalb des Handels soll der Kaufmann nicht die Firma, sondern den bürgerlichen Namen gebrauchen, z. B. bei Errichtung von Testamenten, Eheverträgen. Da, wo Anm. 13.

§ 17. schriftliche Form vorgeschrieben ist, würde in solchen Fällen der Gebrauch der Firma, streng genommen, den Anforderungen des § 126 BGB. nicht genügen. Doch ist zu berücksichtigen, daß sich damit der Kaufmann zum Inhalt der Urkunde bekannt hat (Planck § 126 [a]). „Nur bei Solennitätsakten wäre die Unterschrift mit der Firma wirkungslos" (Lehmann-Ring Nr. 9).

Anm. 14. 4. **Entstehung und Erlöschen des Rechts zur Firmenführung.**

a) Für die Entstehung des Rechts zur Firmenführung war früher nur Kaufmannseigenschaft, nicht vorgängige Eintragung erforderlich (RG. 14, 19). Das ist jetzt nicht mehr durchweg richtig: wer nach § 2 oder § 3 Abs. 2 Kaufmann wird, darf sich einer Firma erst nach Eintragung bedienen. Wer nicht Kaufmann ist, darf keine Firma führen. Es darf niemand seine Firma eintragen lassen etwa zu dem Zwecke, damit ein anderer unter derselben für sich ein Geschäft betreibe (RG. 3, 120; 25, 1; s. a. § 1 Anm. 17). Derartige Vereinbarungen haben registerrechtlich keine Bedeutung, wenngleich sie einen der Kontrahenten zivilrechtlich aus der Geschäfsführung oder sonst gegenüber dem anderen Kontrahenten verpflichten können (JW. 03, 293 [16]). Es darf sich niemand eintragen lassen, der kein Gewerbe nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 betreibt. Betreibt er ein Gewerbe anderer Art und läßt sich gleichwohl eintragen, so wird er nicht Kaufmann und kann zur Aufgabe der Firma gezwungen werden (s. Erl. zu § 37), wenn er auch in zivilrechtlicher Hinsicht für die Dauer der Eintragung als Kaufmann gilt (§ 5).

Anm. 15. b) Wer sein Geschäft aufgegeben hat, ist nicht mehr Kaufmann, seine Firma erlischt (RG. 29, 69). Desgleichen wer ein Gewerbe nach § 2 betrieben hat und sein Gewerbe so einschränkt, daß es nun nicht mehr eine kaufmännische Organisation erfordert; auch in diesem Falle ist er nicht mehr Kaufmann, das Firmenrecht erlischt, wenn er auch für die Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt (§ 5): er bedient sich also eigentlich der Firma zu Unrecht. Dagegen sind der Tod und die Auflösung der Gesellschaft nicht notwendig Erlöschungsgrund der Firma, da trotz dieser Ereignisse das Geschäft noch fortbestehen und Inhaber haben kann (s. über das Erlöschen der Firma Erl. zu § 31). Eine Geschäftsverlegung nach einem anderen Orte bewirkt nicht den Untergang des Firmenrechts (vgl. § 31). S. jedoch Erl. zu § 30.

Anm. 16. B. **Einige für alle Arten von Firmen geltenden Hauptgrundsätze über das Recht der Firma** bedürfen hier einer kurzen Hervorhebung:

Anm. 17. 1. Der oft erwähnte Grundsatz der Firmenwahrheit gilt in der Hauptsache nur für neue Firmen (vgl. § 18 Anm. 1). — Man unterscheidet Personal-, Sach- und gemischte Firmen (vgl. § 18 Anm. 3, § 20 Anm. 1 u. 3).

Anm. 18. 2. Nach dem Grundsatz der Ausschließlichkeit hat sich jede neue Firma von den schon an demselben Ort bestehenden und in das Register eingetragenen zu unterscheiden (§ 30).

Anm. 19. 3. Für die Öffentlichkeit der Firma wird durch die Registerpflicht Sorge getragen (§ 14), ferner durch die Forderung verständlicher Sprache und Schriftzeichen (unten Anm. 22), endlich durch Bestimmungen über die Ladenaufschriften (Erl. zu § 37).

Anm. 20. 4. Es gilt der Grundsatz der Übertragbarkeit der Firma (durch Veräußerung oder Erbgang), jedoch nur in Verbindung mit dem Geschäft, für welches sie geführt wird (§§ 22, 23). Dagegen gibt es keinen Erwerb der Firma durch Ersitzung (RG. 25. 6).

Anm. 21. 5. Über den Schutz des Firmenrechts, das ein Personenrecht des Kaufmanns bildet (Dernburg I § 99; Gareis, Lehrbuch 67) und in die Kategorie der absoluten, d. h. gegen jeden Dritten wirksamen Rechte fällt, vgl. die Erl. zu § 37; und über seine Abgrenzung gegen das Recht des Warenzeichens und den unlauteren Wettbewerb vgl. dort Anm. 26.

Anm. 22. 6. Über **Sprache und Schriftzeichen** der Firma ist nichts bestimmt. Hier ist das Erfordernis aufzustellen, daß Sprache und Schriftzeichen der Firma, sowie ihrer Zusätze dem Publikum die Möglichkeit gewähren müssen, die gewünschte Kenntnis zu nehmen, daß also fremde Sprache und Schriftzeichen leicht (durch erreichbare Dolmetscher) übersetzbar sind. Jedes beliebige Idiom und jedes beliebige Schriftzeichen für zulässig zu erklären (wie

Opet in ZHR. 49, 62), widerstreitet den Verkehrsbedürfnissen; die Firma darf kein Geheimzeichen werden. Aus dem von uns aufgestellten Prinzip folgt im einzelnen: Die Bezeichnung der Firma braucht nicht in deutscher Sprache zu erfolgen. Hieran ändert auch nichts, daß nach § 186 GVG. und nach § 8 FGG. die Gerichtssprache die deutsche ist. Daraus folgt nur, daß alle Anträge in deutscher Sprache abgefaßt sein müssen. Auch in der Reichstagskommission (KB. 12) ist für das neue HGB. eine Vorschrift abgelehnt worden, wonach die Bezeichnung der Firma in deutscher Sprache zu erfolgen habe. Zulässig ist die Führung eines nicht deutschen Namens als Firma, z. B.: „Boulanger frères“ (OLG. Colmar in OLGR. 5, 273). Eine Verdeutschung des Namens (z. B. Boulanger in Bäcker) ist sogar unzulässig. Zusätze können gleichfalls, wenn sie dem Publikum verständlich sind, in fremder Sprache, selbst in einer toten Sprache gebracht werden, z. B. senior, junior, et Comp., frères; kommt doch das deutsche Wort: „Teilhaber“ statt der Zusätze: „Co.“, „Comp.“, „Cie.“ kaum vor. Unzulässig ist es aber, die Firma in zwei Versionen (z. B. deutscher Sprache und polnischer Sprache) zu führen (s. Lehmann-Ring Nr. 11 und Hilse in BuschA. 35, 270 ff.). Gesetzlich vorgeschriebene Zusätze (z. B. eingetragene Genossenschaft, Aktiengesellschaft) sind stets in deutscher Sprache zu führen, es sei denn, daß ausländisches Recht maßgebend ist. § 17.

Die Schriftzeichen müssen deutsch oder lateinisch sein; türkische, russische, japanische Schriftzeichen sind hierzulande Hieroglyphen und daher unzulässig.

C. **Die rechtspolizeiliche Bedeutung der Firma.** Vom rechtspolizeilichen Standpunkte hat die Vorschrift des Abs. 1 die Bedeutung, daß ein für allemal feststehen soll, unter welchem Namen der Kaufmann geschäftlich handeln will. Das Registergericht hat darauf zu achten, daß er stets die einmal gewählte Firma gebraucht, und ihn entgegengesetzten Falles anzuhalten, daß er die Firma dahin ändere, wie er sie tatsächlich gebraucht (KGJ. 5, 16). Anm. 23.

II. (Abs. 2.) Die Firma im Prozesse. Anm. 24.

Das Gesetz bestimmt, daß ein Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann.

1. **Der Zweck und die rechtliche Bedeutung der Vorschrift.** Der Zweck der Vorschrift ist, eine Streitfrage des früheren Rechts zu lösen. Die obersten Gerichte haben allerdings das gleiche angenommen, wie jetzt das neue HGB. (ROHG. 23, 101; RG. 41, 411; s. a. Munk in Gruchot 40, 717). Doch hatte die gegenteilige Ansicht zahlreiche Anhänger und war namentlich auch von Staub (5. Aufl. § 6a zu Art. 15) vertreten worden. Das neue HGB. hat sich für die Zulässigkeit entschieden, weil, wie die D. (34) sagt, „die entgegengesetzte Regelung die Rechtsverfolgung unnötig erschweren und namentlich in Wechselsachen und in Fristsachen zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen würde“.

Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift äußert sich namentlich darin, daß nunmehr **auch Einzelkaufleute** im Prozesse unter ihrer Firma auftreten können. Auch im Urkunden- und Wechselprozeß, ohne daß sofort mit der Klage der urkundliche Identitätsnachweis geführt zu werden braucht (RG. 41, 410). Bei den Handelsgesellschaften, auf die sich der § 17 Abs. 2 nach seiner allgemeinen Fassung und Stellung im System schon an sich mitbezieht (OLG. Cöln in OLGR. 1, 150), ist noch an anderen Stellen besonders hervorgehoben, daß sie unter ihrer Firma klagen und verklagt werden können (§§ 124 — dort Anm. 5. ff. —, offene Handelsgesellschaft; 161 Abs. 2, Kommanditgesellschaft; 210, Aktiengesellschaft; 320 Abs. 3, Aktienkommanditgesellschaft; § 13 GbmHG.). Bei den Handelsgesellschaften haben die besonderen Vorschriften noch eine weitere Bedeutung: sie geben an, in welcher Weise die Handelsgesellschaften ihre Parteifähigkeit im Rechtsverkehr überhaupt zu betätigen haben: durch Auftreten unter ihrer Firma. Das Auftreten im Prozesse kann hier keine Ausnahme machen. Denn die Firma ist ihr einziger und wahrer Name. Anders beim Einzelkaufmann. Für diesen gilt nicht der Grundsatz, daß er nur unter seiner Firma im Rechtsverkehr oder auch nur im Handelsverkehr auftreten könne. Hier ist der bürgerliche Name der eigentliche Name der Person,

§ 17. die Firma dagegen ein Pseudonym, unter dem er im Handelsverkehr auftritt. **Hier könnte** sehr wohl angeordnet werden, daß der Kaufmann im Interesse der möglichst sicheren Feststellung der Identität im Prozesse nur unter seinem bürgerlichen Namen aufzutreten habe. Aber das Gesetz will es anders.

Der Gegenstand des Rechtsstreits darf bei Prozessen unter der Firma nicht „inkommerziell" (Lehmann-Ring Nr. 10) sein. Familienrechtliche und Erbschaftsklagen sind aktiv und passiv unter der Firma unzulässig. „Der blindeste Verehrer des Gesetzeswortes", bemerkt Dernburg (I § 99[6]) mit Laune, „muß dies anerkennen. Die Firma Rosenstiel & Co., deren Inhaber Peter Fuchs ist, kann keine Ehescheidungsklage gegen Emma Fuchs, die Gattin des Inhabers, erheben, und der Sohn des Fuchs keine Paternitätsklage gegen die Firma Rosenstiel & Co." Für Strafklagen gilt prinzipiell das Gleiche, es sei denn, daß sie das kommerzielle Gebiet betreffen. So sind z. B. die aus dem WarenZG., dem UnlWG., dem § 187 StGB. usw. Verletzten zur Stellung des Strafantrags und zur Erhebung der Privatklage (§ 414 StPO.) auch unter ihrer Firma befugt (RGSt. 29, 355; Olshausen Anm. 6 zu § 187 StGB.).

Anm. 25. 2. **Wer kann hiernach unter der Firma klagen und verklagt werden? Das Gesetz sagt: ein Kaufmann.** Hieraus und aus der Erwägung einerseits, daß sich das Firmenrecht auf Minderkaufleute (§ 4 Anm. 23) nicht bezieht, andererseits aber die Vorschrift des § 5 auch hier eingreift, und endlich daß sich das Firmenrecht auch auf Handelsgesellschaften bezieht, ergibt sich, daß man richtig formulieren muß wie folgt: Unter der Firma klagen und verklagt werden kann jedes Rechtsgebilde, welches Vollkaufmann ist oder infolge der Eintragung der Firma als Vollkaufmann gilt. Also Voll-Einzelkaufleute; ferner juristische Personen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben (§ 33), das über die Grenzen des § 4 hinausgeht; Handelsgesellschaften (§ 6); endlich aber auch Personen, die vermöge des § 5 als Vollkaufleute gelten (vgl. Anm. 4 zu § 5; letztere will Göppert [in ZHR. 47, 268] zu Unrecht ausnehmen). Nicht aber bezieht sich die Vorschrift auf Personen, die lediglich infolge ihres bloßen Auftretens im Rechtsverkehr als Vollkaufleute gelten (Exk. zu § 5). Diese können sich zu ihren Gunsten darauf nicht berufen; ihre Klage unter der Firma ist jedenfalls unberechtigt, aber auch die Klage gegen sie unter der Firma ist nicht in Ordnung. Indes handelt es sich in beiden Beziehungen nur um eine falsa demonstratio und es kann die richtige Bezeichnung nachgeholt, ev. muß das Urteil entsprechend ausgelegt werden (s. unten Anm. 35). — Ist die mit der Firma bezeichnete Partei nicht Kaufmann und gilt sie auch nicht als solcher im Rechtsverkehr, so ist die Bezeichnung mit der Firma ein Irrtum, der aber ebenfalls berichtigt werden kann. Ev. muß auch das Urteil ausgelegt und schlimmstenfalls durch eine neue Klage deklariert werden.

Anm. 26. **Infolge der allgemeinen Fassung der Vorschrift braucht nunmehr in der Klage überhaupt nur die Firma angegeben zu werden, mag es sich um einen Einzelkaufmann oder um eine Handelsgesellschaft handeln.** Es braucht nur gesagt zu werden: Klage der Firma Albert Müller gegen die Firma Wilhelm Schulze & Co., gleichviel, wer die Inhaber dieser Firmen sind und welche Arten von Rechtsgebilden sich dahinter verbergen, ob Einzelkaufleute, o. H. G. oder Aktiengesellschaften (vgl. auch RG. 54, 17 und Anm. 9 zu § 124; anders Göppert 272, der die Vorschrift mit Unrecht lediglich auf den Einzelkaufmann beziehen will).

Anm. 27. Aber allerdings muß aus der Klage hervorgehen, daß es sich um eine Geschäftsforderung oder Geschäftsverbindlichkeit handelt, da nur insoweit der Vollkaufmann im Prozesse unter seiner Firma auftreten kann. Diese Einschränkung wird zwar im Gesetze nicht ausdrücklich gemacht, wohnt ihm aber inne (Göppert 268). Infolge der Vermutungen des § 344 ist dieses Erfordernis leicht erfüllbar. — Ev. darf die richtige Bezeichnung mit dem bürgerlichen Namen nachgeholt werden; das ohne Berichtigung ergehende Urteil ist nicht ungültig (vgl. Anm. 38).

3. **Muß im Laufe des Prozesses der Inhaber der Firma angegeben werden?** Unter Umständen wird dies allerdings notwendig sein. Soll z. B. für die klagende oder die beklagte Firma ein Eid normiert werden, so wird festzustellen sein, um was für ein Rechtsgebilde es sich handelt, um zu ermessen, von welchen physischen Personen denn eigentlich der Eid zu erfordern ist. Die klagende oder verklagte „Firma" kann ja vielleicht auch der Name eines Kindes oder eines Wahnsinnigen sein, in dessen Namen der gesetzliche Vertreter das Geschäft führt. Alsdann muß der Eid für diesen normiert werden. Anm. 28.

Indessen hat zufolge der Sondervorschrift unseres Paragraphen der Richter nicht die Pflicht und nicht das Recht, von Amts wegen ohne besonderen prozessualen Anlaß die Angabe zu verlangen, um welches Rechtsgebilde es sich handelt, und welches die gesetzlichen Vertreter der unter einer Firma prozessierenden prozeßunfähigen Partei sind. Auch die Vorschrift des § 313 CPO., wonach das Urteil die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter „enthält", ist für Prozesse, in denen Firmen klagen oder verklagt werden, durch die Vorschrift des § 17 Abs. 2 dahin geändert, daß das Urteil die Parteien auch nur nach ihrer Firma ohne weiteren Zusatz bezeichnen kann. Sonst wäre der Zweck der Vorschrift (Anm. 24) verfehlt; man denke z. B. an das Versäumnisurteil, wo ja die Angaben im Termin auf die Frage des Richters nicht genügen würden, sondern dem Gegner vorher zugestellt sein müßten (zustimmend OLG. Cöln in OLGR. 1, 149; abweichend Göppert 274). Anm. 29.

Anders natürlich, wenn begründete Zweifel an der hinter der Firmenbezeichnung sich verbergenden Partei hervortreten. Diesen ist der Richter berechtigt und verpflichtet von Amts wegen nachzugehen (§ 56 CPO.). Anm. 30.

4. **Die Firma ist nicht Prozeßpartei.** Die Firma ist ja nur die Bezeichnung einer Partei. Das erklärt die D. (35) mit Recht als selbstverständlich. Es wird dies hier hervorgehoben, damit nicht die naheliegende irrige Meinung erweckt werde, als sei durch die Zulassung der Firma als Parteibezeichnung die Firma als solche zum Prozeßsubjekt erhoben, d. h. zu einem selbständigen Rechtssubjekt, einer vom Inhaber der Firma verschiedenen Partei (zustimmend OLG. Hamburg in OLGR. 3, 274). Anm. 31.

Wer aber ist Prozeßpartei, wenn die Partei unter der Firma klagt oder verklagt wird? Anm. 32.

a) Die Denkschrift a. a. O. hält es für ebenso selbstverständlich, daß es diejenige Person sei, die „zur Zeit der Klageerhebung Inhaber der Firma ist". Diese Formulierung ist nicht ganz richtig. Man muß statt „Klageerhebung" setzen „Rechtshängigkeit". Denn auch jede andere Art der Begründung der Rechtshängigkeit, z. B. die Zustellung des Zahlungsbefehls, steht der Klageerhebung gleich. Die richtige Formulierung heißt: Prozeßpartei, Kläger oder Beklagter, ist derjenige Kaufmann, der **zur Zeit der Begründung der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma ist** (RG. 6, 98; 54, 17, — wo freilich das Wort „Prozeßbeginn" nicht ganz genau statt „Rechtshängigkeit" gebraucht ist; KG. in OLGR. 7, 147; Lehmann-Ring Nr. 10; Goldmann I 70). Nach der Ansicht Göpperts (270), dem auch Staub (6./7. Aufl. Anm. 15) beigetreten war, trifft dies auf den Kläger nicht immer zu. Kläger sei vielmehr derjenige Inhaber der Firma, auf dessen Willen die Entstehung der Rechtshängigkeit zurückzuführen sei. Wechsle die Inhaberschaft nach Klageeinreichung noch vor der Klagezustellung, so werde der neue Inhaber nicht Kläger, vielmehr sei der alte Inhaber Kläger. Diese Auffassung ist aber mit der Struktur unseres Zivilprozesses nicht in Einklang zu bringen. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, der Klageerhebung, für die es verschiedene Formen gibt (vgl. §§ 253, 263, 499; 693, 280, 281; 500, 510 CPO. und Sydow-Busch Anm. 1 zu § 4 CPO.) ist der für die Begründung des Prozeßverhältnisses maßgebende. Die früheren Schritte sind einleitende. Die Göppertsche Ansicht gibt überdies den unschätzbaren Vorteil eines festen Zeitpunktes auf. — Was nun die Widerklage anlangt, so richtet sie sich demzufolge gegen den, der als Kläger zu betrachten ist, also nicht notwendig gegen

§ 17. den, der zur Zeit der Erhebung der Widerklage Inhaber der Firma ist, sondern gegen den, der zur Zeit der Rechtshängigkeit des Klageanspruchs dies war.

Steht dem, welcher hiernach zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der klagenden Firma war, das eingeklagte Recht nicht zu, so ist die Klage abzuweisen. Ist der, welcher zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war, nicht der Verpflichtete, so ist gleichfalls die Klage abzuweisen (vgl. RG. 6, 98: es war nach dem Tode des Schuldners seine Firma verklagt, das war nicht richtig; das Erbverhältnis mußte auseinandergesetzt und die Erben mußten verklagt werden).

Entsprechendes nimmt das RG. (in JW. 03, 388[19]) für die Parteibezeichnung bei Auflösung einer o. H. G. im Laufe des Prozesses an (vgl. Erl. zu § 124).

Anm. 33. b) Da die Firma nur Parteibezeichnung ist, so ist es unzulässig, **die Firma und außerdem den Inhaber oder den Inhaber und außerdem die Firma zu verklagen** (Bolze 12 Nr. 124; zustimmend Goldmann I 71; a. M. Düringer-Hachenburg I 101). Am allerwenigsten ist es zulässig, hieran die Bitte um solidarische Verurteilung zu knüpfen; das ist sinnwidrig, wenn es auch manchmal geschieht (ebenso RG. in JW. 02, 636[19]; in diesem Punkte auch Düringer-Hachenburg zustimmend). Aber zulässig ist es, aus der Klage den bürgerlichen Namen des Firmeninhabers und seine Firma hervorgehen zu lassen, also entweder zu sagen: Klage gegen den Kaufmann Adolf Schulze (in Firma Friedrich Müller), oder: Klage gegen die Firma Friedrich Müller (Inhaber Adolf Schulze). Es muß nur immer wieder betont werden, daß in allen solchen Fällen, ebenso wie wenn die Firma allein oder wenn der bürgerliche Name allein als Parteibezeichnung gewählt ist, stets der Inhaber der Firma in seiner ganzen Rechtspersönlichkeit verklagt und verurteilt ist, so daß Zwangsvollstreckung in jedes einzelne seiner Vermögensstücke zulässig ist (Anm. 36). Deshalb ist es nicht ratsam zu sagen: Klage gegen den Kaufmann Adolf Schulze als Inhaber der Firma Friedrich Müller, weil er ja eben nicht bloß in dieser Eigenschaft verklagt wird und verurteilt werden soll. Diese Einschränkung könnte zur Folge haben, daß nur in das Geschäftsvermögen der betreffenden Firma vollstreckt werden kann, nicht in sein Privatvermögen und nicht in ein unter einer andern Firma von ihm betriebenes Geschäft. — Anders ist die Frage bei der o. H. G. zu entscheiden (Erl. zu § 128).

Anm. 34. c) Auch für den Sachvortrag ist es hier wichtig zu betonen, daß als Partei nur der zu betrachten ist, von dem oder gegen den der Anspruch rechtshängig gemacht worden ist. Klagt z. B. die Firma Adolf Müller und trägt vor, sie habe dem Beklagten 1000 Kisten Zigarren verkauft, und wendet der Beklagte ein, die Zigarren seien nicht vom gegenwärtigen Inhaber der klagenden Firma, sondern von dem früheren gekauft, so liegt darin ein wirksames Klagebestreiten: das Bestreiten der Behauptung, daß der Beklagte von dem Kläger gekauft habe. Repliziert der Kläger, daß er die Aktiva des Geschäfts von seinem Geschäfts- und Firmenvorgänger übernommen habe, so ist das keine Klageänderung (ROHG. 23, 101; RG. 41, 411; Goldmann I 71; abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 17, allerdings unter Hinweis auf § 264 CPO.).

d) Irrtümer in der Bezeichnung können richtiggestellt werden, ohne daß Klageabweisung verlangt werden kann. Ist geklagt gegen den Kaufmann Marcus Lindner, so kann der Kläger die Angabe dahin richtigstellen, daß er die o. H. G. in Firma Marcus Lindner gemeint habe (RG. bei Holdheim 11, 150).

Anm. 35. 5. **Die Wirkungen des Urteils**, in welchem der Kläger oder der Beklagte mit seiner Firma bezeichnet wurde. Daß diese Bezeichnung im Urteile zulässig ist, kann keinem Zweifel unterliegen (KGBl. 04, 46).

a) **Die Rechtskraft.** Das Urteil macht Rechtskraft unter den Parteien. Als verurteilt oder abgewiesen gilt hiernach derjenige, der nach Anm. 32 als Beklagter oder Kläger bzw. Widerbeklagter zu betrachten ist. Das ist nicht notwendig derjenige, der zur Zeit der Urteilsfällung oder zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft Inhaber der Firma

war. Vielmehr ist abgewiesen bzw. verurteilt diejenige Person, die zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der klagenden bzw. verklagten Firma war. Es ist allerdings schlimm, daß man sich bei diesen grundlegenden Bestandteilen des Urteils auf das Gebiet der Auslegung flüchten muß. **Sed ita lex scripta.** 17.

Unter Umständen macht das Urteil allerdings auch Rechtskraft für und gegen eine Partei, die erst **nach** den hier maßgebenden Zeitpunkten Inhaberin der Firma war, nämlich als Folge der Sukzession in Forderung oder Schuld, nicht als Folge der Sukzession in das Geschäft oder in die Firma (vgl. Anm. 40, 43, 45, 46).

b) **Die Vollstreckung des Urteils**, in welchem der Beklagte mit seiner Firma bezeichnet ist, darf in sämtliche Vermögensgegenstände erfolgen, die dem verurteilten Schuldner gehören. Darin liegt zweierlei: erstens die Vollstreckung ist zulässig in sämtliche Vermögensgegenstände des verurteilten Schuldners, nicht etwa nur in das Geschäftsvermögen derjenigen Firma, unter der er im Urteil bezeichnet ist, sondern auch in sein sonstiges Vermögen, auch in das Vermögen eines Geschäfts, das er unter einer andern Firma betreibt. Andrerseits ist die Vollstreckung nur zulässig in die Vermögensstücke des verurteilten Schuldners, und das ist nicht etwa die Person, die zur Zeit, wo das Urteil erging, das Geschäft unter der betreffenden Firma führt (s. Anm. 32 und 35). Anm. 36.

Hierbei werden sich immer dann Schwierigkeiten ergeben, wenn der Schuldner im Laufe des Prozesses aufgehört hat, sein Geschäft unter dieser Firma zu betreiben, sei es, daß er es überhaupt aufgegeben hat und nunmehr nur noch seinen bürgerlichen Namen führt, oder daß er dieses oder ein anderes Geschäft unter einer anderen Firma betreibt, oder daß er sein Geschäft veräußert hat und ein anderer es unter Fortführung der Firma weiter betreibt.

In diesen Fällen liegt dem **pfändenden Beamten, also bei der Mobiliarpfändung dem Gerichtsvollzieher,** die Feststellung ob, daß der, gegen den der Pfändungsauftrag sich richtet, Inhaber der Firma zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruchs (im Sinne der Darlegungen zu Anm. 32 und 35) war. Handelt es sich um einen Widerklageanspruch, so wird der Gerichtsvollzieher festzustellen haben, wer als Kläger und deshalb auch als Widerbeklagter zu betrachten ist! Gegen den, der das Geschäft mit Firma **während** des Prozesses übernommen hat und zur Zeit des Urteils Inhaber der Firma ist, darf das Urteil nicht vollstreckt werden. Geschieht es dennoch unzulässigerweise, so hat er das Recht der Beschwerde gegen die Art der Zwangsvollstreckung. (Über den Fall, wo er das Geschäft mit Firma nach der Rechtskraft des Urteils übernommen hat, s. Anm. 43.) Die gleiche Feststellung wird der Gerichtsvollzieher dann zu treffen haben, wenn der verurteilte Schuldner das Geschäft mit der Firma, unter der er verurteilt ist, zwar noch führt, der Gläubiger aber die Vollstreckung in andere Vermögensgegenstände verlangt. Das ist zulässig, da ja der Schuldner in seiner ganzen Rechtspersönlichkeit verurteilt ist. Auch hinsichtlich des Klägers wird der Vollstreckungsbeamte zunächst festzustellen haben, ob dem, der die Pfändung verlangt, der Anspruch auch zugesprochen ist (vgl. Anm. 32). Für einen gewissenhaften Vollstreckungsbeamten ergeben sich hier ungeheure Schwierigkeiten. Anm. 37.

Aber es ist festzuhalten: dem Vollstreckungsbeamten, nicht dem Prozeßgericht liegt diese Aufgabe ob (KG. 7. 1. 03 in KGBl. 03, 46 und vom 15. 6. 03 in OLGR. 7, 147). Das Prozeßgericht hat weder das Recht noch die Pflicht, eine „Berichtigung" oder eine Klarstellung des Urteils durch nachträglichen Beschluß zu bewirken (KG. in OLGR. 1, 397), noch auch ist für ein neues Prozeßverfahren, für eine Judikatsklage Raum (OLGR. 7, 147). Der Gerichtsvollzieher hat bei Mobiliarpfändungen zu entscheiden und über Erinnerungen betr. das Verfahren des Gerichtsvollziehers entscheidet das Vollstreckungsgericht. Göppert (278) will die Zwangsvollstreckung nur dann zulassen, wenn auch zur Zeit der Zwangsvollstreckung die Partei noch Inhaber der betreffenden Firma ist; sonst verweist er auf den Weg einer neuen Klage. Das ist Anm. 38.

§ 17. aber nicht angängig, ein einmal erlassenes Urteil gilt und muß ausgelegt und auf diesem Wege seinem Zwecke zugeführt werden (Anm. 35).

Anm. 39. 6. **Welche Wirkung hat der Übergang des Geschäfts nebst Firma durch Veräußerung oder Erbgang auf den Prozeß des unter seiner Firma klagenden oder verklagten Kaufmanns?**

An sich keine besonderen Wirkungen. Das will sagen: Die Wirkungen des Geschäftsüberganges mit Firma auf den Prozeß des Kaufmanns sind die gleichen, mag er unter seiner Firma oder unter seinem bürgerlichen Namen im Prozesse auftreten. Weiter ist zu betonen, daß der Geschäftsübergang an sich nicht dasjenige Ereignis ist, das besondere Wirkungen ausübt, sondern lediglich der Umstand, ob sich an den Geschäftsübergang ein Übergang der eingeklagten Forderung oder Verbindlichkeit geknüpft hat. Nur in einem Falle hat der Umstand, daß der Übergang der Verbindlichkeit durch Übergang des Geschäftes mit Firma erfolgt, eine besondere Wirkung (s. hierüber Anm. 43).

Dies vorausgeschickt, seien nunmehr die Wirkungen des Übergangs des Geschäfts auf den Prozeß des Kaufmanns dargestellt. Diese Darstellung ist auch für die §§ 25 und 27 wichtig; dort wird auf die hier gegebene Darstellung verwiesen werden.

Anm. 40. a) **Veräußert der klagende Kaufmann sein Geschäft während der Dauer des Prozesses,** und ist mit dem Geschäftsübergang ein Übergang der Forderung verknüpft, — was nicht notwendig der Fall zu sein braucht (s. z. B. § 25 Abs. 2) — so greift die allgemeine Vorschrift des § 265 Abs. 2 CPO. Platz: d. h. die Veräußerung der eingeklagten Forderung hat auf den Prozeß keinen Einfluß; nur mit Bewilligung des Beklagten kann der Erwerber in den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers eintreten. Das Urteil wirkt hinsichtlich der Rechtskraft — wiederum nach allgemeinen Vorschriften der CPO. — auch für und gegen den Rechtsnachfolger (§ 325 Abs. 1 CPO.). Zur Vollstreckung aber bedarf der Rechtsnachfolger der Erlangung der Vollstreckungsklausel auf seinen Namen (§§ 727, 731 CPO.), und zwar auch dann, wenn er das Geschäft mit der Firma fortführt. Doch kann auch die Umschreibung auf die Firma erfolgen, der bürgerliche Name braucht hierbei nicht genannt zu werden. Vor der Umschreibung der Vollstreckungsklausel darf weder der eigentliche Kläger noch sein Rechtsnachfolger das Urteil vollstrecken; der erstere nicht, weil ihm der Schuldner die Veräußerung entgegenhalten kann, wobei hier noch besonders auf den Fall des § 25 HGB. hingewiesen wird.

Anm. 41. b) **Veräußert der verklagte Kaufmann sein Geschäft während der Dauer des Prozesses,** und ist hiermit der Übergang der eingeklagten Schuld auf den Erwerber verknüpft, — was nicht notwendig der Fall zu sein braucht, — so hat dies auf den Prozeß gar keinen Einfluß. Verklagt ist der Inhaber der Firma zur Zeit der Rechtshängigkeit, ein anderer Beklagter kann in den Prozeß nicht eintreten. Der Geschäftsübernehmer wird Schuldner, nicht Prozeßpartei (§ 265 CPO.; RG. 46, 42). Das ergehende Urteil macht nur Rechtskraft gegen den Inhaber der Firma zur Zeit der Rechtshängigkeit und kann nur gegen diesen vollstreckt werden (s. Anm. 35—37). Ausnahme hiervon Anm. 43.

Anm. 42. c) **Veräußert der klagende Kaufmann sein Geschäft nach der rechtskräftigen Feststellung der eingeklagten Schuld,** so kommt dieser Fall hier wiederum nur dann in Betracht, wenn die rechtskräftig festgestellte Forderung mit veräußert ist. Aber auch dann hat dies lediglich dieselbe Wirkung, wie wenn sonst eine rechtskräftig festgestellte Forderung veräußert wird, selbst wenn gleichzeitig das Geschäft mit Firma veräußert ist. Diese allgemeinen Wirkungen der Veräußerung einer rechtskräftig festgestellten Forderung aber gehen dahin, daß der Rechtsnachfolger die Erteilung der Vollstreckungsklausel nach Maßgabe der §§ 727, 731 CPO. für sich verlangen kann: der Rechtsnachfolger muß also durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde die Rechtsnachfolge nachweisen oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel klagen. Die Berufung darauf, daß in Gemäßheit des § 25 Abs. 1 HGB. die sämtlichen Geschäftsforderungen den Schuldnern gegenüber als abgetreten gelten, wenn er das Geschäft nebst

Firma mit Einwilligung des bisherigen Inhabers fortführt, genügt hierzu nicht. Denn es handelt sich hier auch um die Rechte des bisherigen Gläubigers, die durch eine solche Umschreibung nicht verletzt werden dürfen. Andererseits aber hat, wenn der alte Gläubiger auf Grund des Urteils vollstrecken will, der Schuldner den Einwand, die Judikatsforderung sei bereits abgetreten. Diesen Einwand hat er in einem Falle ohne Rücksicht darauf, ob in Wahrheit ein Übergang der Judikatsforderung stattgefunden hat, nämlich wenn der Fall des § 25 Abs. 1 HGB. vorliegt: in diesem Falle gelten die geschäftlichen Forderungen dem Schuldner gegenüber als abgetreten. § 17.

Wiederholt wird der Klarheit wegen, daß das alles gilt, gleichviel, ob der Kaufmann unter seiner Firma klagt oder unter seinem bürgerlichen Namen, und andererseits auch dann, wenn der Kaufmann unter seiner Firma klagt und der Erwerber das Geschäft mit Firma übernimmt. Auch im letzteren Fall kann die Vollstreckung aus dem Urteil nur nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel erfolgen.

d) **Veräußert der verklagte Kaufmann sein Geschäft nach der rechtskräftigen Feststellung der Schuld**, so kommt dies hier nur dann in Betracht, wenn hierbei die rechtskräftig festgestellte Schuld mit übernommen ist. Ist sie aber übernommen, so ist sie so übernommen, wie sie damals bestand, also als rechtskräftig festgestellt. Nunmehr kann gegen den Übernehmer geklagt werden, gestützt auf die rechtskräftige Entscheidung und die Schuldübernahme. In zwei Fällen kann sogar die einfache Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Übernehmer erlangt werden. Nämlich einmal, wenn die Übernahme die Folge einer Veräußerung des ganzen Vermögens ist (Fall des § 419 BGB.), und zweitens, wenn die Übernahme in Gemäßheit des § 25 Abs. 1 HGB. erfolgt ist, d. h. wenn der Schuldner sein Geschäft veräußert hat, in dessen Betriebe die festgestellte Schuld entstanden ist, und der Übernehmer das Geschäft mit Firma fortführt, ohne daß die Nichtübernahme der Schuld eingetragen und veröffentlicht oder dem Gläubiger mitgeteilt worden wäre. Das bestimmt die neue Vorschrift des § 729 CPO. In beiden Fällen ist aber zu beachten, daß neben dem Erwerber auch der Veräußerer weiter haftet (s. Erl. zu § 26), so daß nicht die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel, sondern die Erteilung einer weiteren Vollstreckungsklausel gegen den Geschäftserwerber der Gegenstand des im § 729 CPO. gegebenen Rechtes ist (überall gl. A. Gaupp-Stein § 729 II). Die Erteilung der Vollstreckungsklausel erfolgt auf einfachen Antrag, wenn die Rechtsnachfolge (nicht auch die unterbliebene Veröffentlichung oder Mitteilung einer abweichenden Abrede, diese mag der Übernehmer gemäß § 732 CPO. einwenden) durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wird. Sonst ist Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nötig. Die einfache Erteilung der Vollstreckungsklausel bzw. die einfache Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel kann aber nicht in dem im § 25 Abs. 3 HGB. vorgesehenen Falle erfolgen, d. h. wenn die Schuldübernahme dadurch erfolgt ist, daß sie in handelsüblicher Weise bekannt gemacht worden ist. Hier muß von neuem geklagt werden, wenn der Schuldner die rechtskräftig festgestellte Schuld zu zahlen sich weigert. Anm. 43.

Auch hier muß betont werden: das Gesagte gilt auch dann, wenn der ursprüngliche Schuldner nicht unter seiner Firma, sondern unter seinem bürgerlichen Namen verklagt war, und andererseits auch dann, wenn er unter seiner Firma verurteilt worden ist und der Geschäftserwerber das Geschäft mit Firma fortsetzt. Auch dann findet, obwohl Geschäft und Firma identisch bleiben, eine Zwangsvollstreckung in das Geschäftsvermögen der Firma nur statt nach Ausdehnung der Vollstreckungsklausel auf den Geschäftserwerber, da ja das Rechtssubjekt, gegen das sich die Vollstreckung richtet, gewechselt hat. Diese Ausdehnung der Vollstreckungsklausel kann auch auf die Firma des Rechtsnachfolgers erfolgen. Das ergibt die Tendenz des Gesetzes. Aber sie kann andererseits auch auf den bürgerlichen Namen des Geschäftserwerbers lauten, selbst wenn er das Geschäft mit Firma fortsetzt. In beiden Fällen kann aus der voll- Anm. 44.

§ 17. streckbaren Ausfertigung in das gesamte Vermögen des Geschäftserwerbers vollstreckt werden (Anm. 36).

Anm. 45. e) **Stirbt der klagende Kaufmann** während des Prozesses, so erfolgt Unterbrechung, Aussetzung und Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften. Dies auch dann, wenn der Erbe das Geschäft mit Firma fortsetzt und wenn der Erblasser unter seiner Firma geklagt hat. Die Prozeßpartei ist alsdann der Erbe bzw. die Erben. Stirbt der klagende Kaufmann nach rechtskräftig festgestellter Forderung, so kann der Erbe Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach den allgemeinen Vorschriften der CPO. (§§ 727 ff.) verlangen.

Anm. 46. f) **Stirbt der verklagte Kaufmann** während des Prozesses, so erfolgt gleichfalls Unterbrechung, Aussetzung und Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der CPO. Die Prozeßpartei ist alsdann der Erbe, bzw. die mehreren Erben. Alles dies auch dann, wenn der beklagte Kaufmann unter seiner Firma verklagt ist und der Erbe das Geschäft mit Firma fortführt. Stirbt der beklagte Kaufmann nach rechtskräftig festgestellter Schuld, so besteht hier ein Recht auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, eine nochmalige Ausklagung des Anspruchs gegen den Erben ist nicht erforderlich; auch dies geht aus den allgemeinen Vorschriften der CPO. (§§ 727 ff.) hervor. Wegen der prozessualen Geltendmachung der beschränkten Haftung s. bes. die §§ 780, 767. Zu betonen ist jedenfalls, daß, auch wenn das Geschäft nach rechtskräftiger Verurteilung des unter seiner Firma verurteilten Schuldners auf einen Erben übergeht, und wenn dieser auch das Geschäft mit Firma fortführt, dennoch ohne Umschreibung der Vollstreckungsklausel die Zwangsvollstreckung gegen den Erben unzulässig ist, auch in das Geschäftsvermögen jener Firma. Denn immerhin ist festzuhalten, daß unter der Bezeichnung der Firma der Erblasser, der Schuldner zur Zeit der Rechtshängigkeit, verurteilt worden ist. Eine Zwangsvollstreckung gegen eine andere Person, und sei dies auch ein allgemeiner Rechtsnachfolger, bedarf der besonderen Voraussetzungen, die das Prozeßrecht für die Zwangsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger erfordert.

Anm. 47. 7. **Auch die Prozeßvollmacht** kann infolge der Vorschrift unseres Abs. 2 mit der Firma unterschrieben sein.

Anm. 48. 8. **Über die Zulässigkeit einer Klage unter der Firma einer Zweigniederlassung** s. Anm. 16 u. 17 zu § 13.

Anm. 49. **Zusatz 1.** Auch eine ausländische Firma kann als Firma hier klagen; es handelt sich um eine Frage des Prozeßverfahrens, die nach dem Rechte des Prozeßgerichts zu entscheiden ist (OLG. Hamburg in OLGR. 3, 274).

Anm. 50. **Zusatz 2.** Übergangsfragen. Darüber s. § 18 Anm. 16.

§ 18.

§ 18. Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen.

Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältniß andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, sind gestattet.

Einleitung. Die §§ 18—20 einschl. handeln von der Bildung einer neuen Firma. **Der vorliegende Paragraph gibt im Abs. 1 eine Bestimmung über die Form der Firma eines Einzelkaufmanns.**

Der Absatz 2, der sich aber nicht nur auf die Firmen der Einzelkaufleute bezieht, gibt für alle Firmen Vorschriften über die Zusätze zur Firma. **§ 18.**

I. (Abs. 1.) **Die Vorschriften des Abs. 1 beziehen sich** Anm. 1.

1. nur auf den Fall **der neuen, der ursprünglichen Firma,** d. h. nur auf den Fall, daß ein Einzelkaufmann sich etabliert. Für den Fall, daß er ein bestehendes Geschäft mit Firma erwirbt, greifen sie nicht Platz (vgl. § 22). Das Prinzip der Firmenwahrheit (§ 17 Anm. 17) ist demgemäß auch im neuen HGB. nicht vollständig durchgeführt. Es war in Anregung gebracht, dies zu tun, man konnte sich aber — mit Recht — nicht dazu entschließen (D. 36) und hat durch die in die Gewerbeordnung aufgenommenen Bestimmungen über die Verpflichtung zur Bezeichnung der Firmenschilder bei offenen Läden zu helfen gesucht (Erl. zum § 37).
2. auf den (physischen) **Einzelkaufmann** (als Einzelkaufmann gilt auch, wer einen stillen Gesellschafter hat; über diesen Fall s. noch § 335 Anm. 1 und 38ff.). Der Abs. 1 findet nicht direkte Anwendung auf diejenigen juristischen Personen, die als Einzelkaufleute zu betrachten sind; diese haben keinen Familiennamen und keinen Vornamen (über ihre Firma s. Anm. 10 zu § 33). Anm. 2.
3. auf den **Hauptbestandteil der Firma** des Einzelkaufmanns (von den Zusätzen zu allen Firmen handelt Abs. 2). Der Hauptbestandteil („Firmenkorpus" nennt ihn Opet) ist wesentlich und notwendig. Er besteht notwendig („hat ... zu führen") aus dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen (das letztere ist eine durch die Reichstagskommission beschlossene Neuerung). Sie soll also eine sog. **Personenfirma** (§ 17 Anm. 17) sein. Anm. 3.

Der Kaufmann muß „seinen" Familiennamen als Firma führen, nicht den eines anderen. Wer einem anderen vereinbarungsgemäß die Führung seines Namens als Firma oder Firmenzusatz (im Sinne von Anm. 7) gestattet hat, kann ebensowenig, wie sein Rechtsnachfolger, dies verbieten; denn er ist dadurch nicht in seinen Rechten verletzt (§ 37 Abs. 2; RG. 29, 71 und 42, 150; s. a. § 37 Anm. 19). Für den Registerrichter ist allerdings eine solche Vereinbarung nicht vorhanden, weil sie die im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebenen Bestimmungen des § 18 nicht abzuändern vermag; er kann gemäß § 37 Abs. 1 einschreiten. Ja, das Reichsgericht gibt in einer späteren Entscheidung (v. 8. Juni 03 in JW. 03, 293[16]) jeder der Parteien insofern und insoweit ein Rücktrittsrecht von einem solchen Vertrage, als eine Partei ihren Namen als Firma für das Geschäft der anderen hergegeben hat.

Unter welchen Voraussetzungen der Zusatz eines fremden Namens auch ohne Zustimmung gestattet ist, darüber s. Anm. 9.

a) **Was als Familienname** zu betrachten ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Hiernach beantwortet sich die Frage, welchen Namen eine geschiedene Ehefrau zu führen hat und führen darf (§ 1577 BGB.), wie der Adoptierte sich zu nennen hat (§ 1758 BGB.), wie das uneheliche Kind (§ 1706 BGB.), wie das legitimierte (§§ 1719, 1736), ob es einem verheirateten Manne gestattet ist, seinem Namen den seiner Ehefrau zur Bildung der Firma beizufügen (nach RG. 16, 60 soll dies gestattet sein; gl. M. Dernburg I § 99[10]; ebenso LG. I Berlin in KGBl. 97, 82, und zwar mit der bedenklichen Begründung, weil es üblich sei; Opet 74 meint, es handele sich um einen dem Familiennamen beigefügten Zusatz, der während bestehender Ehe zulässig sei). Es erscheint ohne weiteres zulässig, daß die Ehefrau oder Witwe dem Namen ihres Ehemannes ihren Mädchennamen hinzufügt, aber mit einem Zusatz oder in einer Verbindung, woraus hervorgeht, daß dies ihr Mädchenname ist (etwa geborene soundso oder: Niemann-Rabe), aber es ist nach § 18 nicht zulässig, daß sie den Mädchennamen allein als Firma führe (RG. in JW. 02, 27[21]). Es ist auch grundsätzlich unzulässig, daß der Sohn seinem Namen den Familiennamen der Mutter beifügt (RG. 42, 149). Adelsprädikate sind nicht ein Teil des Familiennamens, aber sie stellen ein Recht des Adligen, sich dieses Anm. 4.

§ 18. Beisatzes zum Namen zu bedienen, dar (Sohm in DJZ. 99, 8; Küntzel bei Gruchot 41, 443; siehe dagegen die Gutachten von v. Bülow, Krückmann und Opet in den Verhandl. des 24. Juristentages Bd. 3 S. 117, 151, 191 sowie Lehmann-Ring Nr. 4). In Bayern suspendiert der Betrieb eines offenen Ladengeschäftes den Gebrauch des Adelstitels (Allfeld 120). — Die Führung eines nicht deutschen Namens, der dem Träger zusteht, als Firma ist nicht verboten (OLGR. 5, 273).

Der Familienname darf nur in derjenigen Form und Schreibweise in die Firma aufgenommen werden, wie der Firmeninhaber ihn nach den Gesetzen des Staats, dem das Registergericht angehört, führen darf. Ist in Preußen z. B. der bürgerliche Name „L. genannt St.", so darf die Firma nicht heißen „L.-St." Der Name „Schultz" darf nicht als „Schulz" firmiert werden, selbst wenn der Vater unzulässigerweise für das Kind bei der Geburt diese Schreibweise angemeldet hat. Denn willkürliche Namensänderungen sind nach dem öffentlichen Recht Preußens verboten (KG. in KGJ. 27 A S. 65 und 24 A S. 163; ein ähnliches Verbot kennt auch Bayern, RG. 42, 149). Indes soll man sich bei der Anwendung des obigen Satzes vor Kleinigkeitskrämerei hüten (Makower I 45).

Anm. 5. b) **Die Vornamen** dürfen nicht willkürlich gewählt, auch nicht in eine fremde Sprache übersetzt, noch umgekehrt verdeutscht oder modernisiert werden (Jaques statt Jacob, Moritz statt Moses). Der Vorname muß für die Regel an die erste Stelle kommen, namentlich wenn sonst irgendwie die Erkennbarkeit leidet (der Kaufmann, dessen Familiennamen Ernst ist, muß den Vornamen vorsetzen). Nur der wirkliche Vorname ist der Aufnahme in die Firma fähig (LG. I Berlin in ZHR. 42, 501). Die Frau darf nicht den Vornamen des Mannes (Frau Adolf Braun) in die Firma aufnehmen, wiewohl dies gesellschaftlich oft Sitte ist (Opet 78). Unter welchen Voraussetzungen der Vorname geändert werden kann, bestimmt das Landesrecht. Man kann nicht sagen, daß stets nur der in das Personenstandsregister eingetragene Vorname gebraucht werden darf, da eben die Landesgesetze Änderungen zulassen können (in Preußen haben die Landesregierungen das Recht der Genehmigung zur Änderung von Beinamen und Vornamen). Abkürzungen, selbst in üblichen Rufnamen, sind unzulässig (Minna statt Hermine, Fritz statt Friedrich), weil der „ausgeschriebene", von Rechts wegen dem Inhaber zukommende Vorname vom Gesetz verlangt wird (KG. in RJA. 3, 73; vgl. RG. in Holdheim 13, 228; zust. Opet 81; unzutreffend Düringer-Hachenburg I 104). Der in die Firma aufgenommene Vorname braucht nicht gerade der Rufname zu sein, wenn er nur einer der im Standesregister verzeichneten Vornamen ist (LG. I Berlin in KGBl. 1897, 62).

c) Auf die Führung seines **Namens als Firma** hat der Kaufmann ein unbedingtes Recht. Es verschlägt nichts, daß durch die Form des Namens, z. B. wenn es ein Doppelname ist, der Anschein erweckt werden kann, daß es sich um eine Gesellschaftsfirma handelt (KGJ. 5, 20: Fürstlich-Ysenburg-Birsteinsche Verwaltung; Hahn § 7 zu Art. 16); nur ein Zusatz, der diese Andeutung enthält, ist dem Einzelkaufmanne verwehrt. Der Name kann auch in adjektiver Form gebraucht werden (Beispiel soeben).

Anm. 6. Andererseits muß der Kaufmann auch im Verkehr, nicht bloß im Register, die richtige Schreibweise seines Namens anwenden. Er darf z. B. nicht für den Verkehr mit dem Auslande sich einer anderen Schreibweise bedienen (z. B. nicht für den Verkehr mit Amerika Lovendall statt Löwenthal, RG. 25, 119); er mag in diesem Falle der richtigen Schreibweise die ausländische in Klammern zur Verdeutlichung hinzufügen. Über die Folgen unrichtiger Anwendung s. § 17 Anm. 1 und 23.

Anm. 7. II. (Abs. 2.) **Die Zusätze.** Der Absatz 2 betrifft, wie wiederholt werden mag, alle Firmen (oben Einl.). Er gilt auch für die Handelsgesellschaften (vgl. a. § 6; RG. 3, 166; KG. in KGJ. 28 A S. 41). Durch die Anfangsworte des Abs. 2: „Der Firma" (statt der bisherigen im Art. 16: „Er darf" usw.) ist dies noch besonders zum Ausdruck gebracht worden, wenngleich freilich der Relativsatz: „der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet," wieder auf den Gegensatz

zum Einzelkaufmann hinweist. Die Fassung ist also noch immer keine glückliche, die Absicht aber zweifelsfrei. Gemeint sind nur solche Zusätze, die einen **Bestandteil der Firma** bilden, nicht sonstige Beisätze zum Zweck der Benachrichtigung des Publikums, z. B. Generalvertreter der Firmen Adolf Schulze & Cie. und Friedrich Müller & Sohn (KGJ. 5, 18). Keine bloße Benachrichtigung ist der Zusatz „Nachfolger" (LG. Frankfurt in ZHR. 37, 527). § 18.

1. Zusätze sind einerseits nicht notwendig, andererseits aber auch nicht etwa bloß dann zulässig, wenn sie im gegebenen Falle, z. B. zur Vermeidung von Verwechslungen, nötig sind (RG. in JW. 95, 359; PrOVG. vom 12. 3. 98 in DJZ. 3, 390; KG. in KGJ. 20 A S. 267), **vielmehr unterliegen sie der freien Wahl des Kaufmanns** (bis zur Grenze der Täuschungsmöglichkeit und sonstiger Verbote, hierüber 3 und 4).

   Auch die Stelle, an der sie stehen, ist dem Kaufmann überlassen: sie können vor oder hinter dem Namen stehen (KGJ. 10, 15; zust. OLG. Stuttgart in RJA. 4, 216 und Opet in ZHR. 49, 71).

2. Sie bilden, einmal als Bestandteil der Firma gewählt, **mit dem Hauptbestandteil ein zusammenhängendes Ganze.** Ein firmenrechtlicher Schutz für die Zusätze besonders besteht nicht, denn nur die ganze Firma genießt den Firmenschutz (ROHG. 4, 260; die Handlung in Firma „J. Huppmann La Ferme" hat kein Untersagungsrecht gegen jemand, der den Zusatz La Ferme annimmt; Bolze 17 Nr. 123: die „Aktiengesellschaft Lauchhammer" hat kein Untersagungsrecht gegen die Firma Lauchhammer Kohlenwerke A. & B.). Vgl. auch Bolze 10 Nr. 184b. Ferner RG. in JW. 02, 27[20] und 00, 133[12]: die Firma: „American Steam Laundry W. v. Biela" kann den Gebrauch des Zusatzes (der ersten 3 Worte) nicht verbieten. Hier helfen aber unter Umständen andere Gesetze (§ 8 des UnlWG., § 14 WZG.; vgl. § 30 Anm. 4). Anm. 8

   Sie bilden aber nur ein zusammenhängendes, nicht ein **untrennbares** Ganze. Man würde ohne Not rigoros sein, wollte man annehmen, daß der Kaufmann den Zusatz nicht mehr ablegen kann. Sicherlich kann er dies dann, wenn auch nach Ablegung des Zusatzes die Firma den Erfordernissen der ursprünglichen Firma entspricht, also seinen Vor- und Familiennamen enthält. Aber auch einen Zusatz einer erworbenen Firma kann er ablegen, ohne dadurch des Rechts auf die Firma überhaupt verlustig zu gehen. Es ereignete sich z. B. der Fall, daß die offene Handelsgesellschaft Bock & Drachholz den Zusatz Patent Duke hatte. Drachholz übernahm das Geschäft mit Firma. Alsdann klagte Duke gegen Drachholz auf Weglassung des Zusatzes, da der Zusatz seinen Namen enthalte und die hierzu gegebene Erlaubnis nicht mehr bestehe. Drachholz unterlag und kam dem Urteile dadurch nach, daß er den unzulässigen Zusatz löschen ließ. Es wäre nicht richtig gewesen, hätte man ihn nunmehr zwingen wollen, die ganze Firma löschen zu lassen und seinen Vor- und Familiennamen als ursprüngliche Firma eintragen zu lassen. Ein anderer Fall: der Kaufmann August Martiny nahm die Kaufleute Lindstedt und Säuberlich in sein Geschäft als offene Gesellschafter auf. Alsdann schied er aus und gestattete den beiden anderen Gesellschaftern, 5 Jahre lang zu firmieren: Lindstedt & Säuberlich vorm. August Martiny; nach Ablauf dieser Zeit sollten sie verpflichtet sein, diesen letzteren Zusatz wegzulassen. Als die 5 Jahre vorüber waren, hatte Säuberlich allein das Geschäft mit Firma übernommen und legte nunmehr vertragsmäßig den Zusatz August Martiny ab. Dies wurde nach anfänglichen Bedenken schließlich doch eingetragen (vgl. für einen ähnlichen Fall KGJ. 14, 246; anders BayObLG. in DJZ. 97, 368). Vgl. hierüber auch noch Anm. 11 zu § 22. Andererseits sind Veränderungen einer bisherigen Firma, auch durch Weglassung eines Zusatzes, unzulässig, wenn durch diese Änderung eine neue Firma angenommen wird, und die beschränkenden Vorschriften aus den §§ 18 und 30 entgegenstehen. Dies wurde angenommen, als der Erbe einer Firma: „Ferd. Beckers Söhne, Louis und Carl Becker" die Worte „Louis und Carl Becker" fortließ (RG. in JW. 00, 552[4]).

3. **Gestattet sind Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen.** Es genügt, daß sie dazu dienen, sie müssen nicht gerade dazu erforderlich sein (vgl. Anm. 9.

§ 18. zu 1. und brauchen ferner keine Beziehung zum Geschäft zu haben. Zur Unterscheidung der Person dienen Titel, wie der Doktortitel, der Hoflieferantentitel (vgl. z. B. im Berliner Handelsregister: „Königlich Preußische und Kaiserlich Österreichische Hof-Schokoladenfabrikanten Gebr. Stollwerk", zust. Opet 83); die Bezeichnung Pastorwitwe; auch das Adelsprädikat (vgl. Anm. 4); oder die Wörtchen jun., sen., Vater, Sohn; oder der Zusatz sel. Witwe (A. Zuntz sel. Wwe.). Zur Unterscheidung des Geschäfts können alle nur denkbaren Zusätze hinzugefügt werden, nicht etwa bloß solche, die der Branche entnommen sind oder sonst eine Beziehung zum Geschäft haben. Es ist jede willkürliche Bezeichnung gestattet, mag sie auch phantastisch klingen oder der Reklame dienen, wenn sie nur keine Täuschung herbeizuführen geeignet ist; hier tummelt der Kaufmann gern seine Phantasie. Diese früher streitig gewesene (5. Aufl. § 4 zu Art. 16), vom Kammergericht nach früherem Recht verneinte Frage (KGJ. 10, 14) ist jetzt durch den Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen in dem hier dargelegten Sinne für entschieden zu erachten (KG. in KGJ. 20 A S. 267 und in OLGR. 6, 342; zust. Opet 87; a. M. Theodor Cohn 46). Daß aber, wie früher auch geltend gemacht wurde, jede Reklame eine Täuschung enthält, ist sicherlich nicht zutreffend. Insbesondere ist auch die Aufnahme fremder Namen dann gestattet, wenn sie einen historischen oder mythologischen oder sonst bildlichen Charakter haben oder Gemeingut geworden sind, wenn also ihre Wahl nicht den Irrtum erregt, daß sie die Namen der Firmenträger sind, z. B. Salvator (über „Salvatorbrauerei Gmünd" vgl. RG. in JW. 98, 482[20]), Kaiserstuhl, Bismarck, wohl auch Henry Clay, dessen als Staatsmann populär gewordener Name namentlich im Tabakshandel Aufnahme gefunden hat (s. KGJ. 19, 15; vgl. auch Anm. 3).

Die Freiheit der Firmenzusätze, soweit sie hiernach gewahrt ist, ist auch nicht davon abhängig, ob ein anderer Geschäftsinhaber sich an demselben Orte befindet, auf dessen Geschäft die Angabe über die Art oder den Umfang den Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers gleichfalls zutreffen (RG. 54, 185: hiernach ist die Aufnahme des Geschäftssitzes — „Radebeuler Feigenkaffeefabrik" — zulässig, wenngleich andere in ihrem Gesamtnamen sich genügend unterscheidende Firmen die örtliche Bezeichnung gleichfalls führen). Nur unter den Voraussetzungen des UnlWG. kann hier unter Umständen Abhilfe geschafft werden.

Anm. 10. 4. **Verboten sind Zusätze, die eine Täuschung über Art oder Umfang des Geschäfts oder über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen geeignet sind.** Der Zusatz muß, so wie er lautet, ohne Rücksicht auf bestehende (z. B. örtliche) Umstände, auf die der Wortlaut nicht hinweist, zu täuschen geeignet sein (RJA. 4, 217). Daß die Zusätze Phantasienamen sind oder der Reklame dienen, schadet an sich nicht (vgl. zu 3). Neu ist, daß auch täuschende Bezeichnungen über den Umfang verboten sind. Es ist aber ferner hinzuzufügen, daß Zusätze, die handelsrechtlich als gestattet erscheinen, darum noch nicht unter allen Umständen gestattet sind. Handelsrechtlich nicht verbotene Zusätze können vielmehr aus anderen Gründen verboten sein, so z. B. wenn sie gegen bestehende Vertragsverpflichtungen verstoßen, oder gegen das Strafgesetz (z. B. unsittliche Zusätze), oder gegen das Preßgesetz (z. B. wenn die Firma die Bezeichnung Redaktion und Verlag enthält, obwohl der Verleger nicht zugleich der Redakteur ist), oder gegen polizeiliche Verbote. In letzterer Hinsicht ist zu bemerken: Ob die Wahl der Firma gegen irgendwelche polizeiliche Anforderungen verstößt, hat das Registergericht nicht zu prüfen. Hier mag die Polizei einschreiten, und gegen dieses Einschreiten bietet es wiederum keinen Schutz, daß die Regeln des Handelsrechts befolgt sind. Insoweit ist dem Urteil des PrOVG. in DJZ. 98, 389 zuzustimmen. Wenn aber in jenem Falle der Zusatz „Apotheker" für handelsrechtlich zulässig und nur polizeilich für unzulässig erklärt worden ist, weil der Inhaber zwar die Prüfung als Apotheker bestanden hatte, aber nur ein Drogengeschäft betrieb, so erachten wir dies nicht für zutreffend. Die Wahl der Firma ist vielmehr schon handelsrechtlich für unstatthaft zu halten, weil sie eine Täuschung über die wahren Verhältnisse

des Inhabers enthält. Unter einem Apotheker versteht das Volk nicht einen bloß geprüften, sondern einen gewerblich konzessionierten Apotheker. § 18.

5. **Es genügt, daß zur Zeit der Begründung des Geschäfts die Bezeichnung der Sachlage entsprach.** Spätere Veränderungen des Geschäftsbetriebes haben für die Regel nicht zur Folge, daß der Zusatz aufgegeben werden muß. Das würde zur Zerstörung von Werten führen, die nach dem Geist der Gesetzgebung nicht gerechtfertigt ist. So braucht ein Zusatz: „Königlich privilegierte Zeitung" nicht aufgegeben zu werden, auch wenn später Privilegien zur Zeitungsbegründung nicht mehr erforderlich sind. Es darf aber natürlich nicht von vornherein die Veränderung in Aussicht genommen und die ursprüngliche Sachlage nur zum Schein und zur Erschleichung des Zusatzes hergestellt sein (vgl. RG. 3, 120). Es darf auch nicht eine Veränderung der Verhältnisse eintreten, die den gewählten Zusatz zu einem unrichtigen macht, und die von vornherein im Bereich der Möglichkeit lag und nur relative Wahrheit besaß, z. B. beim Zusatz: „einzige" Fabrik die Entstehung neuer Fabriken. Der Registerrichter hat bei einer derartigen Änderung der Verhältnisse wegen des Prinzips der Firmenwahrheit auf entsprechende Berichtigung zu dringen. So mit Recht Düringer-Hachenburg (I 105). Anm. 11.

6. **Beispiele von Zusätzen,** die hiernach handelsrechtlich gestattet oder verboten sind. Anm. 12.

a) **Zulässig** sind Firmen bzw. Firmenzusätze, wie folgende, zumeist aus dem Berliner Firmenregister entnommene: „Zum Hutmatador Bruno Cohn", „Goldene 110", „Berliner Konkurrenzgeschäft, Inhaber J. Cohn", „Apotheke zum Schwan, A. Koblich", „Globus, Musterhalle für Industrie und Handel J. Draeger". Zulässig sind die Firmen: „Pflanzungsgesellschaft Singer & Co. Victoria"; „Albert Baum, Kleiderparadies"; ebenso Zusätze wie: Phönix (zustimmend OLGR. 1, 289), Exzelsior, Merkur, Neptun, Germania, Triumph, Kaiserbazar, Bismarckcafé. Zusatz des Gründungsjahres ist, wenn richtig, gestattet (RG. 44, 17). Der Zusatz „Kleiderpascha" muß für zulässig gehalten werden. Er ist bestimmt, sich dem Gedächtnis einzuprägen, dient also recht eigentlich zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen, nicht aber zu einer Täuschung; denn daß der Inhaber ein wirklicher Pascha sei, der Glaube soll und kann wohl dadurch nicht erweckt werden (eine engere Ansicht vertritt das LG. I Berlin in KGBl. 93, 94).

b) Unter den **unzulässigen** Zusätzen hebt zunächst das Gesetz (Abs. 2 unseres § 18) als Beispiel hervor, es dürfe ein Einzelkaufmann nicht einen, ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz seiner Firma beifügen, z. B. „Bankverein". Dies darf er auch dann nicht, wenn er das Geschäft mit einem stillen Gesellschafter führt, da dieser ja nach außen nicht als Gesellschafter hervortreten soll. Als einen Gesellschaftszusatz hat das Reichsgericht (bei Bolze 10 Nr. 184b) die Bezeichnung „Union" nicht angesehen, was aber bedenklich ist. Zutreffend hat aber das Kammergericht (Fall „der Berliner Union-Verlagsgesellschaft G. m. b. H.", OLGR. 6, 341) erklärt, das Wort „Union" deute nicht darauf hin, daß das Geschäft aus der Verschmelzung mehrerer Geschäfte, sondern mehr, daß es aus einer Vereinigung von Kräften entstanden sei. Anm. 12a.

Täuschungen über Art oder Umfang des Geschäfts wurden in folgenden Fällen mit Recht angenommen. Die Firma „Verein Kreditreform" als o. H. G. ist nicht zulässig, weil sie den Anschein erweckt, als ob die Gesellschaft aus einer größeren Vereinigung von Geschäftsleuten zur Reform des Kreditwesens bestände (OLG. Stuttgart in ZHR. 42, 501). Unzulässig ist zu firmieren: „Deutsche Reichsbuchhandlung J. Chun", da das Deutsche Reich nicht der Unternehmer ist. Ebenso darf ein kleiner Bankier mit geringen Mitteln nicht den Zusatz: „Deutsche Bank für Handel und Industrie" seiner Firma beilegen. Der Zusatz: „Cölner Fahrrad-Börse" zur Firma eines Einzelkaufmanns ist unzulässig, da „Börse" die technische Bedeutung einer gemeinsamen Stätte für das Zusammentreffen kaufs- und verkaufslustiger Personen und für einen Geschäftsverkehr von erheblichem Umfange hat (KG. in OLGR. 11, 17). Die Firma „Molkerei in Neu-Z." ist unzulässig, wenn die Molkerei nicht in Neu-Z. liegt, sondern dies nur die nächste

§ 18. Poststation ist (a. a. O. S. 16). Dagegen ist der Zusatz „Berliner" (Berliner Union usw. aus dem schon oben angegebenen Beispiel in OLGR. 6, 341) für zulässig erklärt worden, wiewohl Schöneberg der Sitz war, weil beide Orte trotz kommunaler Trennung als ein einheitlicher Handelsplatz zu betrachten sind. — Täuschend ist „Bankier", wenn der Inhaber des Geschäfts die Vermittlung von Grundstücken und Hypotheken besorgt (übereinst. Amtsgericht I Berlin im Bank-Arch. 03, 177).

Anm. 12b c) Da die Verhältnisse des Einzelfalles (selbstverständlich auch bei den zu α und β hervorgehobenen Beispielen) entscheiden, so können gewisse Zusätze bald zulässig, bald unzulässig sein, je nachdem sie der Wahrheit entsprechen oder nicht. Zulässig ist der Zusatz „erste", wenn dies der Fall ist. Das gleiche gilt von Zusätzen „allgemeine", „neue", „Zentrale", „einzige", „städtisch", „königlich", „privilegiert", „Provinzial-" usw. Ändern sich die Verhältnisse, so hat der Registerrichter auf entsprechende Berichtigung der Firma zu dringen (Anm. 11). Die Zusätze städtisch, königlich, privilegiert, Provinzial (=Molkereigenossenschaft) sind unzulässig, wenn die damit angedeuteten Beziehungen des Unternehmens zum Staat, zu Kommunalverbänden usw. nicht bestehen (AG. und LG. Torgau in KGJ. 22 A S. 100; nicht zutreffend die Entscheidung in KGJ. 3, 11): Aus diesem Grunde ist der Zusatz „Stadtbrauerei" (Torgauer Stadtbrauerei C. L.) für unzulässig erklärt worden (a. a. O.). Anders, wenn der Zusatz nur die Herkunft oder die Art der Herstellung („Münchener Brauerei", oder „Pilsner Brauhaus Berlin", RG. in JW. 00, 840[4]) bezeichnen will. Die Zusätze „preußisch", „sächsisch", „deutsch" (z. B. Preußische Hypothekenbank, Sächsische Bank, Deutsche Bank), oder „Berliner" (z. B. Berliner Bank oder Berliner Gasspargesellschaft) wollen zumeist nach der üblichen Auffassung keine bestimmten Unternehmungen der betreffenden Staaten oder Städte andeuten; sie können daher als täuschende Zusätze nicht erachtet werden. Allerdings kann nicht geleugnet werden, daß durch solche Zusätze schon Täuschungen hervorgerufen worden sind. Indessen, es gibt gewisse Dinge, gegen welche die Götter selbst vergeblich kämpfen. Der Zusatz „Sächsisches Engroslager" darf nur gewählt werden, wenn die Waren wirklich im wesentlichen sächsischen Ursprungs sind und das Lager so groß ist, daß Engrosverkauf möglich und anscheinend beabsichtigt ist.

Wird ein Verwandtschaftsverhältnis angegeben (z. B. Platzek Vater und Sohn), so muß es wahr sein (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 254). Nach dem Kammergericht (KGJ. 28 A S. 42) ist der Zusatz „Söhne" (z. B. „Karl Müller Söhne") täuschend, wenn es sich um ein neubegründetes Geschäft handelt, da er ein Rechtsnachfolgeverhältnis andeute. Der Grund ist nicht durchschlagend, da der Zusatz „Söhne" ein solches Nachfolgeverhältnis nicht notwendig andeutet (vgl. auch § 19 Anm. 1).

Anm. 13. Über den Zusatz Apotheker vgl. oben Anm. 10, über die Nachfolgerzusätze § 22 Anm. 11 ff.

Anm. 14. **Zusatz 1.** Der Paragraph enthält nichts über die **zivilrechtliche Bedeutung** der in ihm enthaltenen Formvorschrift. Er hat vorwiegend rechtspolizeiliche Bedeutung. Die unter einer hiernach unzulässigen Firma vorgenommenen Rechtshandlungen sind darum nicht ungültig (vgl. Anm. 1 zu § 17). Firmeneintragungen, die ganz oder zum Teil unzulässig sind, genießen, wenn dennoch geschehen, insoweit keinen Schutz, als ihre Unzulässigkeit reicht (Behrend § 40 Anm. 41).

Anm. 15. **Zusatz 2. Übergangsfragen.** Für die **bisher eingetragenen** Firmen kommt das bisherige Recht insofern zur Anwendung, als sie nach Art. 22 EG. z. HGB. mit der dort enthaltenen Maßgabe beibehalten werden dürfen, auch wenn sie dem neuen Recht nicht entsprechen, wofern sie nur dem alten Recht entsprechen. Das bezieht sich auch auf diejenigen Firmen, die vor dem alten HGB. entstanden sind, diese brauchen nur dem Rechte ihrer Zeit zu entsprechen (z. B.: „Berliner Trinkhallen-Gesellschaft" für eine offene Handelsgesellschaft aus alter Zeit). Daraus folgt, daß Firmen ohne Vornamen oder mit abgekürzten Vornamen aus der Zeit vor dem 1. 1. 00 weitergeführt werden dürfen. Desgleichen können täuschende Bezeichnungen über den

Umfang, da sie früher zugelassen wurden (KGJ. 12, 14), beibehalten werden. Auch das ergibt sich aus Art. 22 EG. z. HGB. § 18.

Das Recht der Beibehaltung bezieht sich auch auf den Fall, daß eine nach früherem Recht zulässige, nach jetzigem Recht unzulässige Firma veräußert wird (z. B. die jetzt für eine o. H. G. unzulässige Sachfirma „Messing-Gewerkschaft", RG. 41, 22). Es sollte eben nur die Wahl ursprünglicher Firmen dem neuen Rechte unterstellt werden.

Firmen, die am 1. 1. 00 nicht eingetragen waren, dürfen bei Widerspruch mit § 18 nicht beibehalten werden (KG. 14. 12. 03 in RJA. 4, 105 u. v. 21. 3. 04 in KGJ. 27 A S. 219).

§ 19.

§ 19. Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze zu enthalten.

Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich.

Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt Sondervorschriften über die Form der Firma der offenen Handelsgesellschaften und der einfachen Kommanditgesellschaften,** und zwar für den Fall der Neubildung (vgl. Anm. 5). Daneben gelten die allgemeinen Vorschriften über Firmen auch für diese Firma. Selbstverständlich ist dies von den Vorschriften der §§ 21 ff., welche offensichtlich für alle Firmen gelten. Aber es gilt dies auch von der Vorschrift des § 18 Abs. 2 über Form und Inhalt der Zusätze, insbesondere dem Verbot irreführender Zusätze (Anm. 7 ff. und 10 ff. zu § 18).

Die Sondervorschriften des vorliegenden Paragraphen sind:

1. (Abs. 1.) **Die Firma der offenen Handelsgesellschaft** muß, wenn nicht alle Gesellschafter genannt sind, einen Gesellschaftszusatz erhalten (und zwar einen solchen, der der Sachlage nicht widerspricht, nicht etwa: „Akt.-Ges."; vgl. oben Einl.). Zulässige Gesellschaftsfirmen sind z. B. Fischer & Co., Gebrüder Hammer oder F. & A. Hammer (dagegen wäre „Hammer Söhne" nach KG. nicht zulässig, vgl. § 18 Anm. 12b), Arnheim Vater und Sohn, Gesellschaft Arnheim, Geschwister Hermann (bei Brüdern, Schwestern oder Bruder und Schwester). Für den Fall, daß alle Gesellschafter in der Firma genannt sind, ist ein Gesellschaftszusatz nicht nötig, aber — trotz des anscheinend entgegenstehenden Wortlauts, der eine Alternative enthält — auch nicht unzulässig, wenn er nur nicht so beschaffen ist, daß er zu der Täuschung Anlaß gibt, es seien außer den benannten Gesellschaftern noch andere vorhanden. Sind z. B. Schulze und Müller Inhaber, so darf die Firma nicht lauten: Schulze, Müller & Co., wohl aber: Bankverein Schulze & Müller (RG. 37, 60; OLG. Hamburg in ZHR. 42, 502). — Vgl. noch Anm. 20 zu § 105. Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Die Firma der Kommanditgesellschaft** muß den Namen wenigstens eines Komplementars und einen (selbstverständlich richtigen) Gesellschaftszusatz enthalten. Daraus folgt: der Gesellschaftszusatz ist immer notwendig, auch wenn alle Komplementare in der Firma genannt sind (zust. Olshausen in der bei § 37 zit. Schrift S. 47). Doch braucht es nicht gerade ein solcher Zusatz zu sein, der auf eine Kommanditgesellschaft hindeutet. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt diese Vorschrift nicht (s. § 20). Wenn sich Schlesinger, Münzer und Cohn zu einer Kommanditgesellschaft vereinigen, von denen die beiden ersten Anm. 2.

§ 19. Komplementare sind, so können sie hiernach firmieren: Schlesinger & Co. oder Kommanditgesellschaft Schlesinger oder Kommanditgesellschaft Hugo Schlesinger oder Kommanditgesellschaft Münzer oder Münzer & Co. oder auch Handelsgesellschaft Münzer usw.

Wenn der Name des Komplementars und Kommanditisten gleichlauten, so darf er trotzdem in die Firma aufgenommen werden; er bezieht sich eben auf den Komplementar (argumento Abs. 4; Lehmann-Ring Nr. 3).

Anm. 3. 3. (Abs. 3 u. 4.) **Hier wird für beide Gesellschaftsarten gemeinsam bestimmt:**

a) daß die Beifügung von Vornamen nicht erforderlich ist,

b) daß andere als persönlich haftende Gesellschafter in der Firma nicht genannt werden dürfen, also weder Kommanditisten, noch stille Gesellschafter, noch fremde Personen. Geschieht es dennoch, so ist die Eintragung und die sonstige Führung zu untersagen und die versehentliche Eintragung zu löschen (vgl. § 140 und 142 FGG.).

Anm. 4. **Zusatz 1.** In Bezug auf die zivilrechtliche Bedeutung der Vorschrift ist zu bemerken, daß die Rechtsgeschäfte der unter einer unzulässigen Firma handeltreibenden Gesellschaft nicht etwa ungültig sind (Bolze 1 Nr. 1169; vgl. Anm. 1 zu § 17).

Anm. 5. **Zusatz 2.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf die ursprüngliche Bildung einer Firma, also wenn mehrere Personen ein Geschäft begründen und dadurch eine o. H. G. bilden. Mehrere Personen können aber auch ein bestehendes Geschäft mit dem Firmenrecht erwerben und können in diesem Falle die alte Firma fortführen, auch wenn sie keine Gesellschaftsfirma ist, oder es kann einer dem Geschäfte eines andern als offener Gesellschafter beitreten, und es kann dabei die Firma des bisherigen Einzelkaufmanns auf die Gesellschaft übergehen (§§ 22 und 24). Selbstverständlich kann eine o. H. G., die ein Geschäft mit fremder Firma erwirbt, ihre Firma nachträglich so ändern, daß sie dem Erfordernisse einer ursprünglichen Firma entspricht.

Anm. 6. **Zusatz 3.** Handelsgesellschaften können nur eine Firma führen (§ 17 Anm. 3).

Anm. 7. **Zusatz 4. Übergangsfrage.** Darüber s. Anm. 15 zu § 18.

§ 20.

§ 20. Die Firma einer Aktiengesellschaft sowie die Firma einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen; die erstere Firma hat außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft", die letztere Firma die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien" zu enthalten.

Einleitung. **Über die Firma der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft** gibt der vorliegende Paragraph zwei Vorschriften, und zwar für den Fall der Neubildung. Die Firmen dieser beiden Gesellschaftsarten werden parallel behandelt, was der Behandlung dieser beiden Gesellschaftsarten in diesem Gesetzbuch überhaupt entspricht. Vorweg ist zu bemerken, daß Firma und Name bei diesen beiden Gesellschaften identisch sind (RG. 1, 26; 3, 68). Die Aktiengesellschaften haben nur einen Namen, der zugleich ihre Firma ist. Die Firma bedeutet hier eben auch mehr, als § 17 besagt. Sie ist nicht bloß der Name, unter dem die AG. im Handel auftritt, sondern unter dem sie überhaupt im Rechtsverkehr auftritt. Denn nicht immer bewegt sie sich im Handel (s. Anm. 17 zu § 210).

Auch hier gelten daneben die allgemeinen Vorschriften über die Firmen und insbesondere auch über Form und Inhalt der Zusätze (vgl. die Einl. zu § 19).

Anm. 1. 1. **Die Firma soll regelmäßig dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein (sog. Sachfirma).** Ausnahmen kann das Registergericht zulassen. Die Zulassung liegt in der Eintragung. Sie bezieht sich nicht auf abgeleitete Firmen, also auf den Fall, wo eine in der Gründung befindliche oder eine bestehende Gesellschaft ein Geschäft mit Firma erwirbt. In diesem Falle hat der Geschäftsübernehmer das Recht der Fortführung, das ihm der Registerrichter nicht

entziehen kann. Aus § 22 geht dies klar hervor. Dem Gegenstande eines anderen Unternehmens darf sie jedenfalls nicht entlehnt sein oder vielmehr: wenn sie eine Sachfirma ist, darf sie nicht so gewählt sein, daß sie etwas anderes als den Gegenstand ihres Unternehmens bezeichnet, als den statutenmäßigen Gegenstand. Das folgt schon daraus, daß sie keine täuschende Bezeichnung enthalten darf (s. d. Einl. u. § 18 Abs. 2). — Für die Kommanditges. auf Aktien sind neben der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nicht etwa noch die Vorschriften des § 19 Abs. 2 u. 4 zu beobachten. Es braucht also bei der Firma dieser Gesellschaft der Name eines persönlich haftenden Gesellschafters in der Firma nicht zu stehen, und es ist andererseits zulässig, daß, wie dies zu 3 für die Aktiengesellschaft ausgeführt ist, die Namen anderer Personen als der Komplementare in der Firma stehen (D. 35). **§ 20.**

2. **Sie soll außerdem den Zusatz: Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien enthalten.** An welcher Stelle ist gleichgültig. Dieses Erfordernis ist auch bei abgeleiteten Firmen obligatorisch (vgl. § 22). Die Bezeichnung muß voll ausgeschrieben sein. Die Bezeichnung AG. würde nicht genügen, noch weniger z. B. die Bezeichnung Aktien-Hotel Germania, Aktienbauverein Kurfürstendamm, es muß in solchem Falle immer noch hinzugefügt werden: Aktiengesellschaft. Dieser Zusatz ist ein Bestandteil der Firma; daher ist es eine genügende Unterscheidung: „Automat Aktiengesellschaft" und „Automat-Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (OLGR. 7, 344). Anm. 2.

3. **Im übrigen kann die Firma auch Personennamen enthalten (gemischte Firma).** Der Zweifel, der hierüber früher bestand (5. Aufl. § 2 zu Art. 18), kann nach der jetzigen Fassung des Gesetzes nicht mehr aufkommen, da der vorliegende Paragraph die Vorschrift, daß der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen nicht aufgenommen werden kann, gestrichen hat (vgl. überdies auch § 22). Es sind hiernach zulässig Firmen, wie „Heinrich Bock Aktiengesellschaft", „Hasenstein & Vogler, Aktiengesellschaft". Dies bezieht sich auch auf Aktienkommanditgesellschaften (vgl. zu 1). Anm. 3.

4. Die Firma der größeren Versicherungsvereine a. G., nicht aber die Firma der Versicherungs-Aktiengesellschaften, muß den Sitz des Vereins erkennen lassen (§ 18 des PrivVersG. vom 12. Mai 1901). Die Abkürzung „a. G." genügt (KG. in RJA. 4, 23). Anm. 3a.

Zusatz. Übergangsfragen (vgl. zunächst Anm. 15 zu § 18). Auch auf Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, welche am 1. Januar 1900 bestehen, findet die in Anm. 2 erörterte Vorschrift (Notwendigkeit des Zusatzes Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien) zufolge Art. 22 des EG. z. HGB. Anwendung, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist (KG. in KGJ. 20 A S. 40). Also nicht etwa alle bestehenden Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften müssen sich in dieser Weise benennen. Die Aktiengesellschaften in Firma „Deutsche Bank", „Deutsche Zeitungs-Verlagsanstalt" können ihre Firmen beibehalten, ebenso die Aktienkommanditgesellschaften in Firma „Direktion der Diskontogesellschaft", und „Berliner Handelsgesellschaft". Aber es ist auch nicht nötig, daß die Firma nur Personennamen enthält, um der Übergangsvorschrift des Art. 22 unterworfen zu sein; es genügt, daß der Hauptbestandteil Personen enthält, z. B. Rudolf Behrends Zeitungsverlag (anders LG. Heidelberg bei Holdheim 9, 75, wo es sich freilich um die Firma Schwedtsche Brauerei-Gesellschaft handelte). Enthalten dagegen nur die Zusätze, z. B. der Nachfolgerzusatz, Personennamen, dann greift die Übergangsvorschrift nicht Platz, weil ja der Gedanke des Gesetzes der ist, daß keine Firmen als Aktienfirmen fortbestehen sollen, die durch ihre Form die Anschauung hervorrufen können, daß persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind. So z. B. braucht sich die Nähmaschinenfabrik vorm. Frister & Roßmann die Bezeichnung Aktiengesellschaft nicht beizulegen, desgleichen nicht die Spandauer Bergbrauerei vorm. C. Beckmann oder die Farbwerke vorm. Meister, Lucius & Brüning (zust. Goldmann I 86; a. M. Opet in ZHR. 49, 70). Als Personennamen gelten hierbei diejenigen Namen nicht, die den Gedanken an eine persönliche Haftung nicht aufkommen lassen, so z. B. wenn es sich um historische oder mythologische Namen Anm. 4.

§ 20. handelt. Die Firmen Germanischer Lloyd, Salvator-Aktienbrauerei, Gutenberg Druckerei und Verlag, werden sich die Bezeichnung Aktiengesellschaft nicht beizulegen brauchen.

Die Bezeichnung: „Aktiengesellschaft" und „Kommanditgesellschaft auf Aktien", anzumelden, ist Sache des Vorstandes allein (§ 182 Anm. 16).

§ 21.

§ 21. Wird ohne eine Aenderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt das Recht der Fortführung der bisherigen Firma trotz Namensänderung.** Die Vorschrift ist in der Reichstagskommission eingefügt worden, hauptsächlich deshalb, weil die Pflicht zur Firmenänderung Frauen, die sich verheiraten, Nachteil bringen kann.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift bezieht sich auf Vor- und Familiennamen** und auf Namensänderungen aller Art nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts (Adoption, nachträgliche Legitimation, Verheiratung, vgl. § 18 Anm. 4) oder der landesgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (z. B. bei Änderung eines Namens mit staatlicher Genehmigung).

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift gibt dem Besitzer des geänderten Namens das Recht zur Beibehaltung des früheren Namens als Firma.** Das Recht kann ihm, zufolge dieser Vorschrift, weder vom Registerrichter, noch von einem Dritten verschränkt werden. Wenn „Schlesinger" seinen Namen in „Bürger" ändert, den Namen „Schlesinger" aber in der Firma fortführt, so dürfen selbst diejenigen Schlesinger, die ein Konkurrenzgeschäft haben, ihm dies nicht verbieten. Anders aber, wenn einem Dritten ein durch das BGB. gegebenes Recht auf Untersagung der Namensführung zusteht, wie es dem Ehemanne laut § 1577 Abs. 3 gegen die für allein schuldig erklärte geschiedene Frau, oder dem Adoptivvater gegen das Wahlkind nach Aufhebung der Kindesannahme zusteht (§ 1772). So mit Recht die herrschende Meinung (a. A. Staub 6./7. Aufl., dem Opet — ZHR. 49, 107 — im Endergebnis beigetreten ist). Aber der Mann muß die Führung nicht bloß der Firma, sondern auch des Namens untersagen, sonst wäre das Verbot wirkungslos, während er umgekehrt die Führung bloß des Namens, nicht zugleich auch der Firma untersagen darf (Lehmann-Ring Nr. 4). — Ist die geschiedene Frau berechtigt, den Namen des Ehemannes fortzuführen, so darf sie die Firma unverändert fortführen, selbst wenn sie sonst ihren Mädchennamen annimmt (§ 1577 Abs. 2).

Anm. 3. 3. **Aber der Inhaber des geänderten Namens hat auch nur das Recht, nicht die Pflicht der Beibehaltung der bisherigen Firma.** Er kann selbstverständlich die Firma auch entsprechend ändern. Dabei brauchen nicht alle Bedingungen einer ursprünglichen Firma erfüllt zu werden. Besteht z. B. unter der Firma Cohn & Cie. eine offene Handelsgesellschaft, geht diese alsdann auf Julius Cohn allein über, und ändert dieser seinen Namen in Julius Winter, so kann er seine Firma in Julius Winter & Cie. ändern. Die Änderung der Firma ist eintragungspflichtig (§ 31 Anm. 1).

Anm. 4. **Zusatz. Übergangsfrage.** Daß auch bisherige Firmen, wenn eine Namensänderung nach dem 31. Dezember 1899 eintritt, nicht geändert zu werden brauchen, ist selbstverständlich. Aber dies gilt auch dann, wenn eine Namensänderung ohne entsprechende Firmenänderung vor dem 1. Januar 1900 eingetreten war. Das dürfte als unzweifelhafter Gesetzeswille zu betrachten sein.

§ 22.

§ 22. Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma aus-

drücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im § 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt. § 22.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.

Lit.: Simon in ZHR. 24, 91; Wolff in ZHR. 47, 247ff.; L. Cohn, Die Wirkungen des mat. Firmenrechts nach dem künftigen HGB., Gruchot 42, 46ff.; weitere Angaben bei Cosack § 14[15].

Die §§ 22—24 handeln **vom Übergang des Firmenrechts** auf eine andere Person („abgeleitete Firmen"). Die Möglichkeit eines solchen Überganges ist eine so weitgehende Ausnahme von dem Prinzip der Firmenwahrheit, daß — zumal auch im Hinblick auf die im § 21 zugelassene Ausnahme — bei keiner Firma mehr mit Sicherheit auf den Firmeninhaber geschlossen werden kann. So ist z. B. nicht mehr zu erkennen, ob der Inhaber einer Einzelfirma wirklich ein Einzelkaufmann und nicht vielmehr eine o. H. G. ist, und umgekehrt. Aber diese Unsicherheit und die damit verbundene Gefahr von Täuschungen müssen in den Kauf genommen werden, weil die Notwendigkeit der Erhaltung alter Firmen zum Schutze materieller und idealer Interessen, entsprechend „einer von alters her bestehenden, auf achtungswerten Beweggründen beruhenden Gewohnheit des deutschen Handelsstandes", die Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit gebietet (D. 35). Einleitung.

Hier ist der Fall **des Vollerwerbes des Geschäfts, des vollständigen Wechsels** der Firmeninhaber, behandelt, während im § 24 von dem teilweisen Wechsel der Firmeninhaber die Rede ist.

1. **Die Voraussetzungen des Firmenübergangs sind zweierlei:** Anm. 1.

a) **Der Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts**, und zwar des einem Vollkaufmann gehörigen.

α) **Einem Vollkaufmann** muß es gehören, weil das Firmenrecht auf Minderkaufleute keine Anwendung findet (§ 4). Wer also die Firma eines Minderkaufmanns kauft, erwirbt das Recht zur Führung des Namens des Minderkaufmanns für sein Geschäft nicht, und kann es auch nicht nachträglich durch Vergrößerung des Geschäfts oder sonstige Umwandlung in ein Vollkaufmannsgeschäft für sich begründen; in letzteren Fällen muß er eine ursprüngliche Firma wählen (KGJ. 13, 27; s. a. § 4 Anm. 23 und § 25 Anm. 6ff.).

Dagegen ist es gleichgültig, ob die Firma eingetragen ist oder nicht (KG. in KGJ. 5, 24; 13, 26; zust. Opet in ZHR. 49, 111), oder ob sie etwa schon gelöscht ist, wenn nur im Sinne unserer Ausführungen in Anm. 5 das Geschäft noch besteht (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1000). Wenn also ein Vollkaufmann nach § 1 sein Geschäft mit Firma veräußert, so muß dieser Übergang in das Handelsregister eingetragen werden, auch wenn die Firma bisher nicht eingetragen war. Bei Vollkaufleuten nach § 2 und § 3 Abs. 2 ist natürlich Eintragung Voraussetzung, weil bei diesen erst durch Eintragung die Kaufmannseigenschaft entsteht und nach unserer Ansicht (s. Anm. 17 zu § 2 und Anm. 16 zu § 3) durch Löschung verloren geht. Wer im letzteren Punkte anderer Ansicht ist, für den ist auch bei den Vollkaufleuten der § 2 und 3 Abs. 2 die Löschung der Firma kein absoluter Hinderungsgrund für den Übergang des Geschäfts mit Firma. Anm. 2.

Nicht genügend ist es zur Anwendung des vorliegenden Paragraphen, **daß der Veräußerer gemäß § 5 zufolge der Eintragung als Vollkaufmann gilt**, während er es in Wahrheit nicht ist. Düringer-Hachenburgs gegenteiliger Ansicht (I 109) vermögen wir uns nicht anzuschließen. Denn der so zu Unrecht Eingetragene hat kein wirkliches Firmenrecht und kann es also nicht veräußern (s. Anm. 5 zu § 5). Der Registerrichter kann ihn zur Löschung anhalten, ein Dritter in seinen Rechten Verletzter kann ihn auf Unterlassung des Firmengebrauchs und auf Löschung verklagen, wie sollte da die Veräußerung einer solchen Scheinfirma gültig sein? (zust. Theodor Cohn 56). Der Erwerber Anm. 3.

§ 22. einer Scheinfirma kann also kein Firmenrecht erwerben. Sein guter Glaube schützt ihn nicht (s. unten Anm. 6; vgl. auch über die Wirkungen im Verhältnis zu Dritten § 25 Anm. 7). Seine Umschreibung im Handelsregister darf nicht erfolgen und, solange sie nicht erfolgt, greift auch § 5 zu seinen Gunsten nicht Platz. Erfolgt sie aber, so ist er Formalkaufmann kraft Eintragung gemäß § 5, aber auch nicht mehr, nicht wahrer Vollkaufmann (s. § 5 Anm. 3). Erweitert er nunmehr sein Geschäft zu einem Vollhandelsgewerbe, so muß er eine ursprüngliche Firma wählen.

Ein Kaufmann, der **mehrere Geschäfte** mit mehreren Firmen (§ 13 Anm. 3, 4) betreibt, kann eines davon mit der Firma veräußern (KG. in OLGR. 4, 146; s. a. § 25 Anm. 1).

Anm. 4 β) **Ein Handelsgeschäft.** Unter dem Handelsgeschäft versteht man den Inbegriff alles dessen, was zum Betriebe des konkreten Handelsgewerbes gehört, oder, wie das Kammergericht (OLGR. 4, 146) es ausdrückt, den im betreffenden Handelsgewerbe steckenden Vermögenswert ausmacht (s. a. RG. in JW. 04, 99[28] und § 13 Anm. 3 und § 1 Anm. 32). Im weitesten Umfange gehören dazu: die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte, die sonstigen Verkehrsobjekte, z. B. Fabrikationsgeheimnisse, Kenntnis von Bezugs- oder Absatzquellen, die Beziehungen zu den Kunden, und die sog. Chancen des Geschäfts, d. h. die auf den bisherigen Betrieb, auf die durch ihn geschaffenen Beziehungen sich stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb (RG. 55, 125), selbst die Telegrammadresse (s. Anm. 25); auf der andern Seite gehören dazu die Verbindlichkeiten des Geschäfts. Über die Vererblichkeit des Handelsgeschäfts s. § 27 Anm. 1. — Die Veräußerung **eines Teils des Geschäfts** reicht nicht aus: es kann daher nicht ein Teil des Geschäfts mit dem Firmenrecht veräußert, ein anderer Teil mit dem Firmenrecht zurückbehalten werden, selbst bei Hinzufügung unterscheidender Zusätze (KGJ. 13, 28); auch nicht, wenn der veräußerte Teil einen einzelnen Geschäftszweig umfaßt (RG. 56, 189). Daß nicht alle Geschäftsbestandteile überzugehen brauchen, darüber näheres Anm. 6.

Ob auch eine Zweigniederlassung (§ 13 Anm. 3—5) ein Handelsgeschäft im Sinne unseres Paragraphen ist, darüber vgl. Anm.. 12 zu § 30.

Anm. 5. γ) **Ein bestehendes Handelsgeschäft.** Der Firmen-Übertragungsvertrag ist also ungültig, wenn das Geschäft aufgehört hat (dies ist auch der Fall bei gänzlich geändertem Geschäftsbetrieb: anstatt einer Maschinenfabrik ein Kommissionsgeschäft, RG. 1, 260; s. a. Anm. 10), oder wenn der Veräußerer selbst kein Handelsgeschäft betrieben hat (OTr. in Busch Arch. 20, 56 betr. die Firma Johann Maria Farina; ROHG. 6, 246; s. a. RG. 3, 120; 25, 1; endlich auch RG. 9, 1, in welchem Falle jemand einen Vermögenskomplex anschaffte zu dem einzigen Zwecke, um diesen mit seinem Namen als Firma auf einen andern zu veräußern). Hat aber der Veräußerer das Handelsgewerbe betrieben, so hört das Geschäft nicht unmittelbar mit dem Aufhören des Gewerbebetriebes (hierüber § 1 Anm. 25) zu bestehen auf. Das Geschäft besteht vielmehr so lange, als die zur Fortführung desselben geeigneten Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, selbst wenn der Inhaber zeitweilig aufgehört hat, diese weiter zu pflegen. Hebt doch das Gesetz auch den Fall des Erwerbs eines Geschäfts von Todes wegen hervor, in welchem sehr oft die Einstellung des Gewerbebetriebs eine Zeitlang eintreten wird. Erst wenn die Grundlagen des Geschäfts zerstört sind, kann man sagen: das Geschäft bestehe nicht mehr (RGSt. 25, 77). So hört das Handelsgeschäft durch den Eintritt der Liquidation nicht sofort zu bestehen auf, und deshalb besteht in diesem Falle die Möglichkeit der Veräußerung des Firmenrechts fort (zust. Allfeld 150). Auch durch den Konkurs hören die wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts nicht notwendig auf, sicherlich nicht, wenn das Geschäft fortgesetzt wird, so daß für diesen Fall § 22 unbedenklich anwendbar ist (Bolze 6 Nr. 169). Aber es kann auch trotz Schließung des Geschäfts durch die Konkursverwaltungsorgane das Verhalten des Gemeinschuldners derart sein, daß es die Absicht erkennen läßt,

das Geschäft wieder aufzunehmen, in welchem Falle gleichfalls § 22 anwendbar ist (zustimmend Lehmann-Ring Nr. 4, der mit Recht darauf hinweist, daß die Bestimmung des § 32 nur unter der Annahme des Fortbestandes der Firma im Konkursfalle verständlich ist; vgl. auch KGJ. 13, 37, wo nur die Formulierung nicht zutrifft, daß der Wille des Kaufmanns das allein entscheidende sei, da ja objektiv hinzukommen muß, daß die Wiederanknüpfung der alten geschäftlichen Beziehungen noch möglich, eine Zerstörung der wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts noch nicht eingetreten ist). Über die Firmenveräußerung im Konkurse und während der Liquidation vgl. noch unten Anm. 7.

Anm. 6.

δ) **Der Erwerb** eines Handelsgeschäfts. Hier ist der **Vollerwerb** gemeint im Gegensatz zu § 24, wo die gleiche Materie für den teilweisen Wechsel im Personalbestande der Inhaberschaft behandelt ist. Aus dem in Anm. 4 Gesagten folgt nicht etwa, daß zum Erwerb des Handelsgeschäfts der Übergang aller zu β aufgezählten Bestandteile, aller Aktiva und Passiva des Geschäfts gehört (RG. 9, 81—84; 25, 4). Es können auch einzelne dieser Bestandteile ausgeschieden werden, seien dies die ausstehenden Forderungen ganz oder zum Teil, seien es Warenvorräte, oder seien es auch die Passiva (RG. in JW. 96, 36 und 04, 99[26]). Doch muß ein Erwerb des Geschäfts im großen und ganzen vorliegen, nicht gerade in seiner Gesamtheit, sondern so, daß diejenigen Bestandteile des Handlungsvermögens übergehen, welche die Fortführung des Handelsbetriebes ermöglichen (s. Behrend § 37 Anm. 34; RG. 37, 178; Beispiele siehe bei Bolze 6 Nr. 169; 8 Nr. 156). Die Überlassung eines einzelnen von mehreren Geschäftszweigen (wenn z. B. der Vertrieb von Petroleum und von Beleuchtungskörpern beim Veräußerer vereinigt war) genügt nicht (RG. 56, 188); anders, wenn der überlassene Geschäftszweig den Hauptzweig des bisherigen Geschäfts darstellt (RG. in DJZ. 02, 202). Oft ist Überlassung der Chancen, der Möglichkeit zur Fortsetzung des Geschäfts die Hauptsache, während die zum Geschäfte gehörigen greifbaren Objekte von nebensächlicher Bedeutung sind (RG. 37, 178). Wird stipuliert, daß das Geschäft mit Firma übergehen solle, aber ohne Aktiva und Passiva, so wird dieser Vertrag für die Regel wirkungslos sein, es sei denn, daß etwa noch so viele von der Übertragung nicht ausgenommene Geschäftsbestandteile vorhanden sind, daß dies mit dem Begriff des Geschäftsübergangs verträglich ist (RG. in JW. 04, 99[26]).

Scheinerwerb genügt nicht (RG. 9, 1; vgl. Anm. 3).

Darüber, was im einzelnen als veräußert gilt, vgl. Anm. 22ff.

Der Erwerbsakt kann ein Geschäft unter Lebenden oder von Todes wegen sein. Ein zu einem Nachlaß gehöriges Handelsgeschäft kann auf Grund der Erbengemeinschaft, die an sich ohne dahingehende vertragliche Vereinbarungen keine o. H. G. unter den Erben begründet (s. a. Anm. 26 zu § 27 und Anm. 7, 40 zu § 105), unter der bisherigen Firma fortgeführt werden; die Änderung der Firmeninhaber bedarf (§ 31) der Eintragung (KG. in OLGR. 4, 454). Fortführung auf Grund der Erbengemeinschaft und eine dahingehende Eintragung ist nicht bloß für das Stadium der bloßen Abwicklung und Auseinandersetzung, sondern auch sonst zulässig; zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages kann der Registerrichter die Erben nicht zwingen. Die Eintragung ist, auch wenn Minderjährige unter den Erben sind, nicht von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abhängig (RJA. 2, 178). Beim Erwerb durch Testament kann z. B. der Fall der Universalerbschaft vorliegen (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 971), oder des Vermächtnisses (RG. 9, 81) oder der Vorerbschaft. Der Vorerbe bedarf zur Fortführung nicht der Zustimmung des Nacherben (§ 2112 BGB.). In dem häufigen Fall, daß die Witwe als Vorerbin — mit Verwaltungs- und Verfügungsrecht — eingesetzt ist, kann entweder sie das Geschäft mit Firma fortführen und als Inhaberin eingetragen werden (OLGR. 4, 456), oder es werden Witwe und Kinder mit dem Vermerk eingetragen, daß die Witwe die alleinige Vertretungsbefugnis hat (RJA. 2, 178); sind Minderjährige unter den Kindern, so ist trotzdem vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht er-

§ 22. forderlich (s. a. Marcus in DJZ. 01, 185). Ist irrtümlich auf Antrag der Witwe eine o. H. G. zwischen ihr und den Kindern, statt einer Erbengemeinschaft, eingetragen, so ist die o. H. G. auf Antrag der Witwe zu löschen und die Erbengemeinschaft einzutragen (RJA. 2, 181). — Durch Übereignung der Erbteile geht nicht von selbst das Recht zur Fortführung der Firma über, schon weil dieses Recht kein rein vermögensrechtliches ist und weil nur aus den begleitenden Umständen — im Streitfalle also nur durch den Prozeßrichter — entschieden werden kann, ob in der Übereignung der Erbteile die Zustimmung der Erben zur Fortführung der Firma zu finden ist (RG. in RJA. 5, 185: der als Inhaber der Firma M. F. eingetragene Erblasser war von seiner Witwe und 12 Kindern beerbt worden. Die Kinder hatten ihre Anteile notariell der Mutter verkauft und übereignet, bestritten ihr aber das Recht zur Fortführung der Firma; hierüber war im Prozeßweg zu entscheiden; s. a. Anm. 7).

Der Erwerbsakt kann aber nicht Ersitzung sein (RG. 25, 6), jetzt schon deshalb nicht, weil Firmenrechte keine Sachen sind (§§ 937, 90 BGB.).

Der Erwerbsakt ist für den Übergang des Firmenrechts nur dann wirksam, wenn der Erwerber das Firmenrecht hatte; guter Glaube hilft nicht (RG. 25, 4 und in JW. 03, 342[3]; s. auch § 37 Anm. 19). Der Fall des § 933 BGB. liegt nicht vor, weil die Firma keine bewegliche Sache ist (§ 90 BGB.).

Wird das Geschäft auf Grund von Pacht, Nießbrauch oder auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so gilt dies für die Anwendung des § 22 dem Erwerb gleich (Abs. 2); s. unten Anm. 15.

Die Person des Erwerbers („wer" — sagt das Gesetz) ist im allgemeinen gleichgültig. Daher kann eine o. H. G. oder eine Mehrheit von Personen das Geschäft eines Einzelkaufmanns, ein Einzelkaufmann das Geschäft einer o. H. G. mit der Firma kaufen. Eine Grenze liegt jedoch dort, wo die Fortführung der Firma zu Täuschungen führen würde. Hierüber und über den Erwerb der Firma von Aktiengesellschaften usw. vgl. unten Anm. 12. Staat und Kommunalverbände können abgeleitete Firmen nicht führen (§ 36).

Anm. 7. b) **Die ausdrückliche Zustimmung des Geschäftsinhabers** bzw. der Geschäftsinhaber, wenn es mehrere sind, oder ihrer Erben (in der Bedeutung von Universal-Sukzessoren; RG. in JW. 88, 220[7]) oder etwaiger Miterben. Der Vorgang ist nicht als Veräußerung eines Vermögensobjekts zu denken, als welches die Firma nicht zu betrachten ist, sondern als Bewilligung einer Namensführung (RG. in JW. 94, 317). Daher kann diese Bewilligung nicht durch Pfändung ersetzt werden, die Firma kann nicht zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung gemacht werden (RG. in JW. 02, 95[25]). Daher kann auch die Bewilligung im Konkurse des Kaufmanns nicht der Konkursverwalter, sondern nur der Gemeinschuldner erteilen (RG. 9, 106 und 58, 169 sowie in JW. 02, 95[25]; dagegen jedoch Dernburg I § 99[12] und Kohler, dort zitiert). Der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner müssen aber bei der Veräußerung zusammenwirken, jener kann nur das Geschäft, dieser nur die Firma veräußern (Bolze 6 Nr. 169; zust. Opet in ZHR. 49, 116; über die Wirkung Dritten gegenüber vgl. Anm. 1 zu § 25). Ebensowenig kann der Liquidator als solcher die Firma veräußern (vgl. Anm. 32 zu § 149). Wenn aber mit der Firma nicht ein Namensrecht verbunden ist, so können auch der Konkursverwalter und der Liquidator diese Genehmigung erteilen. Wenn also z. B. die Herren Engel und Pfeffer die Firma R. Schulze erworben haben, so kann der Liquidator oder der Konkursverwalter das Geschäft mit Firma (R. Schulze) veräußern. Nicht dagegen, wenn die Herren Engel und Pfeffer unter dieser Firma (Engel & Pfeffer) ein Geschäft betreiben. Auch bei juristischen Personen kann der Konkursverwalter und Liquidator die Firma nicht veräußern. Das Erfordernis der Zustimmung des Geschäftsinhabers wird hier in der Weise erzielt, daß dasjenige Organ, welches die Gesamtheit der Mitglieder der juristischen Person vertritt, seine Zustimmung gibt. Bei der Aktiengesellschaft liegt hierin eine Statutenänderung (vgl. für die G. m. b. H. — Staub GmbHG. Anm. 17 zu § 4). — Wenn das Geschäft durch Vermächtnis über-

geht, so ist die Zustimmung der Erben erforderlich; denn das Vermächtnis erzeugt nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben (§ 2174 BGB.), es sei denn, daß das Geschäft mit Firma vermacht ist. Wenn dagegen das Geschäft durch Erbschaft übergeht, so bedarf es keiner weiteren Zustimmung, sei es, daß nur ein Universalerbe vorhanden ist, dem das Geschäft zufällt, oder daß das Vermögen mehreren Erben zufällt, denn hierin liegt die Zustimmung des „bisherigen Geschäftsinhabers", nämlich des Erblassers. Die Witwe als solche braucht nicht zuzustimmen. Der Nachlaßpfleger kann das Geschäft mit der Firma veräußern, er vertritt die Erben auch nach dieser Richtung. — In der Übereignung der Erbteile liegt nicht notwendig die Zustimmung (s. Anm. 6). **§ 22.**

Zur ausdrücklichen Zustimmung gehören nicht etwa ausdrückliche Worte, sondern die für die ausdrücklichen Erklärungen überhaupt notwendigen Erfordernisse (RG. in JW. 88, 220[7]). Zur Anmeldung ist aber die vorgeschriebene Form erforderlich (§ 12; vgl. jedoch § 12 Abs. 2). Erwerb des Geschäfts und Zustimmung zur Firmenführung müssen gleichzeitig erfolgen (KGJ. 13, 30; 15, 12), worunter allerdings nicht gerade eine unitas actus oder sonstige Gleichzeitigkeit im wörtlichen Sinne zu verstehen ist, aber doch ein gewisser zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang (Makower I 52; anders wohl auch nicht Bolze 8 Nr. 156).

c) Die **Fortführung des Geschäfts** durch den Erwerber (RG. in JW. 02, 186[25]; s. a. Anm. 10). Anm. 8.

2. **Die Wirkungen des Firmen-Übergangs sind:**

a) **Die Befugnis der Geschäftsfortführung unter der bisherigen Firma.** Anm. 9.

α) **Die Befugnis.** Nur ein Recht, nicht eine Pflicht normiert das Gesetz. Der Gebrauch des eigenen Namens als Firma ist dem Geschäfts- und Firmenerwerber nicht verwehrt, auch wenn er erst nachträglich — nach Wahl der fremden Firma — auf den eigenen Namen zurückgreift. Zwar kann auch die Pflicht zur Führung der bisherigen Firma vertraglich festgesetzt sein. Allein an der Innehaltung einer solchen Pflicht ist das öffentliche Interesse nicht beteiligt, nur der Veräußerer kann auf Erfüllung einer solchen Pflicht beharren, kein Dritter und nicht der Registerrichter (zust. Opet in ZHR. 49, 121). Es ist ferner anzunehmen, daß, wer nach dem Firmenerwerb zunächst seinen Familiennamen als Firma gebraucht hat, doch auf die erworbene Firma zurückgreifen kann (OLG. Dresden in ZHR. 37, 530; BayObLG. in OLGR. 1, 183; a. A. Opet a. a. O.).

β) **Die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma** ist der Inhalt der hier gesetzlich normierten Befugnis. Einerseits liegt darin das Recht der Führung des fremden Namens als Firma nach Maßgabe der Berechtigung des Vorgängers (KGJ. 24 A S. 166). Nicht bloß der Veräußerer und der Registerrichter haben dieses Recht zu respektieren, sondern es greift auch in fremde Namensrechte ein, da auch dem Dritten, der sonst ein Recht auf Untersagung dieser Namensführung hätte, dies infolge des § 22 genommen ist. Nur kann dem Erwerber nicht das Recht eingeräumt werden, eine Firma zu führen, die der Veräußerer hätte führen dürfen, aber tatsächlich nicht geführt hat (RG. bei Holdheim 13, 228). Andererseits besteht das Recht nur in der Führung der Firma „für das Geschäft", also bei Fortführung des Geschäfts; gestattet ist dem Erwerber nicht die Fortführung der Firma ohne Fortführung des Geschäfts. Der Erwerber kann daher nicht das Geschäft aufgeben und für ein neues die erworbene Firma führen (RG. 1, 261; Förtsch Anm. 1 zu Art. 24; KG. im Recht 05, 48; anders N. N. in ZHR. 26, 1). Doch braucht das fortgeführte Geschäft nur im wesentlichen auf den alten Grundlagen zu beruhen, es muß — wie man es auszudrücken pflegt — die Kontinuität des Unternehmens gewahrt werden (RG. in JW. 02, 186[25]); die Kontinuität ist z. B. gewahrt, wenn früher nur der Druck von Düten, jetzt der von Büchern den Gegenstand des Geschäfts bildet (RG. a. a. O.). Völlige Identität ist keineswegs erforderlich, insbesondere bedingen quantitative Veränderungen, Erweiterungen und Verringerungen des Geschäftsbetriebes, sollten diese auch in Zuführung neuer Artikel oder in Abschaffung alter bestehen, nicht den Untergang des Firmenrechts (RG. 46, 152). Anm. 10.

§ 22. Ja sogar eine völlige Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ist dann **ohne Nachteil**, wenn sie allmählich erfolgt und die Kontinuität nicht unterbrochen ist (Cosack § 16 S. 64; Olshausen in der bei § 37 zit. Schrift 64; Makower I 53; hierfür spricht auch die Begründung des RG. [46, 152], welches unter den gleichen Voraussetzungen eine „wesentliche Umgestaltung" zuläßt; abweichend Düringer-Hachenburg I 110; Goldmann I 94).

Anm. 11. b) **Die Fortführung der Firma kann unverändert oder mit Nachfolgerzusatz geschehen.**

Unverändert (abgesehen vom Nachfolgerzusatz) ist die Firma vom Erwerber zu lassen; insbesondere darf er weder einzelne Teile ausscheiden (RG. in JW. 00, 552⁴; vgl. a. § 18 Anm. 8 a. E.) noch andere Zusätze, als solche, die das Nachfolgeverhältnis andeuten, beifügen, auch wenn sie unwesentlich sein sollten (KG. bei Holdheim 8, 102, z. B. „Fahrradfabrik" statt „Velocipedfabrik"). Die Firma darf auch nicht durch Ausschreibung eines bisher unausgeschriebenen Vornamens („Theodor H." statt „Th. H.") oder umgekehrt geändert werden (KG. in RJA. 4, 105). Indes hat die Praxis die Neigung, allzu formalistisch zu sein (s. a. § 25 Anm. 4). Änderungen sind auch nicht mit Zustimmung des bisherigen Geschäftsinhabers zulässig (OLG. Rostock in RJA. 4, 158; abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 8). Der gesetzgeberische Grund, nämlich die Rücksicht auf die Erhaltung alter Firmen im Interesse des Kredits und der Ehre rechtfertigt nur den Fortbestand der erworbenen Firma in ihrer unveränderten Fassung.

Gestattet ist der Nachfolgerzusatz (z. B. „Erben", „Söhne"). Ein sehr gebräuchlicher Nachfolgerzusatz ist das Wort „Nachfolger", doch ist es nicht sakrosankt. Beispiele: Albert Müllers Nachfolger, oder Christian Schulzes Nachfolger Paul Hengstenberg, oder Fritz Schloßmann vorm. F. Hennig & Co. Aus den letzten beiden Beispielen ist ersichtlich, daß trotz Hinzufügung des eigenen Namens die Fortführung der bisherigen Firma vorliegt (a. A. Opet in ZHR. 49, 123), und daß die örtliche Anordnung gleichgültig ist. Aus dem Beispiel: Fritz Schloßmann vorm. F. Hennig & Co. ergibt sich ferner, daß der Zusatz „vorm. N." unzulässig ist, wenn das Geschäft **ohne** Firma erworben ist, weil in dem Zusatz „vorm. N." ein Gebrauch der Firma des früheren Inhabers liegt (BayObLG. in OLGR. 10, 229). Den Nachfolgerzusatz kann der Erwerber auch ablegen oder der Sachlage entsprechend abändern; beispielsweise kann bei einer Gesellschaftsfirma mit Nachfolgerzusatz — „A. K., Nachfolger G. & S." — der nach dem Ausscheiden seines Mitgesellschafters einzig noch vorhandene Gesellschafter G. die Ersetzung der Namen G. & S. durch seinen Namen V. G. bewirken, so daß die Firma lautet: „A.-K., Nachfolger V. G." (BayObLG. in RJA. 1, 47). — War aber in die Fortführung der Firma nur mit dem Nachfolgerzusatz gewilligt, so darf dieser später nicht fortgelassen werden (ROHG. 14, 187).

Nicht zulässig ist es, bei der Vereinigung zweier Geschäfte — sei es, daß ein Einzelkaufmann ein zweites Geschäft hinzuerwirbt, oder daß zwei Kaufleute ihre Geschäfte vereinigen —, eine aus den beiden Firmen kombinierte Firma zu führen. Bei einer Vereinigung z. B. der beiden Geschäfte in Firma Adolf Emden Erben und in Firma Julius Sonnemann darf die neue Firma nicht lauten: „Adolf Emden Erben und Julius Sonnemann." Vielmehr kann nur eine der beiden Firmen gewählt oder eine neue Firma nach dem Prinzip der Firmenwahrheit gebildet werden (§ 25 Anm. 4; vgl. auch RG. 50, 120, welches die Frage unentschieden läßt).

Anm. 12. c) Das Fortführungsrecht der Firma hat seine Grenzen dort, wo diese Fortführung **direkter Täuschung** dienen würde. Aus diesem Grunde gelten **Besonderheiten bei dem Übergang der Firma von und auf Gesellschaften.**

Erwirbt ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft von einer Aktiengesellschaft, in deren Firma sich diese Bezeichnung („AG.") nicht befindet (z. B. „Deutsche Globe, Hufnagelgesellschaft"), ein Handelsgeschäft, so kann die Fortführung der Firma unverändert oder mit einem Nachfolgerzusatz unbedenklich erfolgen (RG. 15, 110) Ebenso

wird man, wenn sich in der Firma einer Aktiengesellschaft die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" befindet, gestatten müssen, die Firma der Aktiengesellschaft fortzuführen unter Weglassung der Bezeichnung „Aktiengesellschaft". So können z. B. der Einzelkaufmann oder eine o. H. G., die das Geschäft der Berliner Paketfahrt-Aktiengesellschaft kaufen, nunmehr firmieren: „Berliner Paketfahrt". Darin liegt keine Täuschung, jedenfalls keine größere, als wenn ein Einzelkaufmann eine sonstige Gesellschaftsfirma erwirbt und fortführt (vgl. auch Anm. 16 zu § 182). Ob die Fortführung der Firma auch **mit** der Bezeichnung Aktiengesellschaft und ohne Nachfolgerzusatz erfolgen kann, hat das Reichsgericht a. a. O. unentschieden gelassen. Für die Verneinung spricht die allgemeine, nunmehr vom Gesetzgeber angenommene Erwägung, daß die ausdrückliche Hervorhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses in der Firma nicht vorkommen darf, wenn das Sachverhältnis anders liegt, da eine Firma nicht Täuschungszwecken dienen soll (zust. Cohn bei Gruchot 42, 48; Gierke § 23 [a]). § 22.

Die umgekehrte Frage, ob eine bestehende Aktiengesellschaft — alle Ausführungen hier gelten auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien — die Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft erwerben und fortführen kann, ist insofern zu bejahen, als es zulässig ist, daß die Aktiengesellschaft ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze hinzufügt, oder die erworbene Firma (mit dem Zusatze Aktiengesellschaft) durch Statutenänderung als einzige Firma annimmt (**vgl. Abs. 1 Satz 2 unseres Paragraphen**). Sie ist aber insofern zu verneinen, als es nicht zulässig ist, daß sie **neben** ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma führt. Vereinigt sich das neu erworbene Geschäft mit dem bisherigen, so folgt die Verneinung schon aus anderweit entwickelten Gründen, die auch für den Einzelkaufmann gelten (vgl. Erl. zu § 17, insbes. Anm. 3). Aber auch wenn das neu erworbene Geschäft getrennt betrieben wird, stehen der doppelten Firmenführung durch die Aktiengesellschaft die für diese geltenden Sonderbestimmungen entgegen (§ 182 Nr. 1 u. dort Anm. 16), die deutlich erkennen lassen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Aktiengesellschaft nur **eine** Firma haben darf. Es kann den Aktionären einer Aktiengesellschaft nicht überlassen bleiben, das Statut dahin zu ändern, daß die Gesellschaft zwei oder gar mit demselben Rechte hundert verschiedene Firmen führen soll. (Gleicher Ansicht Ring 184; KG. in KGJ. 12, 22 und 20 A S. 39; OLG. München bei Holdheim 3, 35; dagegen Behrend § 34 Anm. 33; Opet in ZHR. 49, 66; Hinsberg bei Holdheim 6, 254.) Zulässig ist aber, daß eine AG. (oder eine Ges. m. b. H.) ein bestehendes Geschäft mit dem Firmenrecht erwirbt und **sofort** weiterveräußert (RG. in DJZ. 02, 202).

Die vorstehenden Ausführungen gelten übrigens auch von der G. m. b. H. (KGJ. 14, 34), ebenso von der o. H. G. und von der Kommanditgesellschaft; auch diese können nur **eine** Firma haben (vgl. a. § 17 Anm. 3), und daher zwar ein Handelsgeschäft mit Firmenrecht erwerben, diese letztere Firma aber nur führen, wenn sie die frühere Firma aufgeben (vgl. § 105). Erwirbt eine o. H. G. das Geschäft eines Einzelkaufmanns und soll die bisherige Firma des Einzelkaufmanns fortgeführt werden, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß als Inhaber der Firma die Gesellschafter selbst (**nicht** die o. H. G.) eingetragen werden (RG. in RJA. 3, 14). Ebenso kann ein Einzelkaufmann, der das Geschäft einer o. H. G. oder einer Kommanditgesellschaft kauft, nicht die Bezeichnung o. H. G. oder Kommanditgesellschaft in seiner Firma führen.

c) **Die Befugnis zur Weiterveräußerung der Firma ferner zu ihrer Verwendung bei Zweiggeschäften.** Die Genehmigung zur Fortführung der Firma ist, auch wenn nur die Person des Erwerbers als zur Fortführung berechtigt genannt ist, im **Zweifel** als erteilt anzusehen, **solange das Geschäft weiter** betrieben wird, sei es auch in dritter Hand (Bolze 6 Nr. 170; RG. 56, 189 und in JW. 02. 186[25]). Der Firmenerwerber (auch der von Todes wegen) hat also im Zweifel auch das Recht der Veräußerung des Firmenrechts; auch darf er einen Gesellschafter aufnehmen und das Gesellschaftsgeschäft unter der er- Anm. 18.

§ 22. worbenen Firma weiterführen. Auch darf er Zweigniederlassungen unter der Firma gründen, sie ferner unter der erworbenen Firma zu selbständigen Geschäften erheben, auch mit der Firma veräußern (KGJ. 18, 26; BayObLG. in OLGR. 3, 406; zust. Opet 122).

Doch kann der Vertrag (oder die Verfügung von Todes wegen) in allen diesen Hinsichten beschränktere Rechte im Auge haben. Als regelmäßige Willensmeinung wird es bei der Veräußerung z. B. gelten müssen, daß die den Namen des früheren Inhabers enthaltende Firma nur für das einheitlich übertragene Geschäft gebraucht werden kann und ihre Vervielfältigung durch Abzweigung von Teilen des Geschäfts unter Übertragung der Teile mit der erworbenen Firma ohne Zustimmung des früheren Inhabers unzulässig sein soll (KG. in OLGR. 4, 462 und 7, 147). So wird ferner z. B. wenn ein Kaufmann unter Fortführung des Hauptgeschäfts mit Firma eine Zweigniederlassung mit Firma veräußert, hiermit wohl nur dem Erwerber das Recht gewährt sein, für dieses Geschäft die Firma zu führen.

Insbesondere ist auch eine Überlassung der Firma auf Zeit oder für die Person des Erwerbers möglich (RG. in JW. 88, 331[12]; vgl. auch Anm. 15).

Anm. 14. d) Endlich verliert der Veräußerer die Befugnis zur Führung der Firma. Sollte sie auch seinen bürgerlichen Namen tragen, so darf er ihn doch bei dem Betriebe eines neuen Geschäftes nicht benutzen, vielmehr muß er dazu eine Firma wählen, die sich von der veräußerten deutlich unterscheidet und auch dem sonstigen Inhalt des Veräußerungsvertrags entspricht. Das gilt natürlich alles auch dann, wenn eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Firma fortführt mit dem Zusatze „Aktiengesellschaft", „Gesellschaft mit beschränkter Haftung". Irrtümer nach dieser Richtung entstehen dadurch oft, daß die Registerrichter bei der Einbringung von Geschäften mit der Firma in neu gegründete Gesellschaften der gedachten Art die bisherige Firma löschen, anstatt sie zu übertragen.

Desgleichen darf auch niemand anders unter der betreffenden Firma an demselben Orte ein Geschäft eröffnen.

Gelangen Geschäft und Firma an den alten Inhaber zurück (s. Anm. 15), so darf er die alte Firma, aber ohne Nachfolgerzusatz führen (Lehmann-Ring Nr. 11).

Anm. 15. 3. **Besonderes über den Geschäftsübergang durch Pacht oder Nießbrauch** (Abs. 2; Lit: Schönewald, über die Verpachtung von Handelsgeschäften, Hannover 1904).

a) Dieses Verhältnis, das im Absatz 2 unseres Paragraphen anerkannt wird und dessen Zulässigkeit auch nach den Grundsätzen des BGB. keinem Zweifel unterliegt (vgl. Dernburg III §§ 182 und 194), ist ein Unterfall des Rechts zur Fortführung des Geschäfts mit Firma auf Zeit (vgl. Anm. 13, 14). Nach Absatz 2 finden die Vorschriften des Absatzes 1 entsprechende Anwendung. Danach ist es auch **Voraussetzung des Absatz 2**, daß der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen (Anm. 7). Im Falle des Abs. 2 wird nicht das Eigentum, sondern ein Gebrauchsrecht an Geschäft und Firma überlassen Pächter oder Nießbraucher sind als Inhaber des Geschäfts einzutragen und haben die Pflicht zur Anmeldung, da sie das Geschäft „betreiben" (Feder in DJZ. 04, 118; Goldmann I 96; vgl. über „betreiben" § 1 Anm. 15ff.). Pächter oder Nießbraucher können gleichfalls die bisherige Firma unverändert oder mit einem Nachfolgerzusatz führen. Aber der Pächter, z. B. eines Restaurants, darf seiner Firma nicht den Namen desjenigen, der vor ihm Pächter war („früher Schön") hinzufügen, OLGR. 10, 228.

Anm. 16. b) **Die Wirkungen sind folgende.** Die zurzeit vorhandenen Forderungen gehen im Verhältnis der Kontrahenten im Zweifel auf Pächter oder Nießbraucher über (vgl. Anm. 22ff.). Dem Schuldner gegenüber aber gilt der Pächter und Nießbraucher zwar nicht in direkter, aber in analoger Anwendung des § 25 auf jeden Fall als der legitimierte Gläubiger hinsichtlich der bisherigen Forderungen, es sei denn, daß der § 25 Abs. 2 Platz greift. Diese Legitimation zur Einziehung der Forderungen dem dritten Schuldner gegenüber geht über die Befugnisse des Zivilrechts hinaus (§ 1074 BGB.; s. Düringer-Hachenburg I 112).

— Für die bisherigen Schulden des Geschäfts haften Pächter und Nießbraucher ebenfalls nach Analogie des § 25 dem Dritten gegenüber, wie schon die vom Gesetz beobachtete Rücksicht auf die Verkehrssicherheit gebietet. Ob diese Schulden im Verhältnis der Kontrahenten auf sie übergehen, hängt von dem Vertrage ab; im Zweifel wird auch dies anzunehmen sein. Alles nach Analogie der Grundsätze für Abs. 1 (vgl. Anm. 22ff.). Die nach der Übernahme im Geschäftsbetriebe entstehenden Forderungen gehören dem Pächter oder Nießbraucher. Die nach der Übernahme entstehenden Schulden sind seine Schulden, wobei zu beachten ist, daß das Geschäftsvermögen, sofern es nicht kraft Vertrages oder Gesetzes sein Eigentum wurde (s. Anm. 17), nicht haftet. § 22.

c) „Die körperlichen Aktiven" des Geschäfts (Düringer-Hachenburg I 112) werden nicht Eigentum des Pächters oder Nießbrauchers. Dies wird sich besonders auf diejenigen Gegenstände beziehen, die zum dauernden Gebrauch für das Geschäft bestimmt sind. Dagegen erwirbt der Nießbraucher das Eigentum an den verbrauchbaren Sachen, wozu auch das Warenlager gehört (§ 92 BGB.) schon kraft Gesetzes (§ 1067 BGB.), während bei der Pacht dies von dem Inhalt des Vertrages abhängen wird. Meist werden die verbrauchbaren Gegenstände verkauft, oder es wird vereinbart, daß beim Ende des Vertrages nur ihr Wert oder gleichartige Gegenstände im gleichen Werte zurückzuerstatten seien. In solchen Fällen geht das Eigentum auf den Pächter über. Anm. 17.

Wird für Schulden des Pächters oder Nießbrauchers in Gegenstände gepfändet, die nicht in sein Eigentum übergegangen sind, so kann der Eigentümer nach allgemeinen Grundsätzen der Pfändung widersprechen.

d) **Nach beendeter Pacht oder beendetem Nießbrauch** fällt das Geschäft mit der Firma an den Verpächter oder den sonst Berechtigten zurück. Hier ist die analoge Anwendung der für Abs. 1 ausgeführten Grundsätze, namentlich auch des § 25 ausgeschlossen. Denn in diesem Rückfall ist kein „Erwerb" des Geschäfts zu finden (so mit Recht Düringer-Hachenburg I 113; Goldmann 97; a. M. Staub 6./7. Aufl. Anm. 25). Anm. 18.

e) Ein **„ähnliches Verhältnis"** ist die Antichrese (§§ 1213, 1273 BGB.; vgl. L. Cohn bei Gruchot 42, 49). „Ein ähnliches, wenngleich in manchen Zügen mehr abweichendes, Verhältnis liegt ferner beim ehemännlichen und elterlichen Nutznießungsrecht vor. Doch greifen hier Besonderheiten Platz (vgl. Allg. Einleitung Anm. 46ff., 68 und Düringer-Hachenburg I 111ff.). Es sei hier auf folgende Punkte hingewiesen: Die ehemännliche Nutznießung und die elterliche Nutznießung geben an sich gesetzlich nicht das Recht der Überschreibung der Firma auf den Namen des Gewalthabers (§§ 1375, 1383, 1649ff.). Es fallen also die aus der Fortführung der Firma sich ergebenden Rechtsfolgen hier weg. Hinsichtlich eines der elterlichen Nutznießung unterliegenden im Namen des Kindes betriebenen Erwerbsgeschäfts gebührt nach § 1655 BGB. dem elterlichen Teile der sich aus dem Betriebe ergebende jährliche Reingewinn. Anm. 19.

Zusatz 1. Die Form eines Vertrages über Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäfts. Es fragt sich, ob dieses Rechtsgeschäft unter § 311 BGB. fällt und demgemäß der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf. Unter diesen Paragraphen fällt ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen (oder mit einem Nießbrauch zu belasten). Ein solcher Fall liegt vor, wenn eine juristische Person ihr gesamtes Vermögen oder einen Bruchteil desselben veräußert, also z. B. in den Fällen der §§ 303 ff. HGB. Der Fall liegt nicht vor, wenn ein Einzelkaufmann sein Geschäft veräußert oder ein Gesellschafter sein Geschäft in eine offene Handelsgesellschaft einbringt (vgl. § 105 Anm. 41). Das Geschäft ist nicht das ganze Vermögen des Einzelkaufmanns, sondern nur ein Bestandteil desselben. Sein Mobiliar, seine Garderobe, einiges bares Geld zum Leben verbleiben ihm in solchem Falle stets. Der § 311 greift aber nur Platz, wenn das Vermögen in seiner Gesamtheit oder ein Bruchteil veräußert wird, nicht wenn einzelne Gegenstände veräußert werden, selbst wenn diese zusammengenommen den weitaus größten Teil des Veräußerers bilden. Der § 311 BGB. will, wie die Motive ergeben, nur diejenigen Fälle treffen, Anm. 20.

22. in denen gewissermaßen eine antizipierte Erbfolge vorliegt, damit die erschwerte Form Schutz vor Übereilung biete. — Wenn eine offene Handelsgesellschaft ihr Geschäft veräußert, so liegt ein Fall des § 311 BGB. nicht vor; denn sie ist keine juristische Person. Die Veräußerer sind die Gesellschafter, und deren ganzes Vermögen bildet nicht das Geschäft der von ihnen gebildeten Gesellschaft. Anders Cohn (bei Gruchot 42, 56), weil das Geschäft der Gesellschaft als Vermögensmasse eine selbständige Bedeutung besitze. Aber nicht auf die selbständige Bedeutung der Vermögensmasse ist hier Gewicht gelegt, sondern darauf, daß diese Vermögensmasse das ganze Vermögen einer Person oder einen Bruchteil desselben bildet.

Im übrigen gelten für die Vertragsform die Vorschriften des BGB. Für die Regel also gilt Formfreiheit. Ausnahmen dann, wenn durch Rechtsgeschäfte eine Form bestimmt ist (§ 125 Satz 2 BGB.), oder wenn das Wesen des abzuschließenden Vertrages (des Kausalgeschäfts) die Beobachtung gewisser gesetzlicher Formen erfordert (z. B. weil sich der Vertrag über die Geschäftsveräußerung als Schenkungsvertrag — § 518 BGB. — oder als Erbschaftskauf — § 2371 BGB. — charakterisiert), oder wenn dies nötig wird, weil gewisse Bestandteile, z. B. **Grundstücke**, zu dem zu übertragenden Handelsgeschäft gehören. Im letzteren Falle muß § 313 BGB. beobachtet werden; sonst wird das ganze Geschäft nichtig sein, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstücke vorgenommen sein würde (§ 139 BGB.; näheres bei Goldmann I 92).

Anm. 21. **Zusatz 2. Die materiellen Grundsätze bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts, insbesondere die Wirkungen der Geschäftsveräußerung unter den Kontrahenten selbst.**

Der vorliegende Paragraph gedenkt des Übergangs eines Handelsgeschäfts nur als Voraussetzung für den Firmenübergang. Mit der materiellen Seite der Geschäftsveräußerung beschäftigt sich dieser Paragraph nicht. Zwei materielle Rechtsfolgen der Geschäftsveräußerung sind im § 25 behandelt, nämlich die Frage nach der Haftung des Geschäftsübernehmers für die Geschäftsschulden gegenüber den Gläubigern und nach dem Verhältnis der Geschäftsschuldner zum Geschäftsübernehmer. Alle übrigen materiellen Fragen, die bei der Geschäftsveräußerung auftauchen, also **insbesondere die Wirkungen der Geschäftsveräußerung unter den Kontrahenten selbst**, sind im HGB. selbst nicht behandelt. Sie werden im folgenden erörtert:

A. **Die Aktiva des Geschäfts.**

Anm. 22. 1. Was gilt als veräußert, wenn ein Handelsgeschäft veräußert wird? Aus dem in Anm. 6 Gesagten ergibt sich, daß zur Veräußerung eines Handelsgeschäfts nicht notwendig der Übergang aller, sondern nur der zur Führung des Geschäfts wesentlichen Bestandteile gehört. Was von Bestandteilen in concreto als veräußert gilt, darüber entscheidet der Veräußerungsvertrag.

Anm. 23. Der Inhalt solcher Veräußerungsverträge ist aber dahin auszulegen, daß alles das als veräußert gilt, was nicht besonders ausgenommen ist (RG. in JW. 92, 59 [12]). Denn die Verfügungen über eine Sache ergreifen ihre Bestandteile von selbst. Deshalb ist auch ein Zweiggeschäft mitgetroffen, wenn ein Geschäft veräußert wird (RG. in JW. 91, 572 [6]). Denn es ist nur ein Zubehör des Hauptgeschäfts (RG. 38, 263), zwar nicht im eigentlichen Sinne des § 97 BGB., da hiernach nur die beweglichen Sachen, die in räumlicher Verbindung mit der Hauptsache stehen, als Zubehör gelten, wohl aber in dem weiteren Sinne der rechtlichen und wirtschaftlichen Zugehörigkeit (s. Anm. 13 u. 16 zu § 13).

Anm. 24. 2. Insbesondere gelten auch **außenstehende Forderungen** als mitveräußert, wenn ihre Ausscheidung nicht vereinbart ist (Cosack § 14 [18], RG. in JW. 92, 59 [12]). Das bezieht sich aber nur auf die geschäftlichen Forderungen, d. h. auf die „im Handelsbetriebe begründeten Forderungen“ (vgl. den Ausdruck im § 25). Hierzu ist jedoch der Anspruch auf einen Lotteriegewinn zu rechnen, wenn das Los aus der Geschäftskasse bezahlt ist (dies gegen L. Cohn bei Gruchot 42, 57). Es bezieht sich nicht auf Privatforderungen des Veräußerers, z. B. nicht auf private Gefälligkeitsdarlehen, auf Ansprüche wegen Rückgabe verliehener Lesebücher. Auch die Vermutungen des § 344 sind hier in Anwendung zu bringen (vgl. Anm. 7 und 13

zu § 344, besonders aber Wolff in ZHR. 47, 257ff.). Auf die Geschäftsforderungen bezieht sich die Veräußerung ohne Rücksicht darauf, ob sie auf Vertrag beruhen, z. B. auch auf den Anspruch aus Patentverletzung, Nachdruck, Unterschlagung (vgl. ROHG. 1, 37), ferner auf Forderungen der Gesellschaft an die Gesellschafter (z. B. auf Rückgewähr zu viel entnommenen Gehalts; Bolze 11 Nr. 380); nicht aber auf bloße Aufträge, auch wenn sie angenommen sind, denn erst durch die Ausführung des Mandats entsteht ein Anspruch des Mandatars (für das frühere Recht Bolze 9 Nr. 333; jetzt auch § 664 Abs. 2 BGB.). Im einzelnen Falle kann auch hier Übertragbarkeit und Übertragungswille vorliegen, doch müssen hierfür besondere Umstände dargetan werden. **§ 22.**

Mit den Forderungen gehen auch die Sicherungsrechte über (§ 401 BGB.; vgl. hierüber Anm. 27).

3. Auch die **Telegrammadresse** gilt als mitveräußert (§ 17 Anm. 7; zust. Heyden in DJZ. 00, 92), ebenso der **Etablissementsname** (Anm. 6 zu § 17), das **Warenzeichen** (RG. in JW. 04, 99[26]). Auch **Preismedaillen** und **Ehrendiplome** von gewerblichen Vereinigungen oder Behörden für **geschäftliche** (nicht für persönliche) Leistungen gelten als mitveräußert, wenn die rechtliche Natur der Auszeichnung nicht entgegensteht (OLG. Dresden in ZHR. 40, 446). — Das Prädikat „**Hoflieferant**" oder andere Hofprädikate gehen in **Preußen** nicht mit der Firma auf etwaige Geschäftsnachfolger über, weil sie nur als der Person verliehen gelten (KG. in KGJ. 23 A S. 209). Anm. 25.

4. **Die Handelsbücher** gehen mit über, so weit sie zur Fortsetzung der geschäftlichen Beziehungen notwendig sind, also zunächst immer, wenn Aktiva und Passiva mit übernommen werden (ROHG. 19, 419; vgl. auch § 402 BGB.), im übrigen dann und insoweit als der Erwerber sie zu seiner Information gebraucht. Dabei ist aber hervorzuheben, daß der Übernehmer, auch wenn er Aktiva und Passiva nicht übernimmt, dennoch die wesentlichsten Handlungsbücher nicht wird entbehren können, um die Beziehungen des Geschäfts fortzusetzen, um sich über die Kunden und die Gläubiger, die Abnehmer und Lieferanten, ihre Bonität und ihr Geschäftsgebaren auf dem Laufenden zu erhalten und danach zu beurteilen, wie der Geschäftsverkehr mit ihnen weiter zu pflegen ist (ROHG. 7, 74). Ein bloßes Kunden- oder Gläubigerverzeichnis wird hierzu regelmäßig nicht genügen. Die Gefahr, auf die Simon in ZHR. 24, 122 hinweist, der Erwerber könne hierdurch mit seiner gesetzlichen Aufbewahrungspflicht in Konflikt geraten, dürfte nicht vorhanden sein, wenn der Kaufmann seine Handlungsbücher seinem Geschäftsnachfolger überläßt, der selbst das erheblichste Interesse an der Verwahrung der Bücher hat; darin läge wohl auch keine schuldhafte Verletzung der Aufbewahrungspflicht. Anm. 26.

5. **Die Wirkung der Veräußerung hinsichtlich der Aktiven** ist, daß das Geschäft übergeben, d. h. der Erwerber in die Lage gesetzt werden muß, dasselbe fortzuführen: die Mobilien müssen übergeben, die Grundstücke aufgelassen, die Wechsel indossiert, etwaige Patente umgeschrieben werden, und hinsichtlich der geschäftlichen Chancen muß der Erwerber in die Lage versetzt werden, sie ungehindert, insbesondere ohne Störung durch den bisherigen Geschäftsinhaber, auszubeuten. Infolgedessen kann er z. B. auch verlangen, daß ihm die an das Geschäft gelangenden Postsendungen ausgehändigt werden, selbst wenn die Firma bei der Übernahme des Geschäfts gelöscht sein sollte (RG. 55, 125). Anm. 27.

Hinsichtlich der Forderungen liegt in dem Veräußerungsvertrage eine genügende Abtretung (ROHG. 2, 155; Bolze 1 Nr. 312). In Zirkularen, die von beiden Teilen unterschrieben und an die Schuldner versandt werden, liegt eine genügende Anzeige (RG. in JW. 90, 375[18]), falls nur der Übergang der Forderung daraus hervorgeht; aber eine generelle Anzeige des Geschäftsübergangs genügt diesem Erfordernisse nicht (Cosack § 14 S. 54). Liegt eine genügende Anzeige in der Fortführung des Geschäftes mit Firma? (Hierüber s. Anm. 16 zu § 25). Mit der Abtretung gehen auch die Rechte aus Bürgschaften und Pfandrechten über (§ 401 BGB.). Wo zur Abtretung eine besondere Form erforderlich ist, wie bei der **Verkehrshypothek** (§ 1154 BGB.), da liegt in dem dieser Form nicht entsprechenden

§ 22. Veräußerungsvertrage die Abtretung noch nicht, sondern nur das pactum de cedendo. Bei der Kautionshypothek kann zwar die Forderung ohne die Hypothek formlos übertragen werden, doch gilt alsdann die Hypothek nicht als übergegangen (§ 1190 Abs. 4 BGB.); sie bleibt dem bisherigen Geschäftsinhaber für etwaige weitere Forderungen aus dem gesicherten Verhältnis und, wenn diese nicht vorhanden sind, geht sie als Höchsthypothek auf den Eigentümer über (Neumann § 1190[5]; Turnau-Förster I 835). Diese Trennung der Forderung von der Kautionshypothek gilt im Zweifel nicht als beabsichtigt. Gehört daher die Kautionshypothek zu den Geschäftsaktiven, so gelten auch die bisher entstandenen Forderungen durch den allgemeinen Aktivenübergang mit als abgetreten; dagegen ist die alsbaldige Abtretung der Kautionshypothek in gehöriger Form dringend anzuraten, da sonst die weiteren Forderungen, die dem Geschäftserwerber erwachsen, durch sie nicht gedeckt werden.

Auf Verlangen hat der Geschäftsveräußerer dem Geschäftsübernehmer auf dessen Kosten eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung der Forderungen auszustellen (§ 403 BGB.), und zwar, wie anzunehmen ist, hinsichtlich jeder einzelnen Forderung. Der Veräußerer haftet dem Übernehmer für den rechtlichen Bestand der Forderungen, nicht auch für die Zahlungsfähigkeit der Schuldner (§ 437 BGB.).

Anm. 28. 6. **Durch Vereinbarung der Parteien kann über alle diese Punkte anders verfügt werden** bis zu der Grenze, wo der Begriff der Geschäftsveräußerung überhaupt aufhört, d. h. es dürfen nicht diejenigen Bestandteile des Geschäfts von dem Übergange auf den Erwerber ausgeschlossen werden, auf denen die Möglichkeit der Geschäftsführung beruht (Anm. 6). Insbesondere können auch die Forderungen ausgenommen werden; im Falle der Fortführung der Firma jedoch ist eine solche Abrede dem Schuldner gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist (§ 25 Abs. 1 u. 2).

Anm. 29. B. **Die Passiva des Geschäfts.**

1. Diese gehen nicht etwa als gesetzliche Folge der Geschäftsübernahme von selbst über. Eine solche Annahme ist im Gesetz nicht begründet. Doch wird man hier, wie bei den Aktiven, **den Parteiwillen dahin auslegen müssen, daß alle diejenigen Schulden übergehen, die nicht ausgenommen sind** (zust. Cosack § 14 S. 54). Die herrschende Ansicht aber nahm auch das nicht an (vgl. ROHG. bei Stegemann 1, 381; Simon in ZHR. 24, 91; ebenso für das neue Recht Wolff in ZHR. 47, 258). Für das neue Recht hat sich nichts geändert; insbesondere steht auch der § 25 Abs. 2 der diesseitigen Annahme nicht entgegen. Denn wenn hiernach auch der Geschäftserwerber eine Haftung nur dann übernimmt, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, so ist damit nur ein Verpflichtungsgrund gegenüber den Gläubigern gemeint. — Jedenfalls aber kann der Übergang der Passiva in der Übernahme des Geschäfts liegen (Bolze 13 Nr. 435), und nach Bolze 17 Nr. 318 liegt sie im Zweifel in der Übernahme des Geschäfts mit unveränderter Firma, sowie darin, daß die Handlungsbücher ohne Weiteres fortgeführt werden. Sind die Passiva übernommen, so gehören zu den übernommenen Verbindlichkeiten alle Geschäftsschulden, d. h. alle diejenigen Verpflichtungen, die zu dem Geschäftsbetriebe in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen, „alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" (§ 25 Anm. 11; RG. 58, 23). Es gehören dazu nicht die sog. Privatschulden (ROHG. 8, 41), d. h. nicht die von dem Kaufmann in seinem Privatleben begründeten Verbindlichkeiten (Miete für seine Privatwohnung, Verbindlichkeiten aus vormundschaftlicher Verwaltung, aus ehrenamtlicher Verwaltungstätigkeit). Die im § 344 Abs. 1 aufgestellte Rechtsvermutung kommt auch hier in Betracht, nicht auch, wie dies einige (z. B. Bolte in ZHR. 51, 440) wollen, die Fiktion des 344 Abs. 2 (s. Wolff in ZHR. 47, 259; anders hinsichtlich des § 344 Abs. 2 im Verhältnis zum Gläubiger, vgl. Anm. 11 zu § 25). Die Eintragung in die Handelsbücher ist ein wertvoller Fingerzeig, aber nicht entscheidend (ROHG. 8, 42). Unter die Geschäfsverbindlichkeiten fällt auch eine Vereinbarung, wodurch man sich zur

Änderung der Firma verpflichtet hat (z. B. Weglassung der Worte: „Itzehoer Netzfabrik"); § 22.
auch dies muß der Erwerber respektieren (RG. 58, 23). Die Geschäftsschulden sind aber nicht bloß dann getroffen, wenn sie fällig, sondern auch wenn sie bedingt oder betagt sind oder aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen herrühren (ROHG. 8, 385; Bolze 16 Nr. 316). Auch gehören zu den Geschäftsschulden die zwecks Begründung oder Erwerbung des Geschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten (vgl. auch Erl. zu § 343; a. M. für die Regel Dernburg Pr. Pr. II § 65[9], der ROHG. 8, 38ff. zitiert; Lehmann-Ring § 25 Nr. 2 stellen die Entscheidung auf den Einzelfall ab), ferner nicht bloß Schulden aus Handelsgeschäften, sondern z. B. auch die Hypotheken des miterworbenen Geschäftsgrundstücks. Geschäftsschulden sind nicht bloß Vertragsschulden, sondern auch außervertragliche und selbst Deliktsschulden, wenn es Verpflichtungen sind, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer so engen Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen (ebenso D. 40), z. B. Schadensersatz aus Patentverletzung oder aus § 120 der GewO. oder aus dem Haftpflichtgesetz (RG. 15, 54 u. 121). Auch wenn im Geschäftsbetriebe betrügerische oder sonst unlautere Machenschaften vorgekommen sind und hierdurch Verbindlichkeiten erwachsen, trifft das eben gedachte Kriterium auf sie zu, und es kann nicht etwa eingewendet werden, der Geschäftsbetrieb sei nicht gerichtet auf betrügerische Handlungen (vgl. auch RG. in JW. 83, 228[27]). Auch ist es nicht richtig formuliert, wenn Adler (ArchBürgR. 3, 22) sagt, der Übernehmer hafte für diejenigen geschäftlichen Schulden, die er kannte oder als ordentlicher Kaufmann hätte kennen müssen. Nicht die Frage nach der Sorgfalt des Übernehmers bei der Geschäftsübernahme, sondern der Rechtsakt der Übernahme einerseits und die Zugehörigkeit zu den Rechtsbeziehungen des übernommenen Geschäfts andererseits sind maßgebend für die Haftung. Nach Adlers Ansicht würden solche Ansprüche, die zur Zeit der Übernahme noch nicht durch irgendwelche Geltendmachung in die Erscheinung getreten waren, aber schon bestanden, wie dies bei Schadensersatz-, Minderungs-, Kondiktionsansprüchen leicht der Fall sein kann, ohne innern Grund von der Übernahme ausgeschlossen sein. — Auf den Gegenstand der Verpflichtung kommt es nicht an, ob es Geld oder Sachen, bestimmte oder fungible Sachen sind, deren Leistung oder Lieferung geschuldet wird, abgesehen von Verpflichtungen, die in dem Sinne höchstpersönlich sind, daß ihr wirtschaftlicher Wert in der Leistung durch die bestimmte Person liegt. Hierzu gehört jedoch die Rechnungslegungspflicht nicht. Diese geht daher mit den Passiven auf den Übernehmer mit über und verbleibt außerdem beim Veräußerer. Weder der eine noch der andere kann sich durch Schwierigkeiten oder gar Unmöglichkeit der Rechnungsstellung von der Pflicht befreien (Bolze 6 Nr. 420). Übernimmt ein Geschäftsübernehmer (oder einer von mehreren Gesellschaftern) die Passiva des Geschäfts und somit die Verpflichtung, den Gegenkontrahenten von seinen Geschäftsverbindlichkeiten zu befreien, und überträgt er dann selbst das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen dritten Erwerber, so ist auch jene Befreiungspflicht eine auf diesen Erwerber mit übergehende Geschäftsschuld. Das gleiche gilt von einer Abfindung, die jenem Rechtsvorgänger geschuldet wird (anders ROHG. 11, 153).

2. **Durch Vertrag** können alle Passiva oder einzelne von ihnen **ausgenommen werden**; nur gilt im Falle der Fortführung des Geschäfts mit Firma eine solche Abrede dem Gläubiger gegenüber nur dann, wenn sie eingetragen oder dem Gläubiger mitgeteilt ist (§ 25 Abs. 1 u. 2). Anm. 30.

3. **Soweit eine Passivenübernahme vorliegt,** kann eine Schuldübernahme im Sinne der §§ 414ff. BGB. vorhanden sein, d. h. eine Schuldübernahme mit der Absicht und Wirkung, daß der neue Schuldner an die Stelle des alten tritt (es sei denn, daß eine kumulative Haftungsübernahme eintreten soll, vgl. § 25 Anm. 9). Eine solche Schuldübernahme bedarf der Einwilligung des Gläubigers (§ 415 BGB.). Das führt zu dem Verhältnis der Veräußerungsparteien zu den Gläubigern, welches in den §§ 25ff. erörtert werden soll. Anm. 31.

Auf alle Fälle aber, mag eine Schuldübernahme nach §§ 414ff. BGB. vorliegen oder nicht, hat der Übernehmer jedenfalls die Verpflichtung, den Veräußerer zu befreien, und

§ 22. zwar in der Weise, daß er verpflichtet ist, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, nicht etwa so, daß er den Gläubiger zu veranlassen hat, den Veräußerer ausdrücklich und sofort aus der Verbindlichkeit zu entlassen (Behrend § 37 Anm. 18a; OLG. Königsberg in OLGR. 4, 227; vgl. § 415 Abs. 3 BGB.). Doch kann selbstverständlich auch das Gegenteil vereinbart werden oder sich durch Auslegung ergeben.

Anm. 32. 4. Über das Verhältnis des Geschäftsübernehmers zu den Gläubigern handeln die §§ 25 ff.

Anm. 33. **Zusatz 3. Bei der Veräußerung von Geschäften werden oft Konkurrenzverbote vereinbart.**

a) Es ist nicht angängig, auf diese Klauseln die Bestimmungen der §§ 74 und 75 anzuwenden. Diese Bestimmungen sind in sozialpolitischem Interesse erlassen und haben lediglich die Tendenz, einer ganz bestimmten Klasse von Personen, nämlich den Handlungsgehilfen, die im Kampfe ums Dasein als die wirtschaftlich Schwachen gegenüber den Prinzipalen anzusehen sind, eine gesetzliche Hilfe zu bieten. Der Veräußerer eines Geschäfts ist aber kein Handlungsgehilfe. Es trifft auch die ratio legis nicht zu, denn der Geschäftsveräußerer ist dem Geschäftsübernehmer gegenüber nicht der wirtschaftlich Schwächere. Eine entsprechende Anwendung ist daher ausgeschlossen (RG. 53, 155).

Anm. 34. b) Insbesondere wird auch die Begrenzung auf 3 Jahre hier nicht anwendbar sein, ebensowenig die Nichtigkeit wegen Minderjährigkeit, weil letztere nur in Verbindung mit der Stellung als Handlungsgehilfe für die Vorschrift bestimmend war. Daher kann ferner für die Gültigkeit solcher Klauseln nicht entscheidend sein, ob gerade eine unbillige Erschwerung des Fortkommens in ihnen liegt. Wohl aber ist die schon früher anerkannte absolute Grenze der Gewerbekonkurrenzverbote auch hier maßgebend. Das RG. (31, 99) hält die Konkurrenzverbote für ungültig, wenn sie geeignet sind, die Erwerbsfreiheit des einzelnen für immer, sei es im ganzen, sei es in einzelnen Richtungen zu vernichten. Das folgt schon aus § 1 der GewO., der den Betrieb eines jeden Gewerbes einem jeden gestattet; eine vertragliche Aufhebung dieses Rechts widerspricht der öffentlichen Ordnung (RG. in JW. 97, 292[17]). Diese Gründe treffen auf die Konkurrenzverbote, die zwischen selbständigen Kaufleuten vereinbart werden, ebenfalls zu (vgl. §§ 134, 138 BGB.). Nicht selten wird man auch das ganze Rechtsgeschäft für nichtig erklären müssen, es sei denn, daß anzunehmen ist, es wäre auch ohne das ungültige Konkurrenzverbot vorgenommen worden (§ 139 BGB.).

Anm. 35. c) Was aber die Auslegung solcher Konkurrenzverbote betrifft, so sind in vielen Punkten die Erläuterungen zu § 74 heranzuziehen. So z. B. hinsichtlich der Begriffe Beteiligung, Geschäftsbetrieb usw.

Anm. 36. d) Überschreitet hiernach das Konkurrenzverbot die Grenzen der Zulässigkeit, so ist es nichtig. Ein Ermäßigungsrecht des Richters ist hier nicht vorgesehen. Ein solches ist stets eine Abweichung von der Regel, wonach der Richter nur über Gültigkeit oder Ungültigkeit zu entscheiden, nicht aber an die Stelle getroffener Vereinbarungen andere Verhältnisse zu setzen hat.

Anm. 37. e) Auch hinsichtlich der Folgen der Verletzung eines Konkurrenzverbots, zumal wenn an sie eine Vertragsstrafe geknüpft ist, greifen nicht die Sondervorschriften des § 75 Abs. 2 Platz, sondern die allgemeinen Vorschriften über die Vertragsstrafe (s. Erl. zu § 348), wobei insbesondere in Betracht kommt, daß das richterliche Ermäßigungsrecht rücksichtlich der Höhe einer Vertragsstrafe dann nicht Platz greift, wenn der Fall des § 348 HGB. vorliegt, d. h. wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Vertragsstrafe versprochen hat. Hierbei wird wiederum die Frage erheblich werden, ob die Veräußerung eines Handelsgeschäfts als ein Rechtsgeschäft zu betrachten ist, das „ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt" (vgl. hierüber zu § 343 und zu § 348). Weiter kommt bei Vertragsstrafen dieser Art in Betracht, daß der Verpflichtete sich durch die festgesetzte Strafleistung dann frei machen kann, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt

erscheint, dem Berechtigten das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen. Das entspricht nach der Verkehrssitte dem Grundgedanken solcher die Erwerbsfreiheit einschränkenden Strafstipulationen, wie das RG. wiederholt angenommen hat (RG. 33, 141; 40, 100). Der Einwand, daß dadurch die gesetzliche Regel für Stipulationen dieser Art in ihr Gegenteil verkehrt werde, scheitert an den §§ 157, 242 BGB. (s. Allg. Einl. Anm. 25). § 22.

Zusatz 4. Stempelfrage. Das Reichsgericht (46, 266) bejaht die Frage, ob beim Verkaufe eines Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven die mit dem Erwerbe verbundene Übernahme der Schulden als eine „ausbedungene Leistung" im Sinne der Tarifstelle 32 des preuß. StStG. zu erachten ist. Anm. 38.

Zusatz 5. Übergangsfragen. Hervorgehoben sei: Eine nach altem Recht zulässige Firma kann mit dem Geschäfte übertragen werden (§ 18 Anm. 15; RG. 41, 22). — Hat jemand unter der Herrschaft des alten Rechts ein Geschäft, z. B. ein Baugeschäft, übernommen, das damals kein Handelsgeschäft war, so liegen die Voraussetzungen des § 22 nicht vor. Muß sich also der Erwerber jetzt gemäß § 2 eintragen lassen, so kann er nicht den Namen des früheren Geschäftsinhabers eintragen lassen, sondern muß nach § 18 verfahren (OLG. Stuttgart in OLGR. 2, 144ff.). — Wer unter der Herrschaft des alten Rechts ein Geschäft mit einer nicht eingetragenen Firma, die nur einen abgekürzten Vornamen des ursprünglichen Inhabers enthält, erworben hat, darf weder die Firma unverändert fortführen, da es jetzt nicht mehr zulässig ist, einen abgekürzten Vornamen eintragen zu lassen, noch auch unter Ausschreibung des Vornamens fortführen, da er als Erwerber der bisherigen Firma nicht zur Änderung der Firma befugt ist. Auch die Einwilligung der Erben ist wirkungslos, da diese nicht über die Firma abgesondert vom Geschäft verfügen dürfen (RG. in RJA. 4, 107). Anm. 39.

§ 23.

Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden. § 23.

Der Paragraph schließt die selbständige Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft aus.

1. **Die selbständig erfolgte Veräußerung** der Firma (ebenso eine solche Überlassung des Gebrauchsrechts, Abs. 2 § 22 und Anm. 15ff. zu § 22) ist nichtig, was mit den Worten „kann nicht" ausgedrückt ist (Planck I 27; s. § 134 BGB.). Damit ist nur negativ gesagt, was § 22 positiv ausdrückt: daß eine Firma mit dem Geschäft veräußert werden könne und zwar nur mit dem Geschäft. Es verstößt auch gegen den § 23, daß der Erwerber eines einzelnen von mehreren Geschäftszweigen die Firma — ob mit, ob ohne Zustimmung des Veräußerers — seinerseits fortführt, da er nicht „das Handelsgeschäft, für welches die Firma geführt wird", erworben hat (RG. 56, 187). Anm. 1.
2. **Ein Handel mit bloßen Firmen** ist hiernach untersagt. Untersagt und ungültig sind auch alle auf **Umgehung** dieses Verbots gerichtete Übereinkommen, wie sie besonders in Scheinveräußerung oder Scheinerrichtung von Geschäften oder Hergabe von Namen für andere bestehen (Anm. 5 zu § 22). Insbesondere verstößt auch ein Vertrag, daß jemand zwar sein eigenes Handelsgeschäft haben und betreiben, in diesem Geschäft aber gewisse Artikel unter einer ihm nicht zustehenden Firma (der des Gegenkontrahenten) vertreiben soll, gegen § 23 und ist nichtig (§ 134 BGB.; RG. 7. 1. 03 bei Holdheim 12, 110). — Nicht immer wird anzunehmen sein, daß alle Bestandteile des Vertrages nichtig werden (§ 139 BGB.; RG. in JW. 03, 293[16]). Anm. 2.
3. **Stempelfrage.** Da das Firmenrecht an sich kein übertragbarer Bestandteil des Vermögens ist, kommt nach dem pr. StStG. für eine Vergütung, die für die Erteilung der Einwilligung in die Fortführung der Firma besonders bedungen wird, nur der allgemeine Vertragsstempel zur Verwendung (RG. in JW. 99, 195[14]; Heinitz, 2. Aufl. S. 411, mit beachtenswerter Kritik älterer Entscheidungen). Anm. 3.

§ 24.

§ 24. **Wird Jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden.**

Bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben.

Einleitung. Der Paragraph behandelt das Firmenrecht **bei teilweisem Wechsel der Geschäftsinhaberschaft**, im Gegensatz zu den vorigen beiden Paragraphen, die das Firmenrecht bei vollständigem Wechsel der Geschäftsinhaberschaft zum Gegenstande hatten. Auch hier sind die Voraussetzungen und die Wirkungen des Firmenüberganges zu unterscheiden.

Für den § 24 kommen als Handelsgesellschaften nur die im § 19 aufgeführten in Betracht, weil nur bei ihnen die Gesellschafter als Geschäftsinhaber in Frage kommen. Ein Aktionär also, dessen Name ausnahmsweise in der Firma einer Aktiengesellschaft enthalten wäre, kann nach seinem Ausscheiden nicht die Abänderung der Firma verlangen (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 1).

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzungen des Firmenüberganges.**

a) Erste Voraussetzung ist auch hier, daß der Wechsel der Teilhaberschaft sich **in einem bestehenden und fortgeführten Handelsgeschäft** vollzieht. Hinzuzufügen ist hier, wie in § 22, daß es das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft sein muß (über die Erfordernisse: Vollkaufmann, bestehend, Handelsgeschäft, Fortführung des Geschäfts s. die Anm. 1—5, 8, 10 zu § 22).

Anm. 2. b) Zweite Voraussetzung ist **Eintritt in ein Geschäft als Gesellschafter oder Ausscheiden aus einem solchen.** Hierunter fallen nach dem Grundgedanken des Gesetzes alle Fälle, bei denen die Geschäftsinhaberschaft einen teilweisen Wechsel erleidet, **das Geschäft selbst aber bestehen bleibt.** Dabei kommt es nicht darauf an, daß die rechtliche Qualifikation der Inhaberschaft durch den Wechsel sich verändert. Der Paragraph findet also auch dann Anwendung, wenn vor dem Wechsel eine o. H. G., nachher ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft anderer Art Geschäftsinhaber ist, oder umgekehrt: nach dem Wechsel eine o. H. G. oder eine Kommanditgesellschaft, vorher ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft anderer Art (vgl. auch Anm. 47 zu § 105).

Beispiele: Als Fall des Eintritts gilt es hiernach, wenn ein Einzelkaufmann sich mit einem anderen zu einer o. H. G. vereinigt, welche das Geschäft fortführt (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 973); wenn einer o. H. G. ein Kommanditist oder einer Kommanditgesellschaft ein weiterer Komplementar oder ein weiterer Kommanditist beitritt.

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters gelten die Bestimmungen des § 24 auch dann, wenn aus der Gesellschaft, mag sie auch nur aus zwei Personen bestehen, alle bis auf einen ausscheiden und aus der Gesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns wird (RG. in JW. 91, 473[24]; vgl. jetzt besonders das Argument aus § 142 sowie Anm. 9 zu § 145; zust. Opet in ZHR. 49, 129). Sie gelten selbst dann, wenn der Übernehmende nur den Hauptteil des bisherigen Geschäfts übernimmt und ein einzelner Geschäftszweig einem andern bisherigen Gesellschafter überwiesen wird (RG. bei Holdheim 14, 213). Der Grund des Ausscheidens ist belanglos. Als Hauptfall des Ausscheidens gilt besonders der § 138, welcher Kündigung, Tod, Konkurseröffnung erwähnt. Der § 24 findet aber auch Anwendung beim **Ausschluß** eines Gesellschafters. Dies war nach altem Recht streitig (5. Aufl. § 2 zu Art. 24); offensichtlich um diesen Zweifel zu beseitigen, ist das Wort „Austreten" durch „Ausscheiden" ersetzt worden (vgl. die Überschrift vor § 131). Als Beispiele für den Fall des Ausscheidens können bei einer Kommanditgesellschaft gelten.

wenn aus einer Kommanditgesellschaft einer der mehreren Komplementare oder einer der mehreren Kommanditisten ausscheidet oder wenn alle Kommanditisten wegfallen, oder wenn alle Komplementare wegfallen und einer der bisherigen Kommanditisten oder ein Dritter als Komplementar eintritt (Allfeld 164). **§ 24.**

Dagegen greift § 24 dann nicht Platz, **wenn das Geschäft nicht bestehen bleibt**, zumal von einem Wechsel der Inhaberschaft alsdann nicht mehr gesprochen werden kann. Also z. B. dann nicht, wenn die o. H. G. das Geschäft vollständig aufgelöst und die Firma gelöscht hat: ihre Firma Schulze & Meier könnte alsdann Schulze für ein neues Geschäft auch nicht mit Meiers Genehmigung annehmen (im Ergebnis übereinstimmend RG. 30, 148; zust. OLG. Stuttgart in OLGR. 1, 57); ferner dann nicht, wenn die neuen Geschäftsinhaber das Geschäft nicht fortsetzen, sondern ein anderes begründen, für dieses ist die Fortführung der alten Firma nicht zulässig (RG. 1, 261; KGJ. 14, 245; Düringer-Hachenburg I 114; näheres Anm. 10 zu § 22).

Der Ein- und Austritt eines stillen Gesellschafters endlich bedeutet keinen Wechsel der Geschäftsinhaberschaft und ist daher für die Anwendung des vorliegenden Paragraphen bedeutungslos.

c) (Abs. 2.) **Ausdrückliche Zustimmung des ausscheidenden** Gesellschafters ist erforderlich, wenn der Name des Ausscheidenden — „dessen Name" heißt es im Abs. 2 — in der Firma verbleibt. Darunter kann nur der Name verstanden werden, der zur Bezeichnung der Persönlichkeit des Ausscheidenden dient und der als solcher in der Firma enthalten ist. Ob nur der Familienname in der Firma enthalten ist oder auch Vornamen, ist gleichgültig. Weicht jedoch der in der Firma mitenthaltene Vorname von dem Vornamen des Ausscheidenden ab, so wird damit dargetan sein, daß es nicht „dessen Name" ist, der sich in der Firma findet (RG. in JW. 91, 473[24]). Die Entscheidung, ob die Firma den Namen des Ausscheidenden enthält, ist also Tatfrage. Der bloße Gleichklang der Namen (völliger oder teilweiser) entscheidet nicht, z. B. wenn der gleichnamige Vater des Ausscheidenden es war, dessen Name in der Firma sich befand (Bolze 13, 120). — Kann man sagen, daß der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten ist, wenn die Firma lautet: „Gebrüder Jäger," die Inhaber der Firma die Brüder Hermann und Heinrich Jäger sind und Heinrich Jäger ausscheidet? Diese Frage ist zu bejahen. Der Name Jäger ist beiden gemeinsam, er gehört auch dem Ausscheidenden. Anm. 3.

Über das Wesen der Ausdrücklichkeit s. Anm. 7 zu § 22, über den Begriff des ausscheidenden Gesellschafters oben Anm. 2. An die Stelle des ausscheidenden Gesellschafters treten im Falle seines Todes auch in dieser Hinsicht seine Erben. Die Zustimmung ist, wenn die Eintragung erfolgen soll, dem Registergerichte nachzuweisen, also in der durch § 12 vorgeschriebenen Form (vgl. jedoch § 12 Abs. 2). Übrigens hat in der Regel der Ausscheidende bei der Anmeldung mitzuwirken (s. auch Anm. 7).

Ist der Name des Ausscheidenden in der Firma nicht enthalten, so ist den verbleibenden Gesellschaftern die Fortführung der Firma unbenommen (Bolze 13 Nr. 120). Es bedarf also nicht einer wie immer gearteten Einwilligung.

Versagt der ausscheidende Gesellschafter die Zustimmung zur Fortführung seines Namens, so hat das zur Folge, daß die verbleibenden Gesellschafter diese Firma nicht fortführen können, auch nicht (RG. 5, 111) mit einem Nachfolgerzusatz. Sie brauchen aber darum nicht notwendig eine völlig neue zu wählen und dabei die Vorschriften über die Wahl neuer Firmen zu beachten. Das würde zwar dem starren Wortlaute des Gesetzes entsprechen, aber über die Absicht des Gesetzes weit hinausgehen und zur unnützen Zerstörung von Werten führen. Das Gesetz will nur das Namensrecht des Ausscheidenden schützen. Die Fortführung an sich mit der durch die Veränderung der Sach- und Rechtslage gebotenen Änderung der Firma zu untersagen, lag dem Gesetzgeber fern (anders v. Hahn, Makower, Goldmann und Opet in ZHR. 49, 132; übereinstimmend mit uns Allfeld und Keyßner). Gibt der Ausscheidende seine Zustimmung, so

§ 24. steht der Fortführung eines solchen Firmenteils sicher nichts entgegen (KGJ. 14, 246). Vgl. für einen ähnlichen Fall Anm. 8 zu § 18.

Anm. 4. 2. **Die Wirkung des Firmenübergangs** ist das Recht, die Firma fortzuführen und zwar unverändert (LG. Frankfurt in ZHR. 34, 567); abgesehen von einem Nachfolgerzusatz der — sofort oder später — hinzugefügt werden kann, wenn er nicht etwa der Sachlage widerspricht (KGJ. 13, 31; vgl. auch RG. 5, 113). Über die Zulässigkeit weiterer Änderungen s. Anm. 11 zu § 22. Zwar ist in unserem Paragraphen, anders als im § 22, das Recht der Fortführung der Firma mit Nachfolgerzusatz nicht ausdrücklich erwähnt. Allein eine Verschiedenheit der beiden gesetzlichen Bestimmungen in diesem Punkte ist nicht beabsichtigt.

Anm. 5. 3. Die Fortführung der Firma darf aber nicht zu direkter Täuschung und dadurch zu möglicher Schädigung des Verkehrs führen. Es darf z. B. die Firma „offene Handelsgesellschaft Kreuzer & Co." nicht fortgeführt werden, wenn sie durch die Veränderung aufhört, offene Handelsgesellschaft zu sein. Eher kann man schon zulassen, daß die Firma „Kommanditgesellschaft Kreuzer & Co." beibehalten wird, wenn die Gesellschaft eine o. H. G. wird, weil die Täuschung zu einer Schädigung nicht führen kann, denn die Kommanditgesellschaft genießt nicht mehr Kredit, als die o. H. G. (KG. bei Holdheim 8, 226).

Anm. 6. **Zusatz 1. Durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrage** können die Bestimmungen dieses Paragraphen geändert werden. Es kann durch sie die Zustimmung überflüssig, die Versagung wirkungslos gemacht oder umgekehrt ein Untersagungsrecht erzeugt und damit die sonst unnötige Zustimmung erforderlich gemacht werden (Bolze 7 Nr. 171).

Anm. 7. **Zusatz 2.** Für die **Anmeldung zum Handelsregister** und die **Zeichnung der Firma** im Falle der §§ 22 bis 24 sind die Vorschriften der §§ 29ff. maßgebend. Danach ist eine Änderung der Firmeninhaber anzumelden. Bei Übernahme des Geschäfts einer offenen Handelsgesellschaft durch einen der Gesellschafter unter Fortführung der bisherigen Firma muß dieser Gesellschafter trotzdem die Firma wiederholt zeichnen, selbst wenn er bereits früher die gleiche Zeichnung als vertretungsberechtigter Gesellschafter bewirkt hatte (KG. in RJA. 3, 83).

Anm. 8. **Zusatz 3. Stempelfrage.** Über die Stempelpflicht von Auseinandersetzungsverträgen unter Mitgliedern einer o. H. G. oder Kommanditgesellschaft, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke oder bewegliche Gegenstände gehören, nach preußischem Recht vgl. RG. 25, 252; 45, 218; und Heinitz, 2. Aufl. S. 384ff.

§ 25.

§ 25. Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgetheilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.

Lit.: Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig, 99; s. a. die Angaben bei § 22.

§ 25.

Einleitung.

Die §§ 25—28 behandeln den **Übergang der Geschäftsschulden und -Forderungen.** Doch regelt dieser Unterabschnitt, der eine materielle Ergänzung zu den §§ 22—24 (Übergang des Firmenrechts) bildet, den Gegenstand nicht erschöpfend. Ergänzend kommt, abgesehen von sonstigen Bestimmungen des HGB. (z. B. §§ 130, 173), das Bürgerliche Recht zur Anwendung.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Gläubigern des Geschäftsveräußerers und das Verhältnis der Schuldner des Geschäfts zum Geschäftserwerber. Die Vorschrift entspricht früherem Handelsgewohnheitsrecht (RG. 17, 98). Die hier behandelte Materie deckt sich keineswegs mit dem in Anm. 21 ff. zu § 22 behandelten Gegenstande. Dort war das Verhältnis inter partes, d. h. zwischen den Kontrahenten des Veräußerungsvertrages, hier ist das Verhältnis des Geschäftserwerbers zu den Gläubigern und Schuldnern des Geschäfts in Frage. Es kann inter partes ein Passivenübergang (Anm. 29 ff. zu § 22) vereinbart sein, ohne daß eine Haftung gegenüber den Gläubigern eintritt (wenn weder das Geschäft mit Firma fortgeführt wird, noch ein besonderer Verpflichtungsgrund nach Abs. 3 unseres Paragraphen vorliegt). Es kann umgekehrt eine Haftung gegenüber den Gläubigern vorhanden sein, ohne daß ein Passivenübergang inter partes vereinbart ist (wenn die Firma fortgeführt, eine Kundmachung nach § 25 Abs. 2 aber unterblieben ist, oder wenn die Bekanntmachung an die Gläubiger nach Abs. 3 unseres Paragraphen erfolgt ist). Ebenso kann der Übergang der Forderungen des Geschäfts inter partes ausgeschlossen sein, und dennoch können sie den Schuldnern gegenüber als übergegangen gelten (wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 2 vorliegen).

Der § 25 Abs. 1 hat keine exklusive Tragweite: wenn z. B. dem ausländischen, an sich anzuwendenden Recht eine entsprechende Bestimmung fehlt, so darf nicht etwa gesagt werden, die Anwendung des ausländischen Rechts sei — infolge Art. 30 EG. z. BGB. — ausgeschlossen, weil sie gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoße (RG. 60, 300).

Zwei Fälle sind nach dem vorliegenden Paragraphen zu unterscheiden:

1. Der Fall, daß die bisherige Firma von dem Geschäftserwerber fortgeführt wird (Abs. 1 u. 2),
2. der Fall, daß die bisherige Firma nicht fortgeführt wird (Abs. 3).

I. (Abs. 1 u. 2.) **Der Fall der Fortführung des Geschäfts mit Firma.**

Anm. 1.

A. **Voraussetzung ist, daß ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma unverändert oder mit Nachfolgerzusatz fortgeführt wird.**

1. **Erwerb des Geschäfts.** Es sind die Fälle des Vollerwerbs, des vollständigen Wechsels der Inhaberschaft (s. Einl. u. Anm. 6 zu § 22). Es sind nicht die Fälle, in denen der Personalbestand der Inhaberschaft nur teilweise wechselt, sei es, daß aus einem Einzelkaufmann eine Gesellschaft oder aus einer Gesellschaft ein Einzelkaufmann wird, sei es, daß die Zahl der Gesellschafter sich verändert. Über diese letzteren Fälle handelt aus dem Gesichtspunkte des Firmenübergangs § 24; wie es bei ihnen mit dem Passivenübergang steht, ist zum Teil im § 28, zum Teil in anderen Paragraphen behandelt (§§ 130, 142, 173).

   Fälle des im vorliegenden Paragraphen gemeinten Vollerwerbs sind, daß ein Einzelkaufmann das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder einer o. H. G. oder einer Kommanditgesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erwirbt; oder daß eine aus A und B bestehende o. H. G. das Geschäft des Einzelkaufmanns C erwirbt; oder daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Aktiengesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder einer o. H. G. (RG. im SächsArch. 12, 719) oder einer Kommanditgesellschaft erwirbt usw.

   Doch genügt es überall, wenn eines von mehreren Geschäften (KG. in OLGR. 4, 146) oder ein Teil des Geschäfts (z. B. eine Zweigniederlassung) erworben wird; nur muß die Inhaberschaft des betreffenden Geschäfts vollständig wechseln, damit ein Fall des vorliegenden Paragraphen vorliege. Wenn von mehreren Geschäften eins veräußert und unter der bisherigen Firma fortgeführt wird, haftet der Geschäftserwerber nur für die auf dieses

§ 25. Geschäft bezügliche Passiva (RG. a. a. O.); gleiches gilt beim Erwerb nur einer Zweigniederlassung (s. a. § 22 Anm. 3).

Auf Pacht oder Nießbrauch ist der vorliegende Paragraph, wenn auch nicht direkt, so doch entsprechend anwendbar (a. M. L. Cohn bei Gruchot 42, 52).

Daraus, daß ein Geschäft erworben sein muß, folgt, daß das Geschäft bestanden haben muß. Wann ein Geschäft besteht, darüber s. Anm. 5 zu § 22.

Wer vom Konkursverwalter ein zur Masse gehöriges Geschäft erworben hat, und mit Zustimmung des Gemeinschuldners unter der bisherigen Firma fortführt (vgl. § 22 Anm. 7), haftet den Konkursgläubigern nicht aus § 25, da diese die vom Verwalter zur Versilberung der Masse vorgenommenen Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen müssen und nur Anspruch auf anteilsweise Befriedigung aus der Masse haben (RG. 58, 168; ebenso Marcus in DJZ. 05, 851). Ob der § 25 bei dem Erwerb eines Handelsgeschäfts aus der Hand des Verwalters überhaupt, also sonstigen Dritten gegenüber, die nicht Konkursgläubiger sind, Anwendung findet, läßt das RG. dort dahingestellt; die Frage wird zu bejahen sein.

Anm. 2. 2. **Unter Lebenden** muß der Erwerb erfolgt sein. Der Erwerb durch Erbteilung ist Erwerb unter Lebenden (D. 40; § 27 Anm. 31). Der Erwerb durch Vermächtnis ist es nicht. Makower (I 57) nimmt dies zu Unrecht gegen die herrschende Meinung an. Der § 1369 BGB. bezeichnet den Erwerb durch Vermächtnis ausdrücklich als Erwerb von Todes wegen. Aber andererseits fällt der Erwerb durch Vermächtnis auch nicht unter § 27 (näheres dort Anm. 32).

Anm. 3. 3. **Fortgeführt** muß das Geschäft werden. Wann diese Voraussetzung vorliegt, darüber vgl. Anm. 10 zu § 22 (ob insbesondere völlige oder allmähliche Veränderung des Geschäftsbetriebes dem Vorhandensein dieses Erfordernisses entgegensteht). Wie nun, wenn das Geschäft nicht fortgeführt wird? Wenn also entgegen der Vorschrift des § 22 die Firma erworben wurde? Dann greift § 15 Abs. 2 Platz.

Anm. 4. 4. **Auch die Firma**, nicht bloß das Geschäft (OLGR. 3, 275), muß fortgeführt werden, und zwar mit oder ohne Nachfolgerzusatz. Hierüber s. Anm. 11 zu § 22. Das Reichsgericht (50, 119) faßt dieses Erfordernis formal auf, es verlangt die Identität der Firma. Dies ist richtig, nur darf der Formalismus nicht auf die Spitze getrieben werden. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle hatte ein Kaufmann zwei Geschäfte vereinigt und die beiden Firmen: „Joh. Strobl & Sohn, Pflasterer- und Straßenbaugeschäft“ und „Martin Essig, Asphalt und Betongeschäft“ kombiniert und unter der Firma: „Johann Strobl & Sohn und Martin Essig (Inhaber Karl Ellersdorfer)“ fortgeführt (s. a. § 22 Anm. 11 a. E.).

Darauf, ob die fortgeführte Firma zulässig war oder nicht, kommt es nicht an. Doch genügt nicht die Fortführung des bloßen Etablissementsnamens (§ 17 Anm. 6; z. B. „Kattowitzer Blumenhalle“), um die Schuldenhaftung zu begründen.

Anm. 5. 5. **Die Fortführung der Firma braucht nicht mit Bewilligung des Veräußerers zu erfolgen.** Ohne Bewilligung des Veräußerers ist der Erwerber allerdings nicht berechtigt, die Firma fortzuführen (§ 22). Aber eine andere Frage ist, ob Voraussetzung der in unserem Paragraphen angeordneten Wirkungen der Firmenfortführung nur die befugte Fortführung ist. Dies ist zu verneinen. Sie ist nicht Voraussetzung für die hier angeordnete Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Gläubigern (anders für das Verhältnis der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber; vgl. Anm. 12).

Anm. 6. 6. Es muß sich um das Geschäft eines **Vollkaufmanns** handeln. Die Anwendung des § 25 hat dies zur wesentlichen Voraussetzung (so mit Recht RG. 55, 85 mit der herrschenden Meinung, der auch Bolte [ZHR. 51, 432] sich anschließt; abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 6, 7 und Goldmann I 102). Denn nach § 4 finden „die Vorschriften über die Firmen“ — sie sind insbesondere im dritten Abschnitt Buch 1 (§§ 17—37) enthalten — auf die Minderkaufleute keine Anwendung. Der Name, unter dem der Minderkaufmann sein Geschäft betreibt, ist keine Firma.

Dagegen ist der Umstand, ob die Firma des Vollkaufmanns **eingetragen ist oder nicht, rechtlich** bedeutungslos (vgl. auch die entsprechenden Ausführungen im § 22 Anm. 1 u. 2; RG. 55, 85; KG. in OLGR. 4, 147). Denn die Vollkaufleute haben das Firmenrecht auch ohne Eintragung und die Wirkungen der Firmenführung und Firmenübertragung sind hier von der Eintragung nicht abhängig. **§ 25.**

7. **Ist eine Firma zu Unrecht in das Firmenregister eingetragen,** z. B. weil es sich um einen Minderkaufmann handelt, und ist sie dann veräußert, oder erst veräußert und dann eingetragen worden, so kommt doch die Bestimmung des § 25 Abs. 1 zur Anwendung. Denn hier greift der § 5 Platz, kraft dessen gegenüber der Eintragung nicht geltend gemacht werden kann, der zu Unrecht Eingetragene sei in Wahrheit nicht Kaufmann oder Vollkaufmann (ebenso RG. 55, 85). Hier, wo es sich um das Verhältnis zu Dritten handelt, liegt die Sache anders wie im § 22 Anm. 3, wo das Verhältnis inter partes behandelt ist. Wenn man auch kraft kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr die Eigenschaft als Vollkaufmann gegen sich gelten lassen muß (vgl. Erl. zu § 5), so wird doch ein solches Auftreten zur Anwendung des § 25 aus den oben Anm. 6 angeführten Gründen nicht ausreichen (so auch RG. 55, 86; abweichend 6./7. Aufl. Anm. 6 und 29). Ob für Abs. 3 die Vollkaufmannseigenschaft erforderlich ist, darüber s. unten Anm. 25. Anm. 7.

B. **Die Wirkung ist zweierlei: Herstellung eines direkten Verhältnisses der Geschäftsgläubiger zum Geschäftserwerber und Herstellung eines direkten Verhältnisses der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber.** Anm. 8.

1. **Die direkte Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Geschäftsgläubigern.**

a) Diese Haftung tritt ein, gleichgültig ob im Veräußerungsvertrage der Passivenübergang vereinbart ist oder nicht. Der Passivenübergang inter partes (s. Einl.) ist eine hiervon verschiedene Frage. Also auch dann, wenn nach dem Veräußerungsvertrage Passiven nicht übernommen sind oder nicht alle Passiven übernommen sind, tritt die Haftung für alle Geschäftsverbindlichkeiten ein. Wollen die Parteien eine hiervon abweichende Vereinbarung Dritten gegenüber zur Wirksamkeit bringen, so müssen sie dieselbe eintragen lassen oder dem Dritten mitteilen (Anm. 17). Ist dies aber nicht geschehen, so haftet der Geschäftserwerber den Gläubigern. Der Veräußerer wieder haftet dem Erwerber für rechtzeitige Befriedigung der Gläubiger und muß ihn schadlos halten, wenn der Erwerber in Wahrheit die Passiven oder das betreffende Passivum nicht übernommen hat.

b) Die Art der Haftung ist eine **kumulative Haftungsübernahme** von Gesetzes wegen, d. h. der Veräußerer wird nicht frei, vielmehr tritt ihm ein neuer Schuldner an die Seite; alles kraft Gesetzes, einer besonderen Annahme seitens des einzelnen Gläubigers bedarf es nicht (RG. in JW. 99, 440[25]). Es liegt keine Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 ff. BGB. vor, da hier nicht der neue Schuldner an die Stelle des bisherigen (des Veräußerers) tritt. Man sollte es auch vermeiden, von einer kumulativen Schuldübernahme im vorliegenden Falle zu reden (so Dernburg II § 155 Anm. 2; Staub 6./7. Aufl. Anm. 9), da dies ein Widerspruch in sich selbst ist, auch eine Nachfolge in die Schuld nicht eintritt. Vielmehr handelt es sich um eine kumulative Haftungsübernahme (vgl. Goldmann-Lilienthal I § 122[3]; RG. 51, 121). Ein analoges Verhältnis regelt der § 419 BGB. (gesetzliche Schuldenhaftung bei Vermögensübernahme), der auch den Ausdruck: „Schuldübernahme" vermeidet, wenngleich er in den Abschnitt unter der Überschrift „Schuldübernahme" eingefügt ist (s. a. Anm. 24). Durch die kumulative Haftungsübernahme des § 25 wird der Übernehmer kein Gesamtschuldner, wie er von vielen bezeichnet wird (Dernburg a. a. O., Neumann Anm. 1 zu § 419, Planck ebendort, Cosack § 14[32]a); denn wo das BGB. und das HGB. ein Gesamtschuldverhältnis anordnen will, da sagt es ausdrücklich „als Gesamtschuldner". Aber das Verhältnis hat in den Hauptbeziehungen Ähnlichkeit mit der Gesamtschuld, wie auch eine Anzahl der Sätze von der Schuldübernahme entsprechend auf dasselbe anzuwenden sind (s. a. Isay, Schuld- und Haftungsverhältnis, JheringsJ. 05, 187 ff.). — Ausnahmsweise kann übrigens auf Grund besonderer Abrede Anm. 9.

§ 25. oder eigenartiger Sachlage dem Veräußerer noch der Geschäftserwerber als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. hinzutreten (RG. in JW. 05, 45[11]). Ob hier die Zustimmung des Gläubigers nötig ist, erscheint bei zweiseitigen Verträgen zweifelhaft.

Über die Weiterhaftung des Veräußerers s. Erl. zu § 26.

Anm. 10. Was die Einreden betrifft, die dem Übernehmer gegenüber den Gläubigern zustehen, so kann er zunächst alle diejenigen geltend machen, die dem Veräußerer gegenüber den Gläubigern zustehen, sowie die sich aus der entsprechenden Anwendung der §§ 422 bis 424 ergebenden (vgl. hierüber näheres Erl. zu § 128). Er darf eine dem Veräußerer zustehende Gegenforderung nicht zur Aufrechnung benutzen, weil er sonst aus dem Vermögen des Veräußerers zahlen würde (§ 422 Abs. 2 BGB.). Hierbei ist jedoch daran zu erinnern, daß die Geschäftsforderungen, wenn sie unter den Voraussetzungen unseres Abs. 1 Satz 2 als auf den Erwerber übergegangen gelten, dann von ihm auch zur Aufrechnung gestellt werden können. Auf alle Fälle aber kann er eine bereits von dem Veräußerer geltend gemachte Aufrechnung vorschützen (§ 422 Abs. 1 BGB.), denn durch diese ist die Schuld bereits getilgt, also nicht mehr Gegenstand des Übergangs auf ihn. Ferner kann er nicht Einwendungen vorbringen, die aus dem der Übernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse herrühren. Insoweit ist § 417 Abs. 2 BGB. entsprechend anwendbar. Während aber in Auslegung des § 417 der Einwand zugelassen wird, daß der Übernahmevertrag selbst ungültig ist (Planck Anm. 3 zu § 417 BGB.), muß hier auch dieser Einwand versagt werden. Denn hier ist nicht der Übernahmewille der Rechtsgrund der Haftung, sondern die Tatsache der Fortführung eines Erwerbsgeschäfts mit Firma. Darin liegt eine der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung, an die das Gesetz die Rechtsfolge der Passivenhaftung knüpft, auch wenn sie nicht vereinbart und nicht beabsichtigt war. Insoweit diese Erklärung, d. h. die Fortführung des Geschäfts, wegen Irrtums, Zwangs usw. anfechtbar ist, insoweit bewirkt die Anfechtung auch einen Einwand gegen die Haftung (vgl. a. § 28 Anm. 4). Für die Anfechtung genügt die Erklärung gegenüber dem früheren Inhaber; sie kann aber auch gegenüber jedem Gläubiger, der den Firmenfortführer in Anspruch nimmt, erfolgen (§ 143 Abs. 4 BGB.). Auch muß in diesem Falle für die Regel die Fortführung der Firma aufgegeben werden, da hierin eine Bestätigung gemäß § 144 BGB. gefunden werden kann, falls nicht eine gegenteilige Annahme durch die Umstände gerechtfertigt wird.

Anm. 11. c) Der Umfang der Haftung. Der Geschäftserwerber haftet für „alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten". Der Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem im Abs. 3 und in den §§ 26, 27 gebrauchten Ausdruck „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" (dies gegen L. Cohn bei Gruchot 42, 53). Welches diese Verbindlichkeiten sind, darüber gelten die Ausführungen in Anm. 29 zu § 22. Hervorzuheben ist aber: Hier, wo es sich um das Verhältnis zum Dritten handelt, greift nicht nur die im § 344 Abs. 1 aufgestellte Rechtsvermutung, sondern auch die Fiktion des § 344 Abs. 2 Platz (RG. 59, 216; Wolff in ZHR. 47, 260), während die Unanwendbarkeit des § 22 Abs. 2, wo es sich um das innere Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber des Geschäfts handelt, ihren guten Grund hat (ebenso RG. a. a. O.; vgl. a. Erl. zu § 344).

Ob der Erwerber die Verbindlichkeiten gekannt hat oder nicht, ist gleichgültig (ROHG. 8, 385; RG. 17, 98; Dernburg I § 100).

Zu den übergehenden Geschäftsverbindlichkeiten gehören nicht die Schulden, die der Geschäftsveräußerer in einem andern Geschäfte (s. Anm. 1) oder in einem früher geführten Geschäfte begründet hat.

Anm. 12. 2. **Es wird ein direktes Verhältnis zwischen den Geschäftsschuldnern und dem Geschäftserwerber hergestellt.**

a) Die Herstellung dieses Verhältnisses hat aber noch eine weitere Voraussetzung, als die Herstellung des direkten Verhältnisses der Geschäftsgläubiger zum Ge-

schäftserwerber. **Hier ist weiter vorausgesetzt, daß der bisherige Inhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma willigen.** Eine ausdrückliche Bewilligung, wie in § 22, ist hier nicht gefordert. Doch wird das im großen und ganzen keinen Unterschied machen, da auch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit nicht formalistisch aufgefaßt werden kann (Anm. 7 zu § 22). Die Einwilligung kann darin gesehen werden, daß der Veräußerer die Fortführung der Firma wissentlich geschehen läßt (Litthauer-Mosse Nr. 10). Dieses nach außen nicht hervortretende Erfordernis drückt den Wert der Bestimmung herab, weil hiernach die Fortführung der Firma allein dem Schuldner keine Gewähr dafür bietet, daß er sicher an den Erwerber zahlt (L. Cohn bei Gruchot 42, 57). — Der bisherige Inhaber braucht nicht eingetragen zu sein, um die Einwilligung wirksam zu erteilen. § 25.

b) Dieses direkte Verhältnis wird vom Gesetze dahin ausgedrückt: **es gelten** die in dem Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen. Ein Gegenbeweis ist nicht zulässig (Goldmann I 106). Anm. 13.

α) Welches die in dem Betriebe begründeten Forderungen sind, darüber s. Anm. 24 zu § 22. Insbesondere gilt auch hier, was dort Anm. 27, namentlich auch über den Übergang von Verkehrs- und Kautionshypotheken, gesagt ist. Was nicht inter partes ohne weiteres durch Veräußerungsvertrag übergeht, das gilt auch nicht als übergegangen vermöge der hier vorliegenden Vorschrift. Diese will ja nur besagen, es solle so angesehen werden, als sei ein die Forderungen umfassender Veräußerungsvertrag geschlossen worden. Was durch einen solchen generellen Veräußerungsvertrag nicht übergehen würde, sondern eines besonderen förmlichen Abtretungsvertrages bedarf, um überzugehen, das gilt auch nicht ohne weiteres als übergegangen kraft unserer Vorschrift. Anm. 14.

Grundschulden gelten nicht ohne weiteres als übergegangen, weil sie nicht Forderungen, sondern dingliche Belastungen sind; ebenso die Rentenschulden.

β) Die Forderungen **gelten** den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen. Darin liegt allerdings nicht eine gesetzliche Abtretung, ein kraft Gesetzes eintretender Übergang der Forderung, wie dies Düringer-Hachenburg (I 117) annehmen. Denn die Forderung gilt nicht überhaupt als übergegangen, sondern nur dem Schuldner gegenüber. Im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber ist sie, wenn sie in Wahrheit nicht übergegangen ist, eine Forderung des ersteren. Im Konkurse des Veräußerers ist sie in diesem Falle ein Aktivum der Konkursmasse, im Konkurse des Erwerbers ist sie kein Aktivum der Konkursmasse. Eine Zahlung, die der Schuldner an den Erwerber leisten würde, kann der Veräußerer vom Erwerber kondizieren. Anm. 15.

Aber dem Schuldner gegenüber treten allerdings die Wirkungen ein, als sei eine gesetzliche Abtretung (§ 412 BGB.) erfolgt. Ihm gegenüber gilt die Forderung als übergegangen. **Dem Schuldner gegenüber gilt daher der Erwerber als der einzige und wahre Gläubiger;** die §§ 401, 404, 406–410 BGB sind entsprechend anzuwenden (§ 412 BGB.). Der Schuldner darf an den Erwerber ohne Gefahr zahlen und muß an ihn zahlen, wenn der Erwerber ihm nachweist, daß er das Geschäft mit Firma erworben hat und der Veräußerer zur Fortführung der Firma seine Genehmigung gegeben hat. Dem Schuldner würde nicht der Gegenbeweis gestattet sein, daß die außenstehenden Forderungen oder die betreffende außenstehende Forderung in Wahrheit nicht übergegangen sei. Mit der Forderung gelten auch die Pfandrechte und Bürgschaftsrechte als übergegangen (§ 401 BGB.). Für den Zeitpunkt des Übergangs der Forderung entscheidet das Zusammentreffen aller Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 2: Erwerb des Geschäfts unter Lebenden, Fortführung des Geschäfts mit Firma, Einwilligung des Veräußerers in die Firmenfortführung; nicht wie Lehmann-Ring (Nr. 12) annehmen, der Zeitpunkt der Konsenserteilung.

§ 25. Anm. 16.

Gleichzeitig folgt hieraus, daß der Veräußerer im Verhältnis zum Schuldner nicht mehr als Gläubiger gilt. Sollte in Wahrheit die betreffende Forderung nicht mit übertragen sein, so gilt er doch dem Schuldner gegenüber gleichwohl nicht mehr als Gläubiger. Da er andererseits aber neben dem Erwerber für die Schulden verhaftet bleibt (vgl. Anm. 1 zu § 26), so hat er zu gewärtigen, daß er für die Schulden des Geschäfts in Anspruch genommen wird, während er die Forderungen desselben nicht zur Aufrechnung stellen kann, es sei denn, daß er die Aufrechnungserklärung vor dem Geschäftsübergang abgegeben hat.

Indessen folgt aus alledem doch noch nicht, daß in der Fortführung der Firma allein eine genügende Anzeige des Forderungsüberganges (§ 409 BGB.) liegt. Das ist keineswegs der Fall. Zwar gilt nach § 25 Abs. 1 der Geschäftserwerber gegenüber dem Schuldner als der einzige Gläubiger, aber das bedeutet nur: es wird so angesehen, als sei die Forderung auf ihn übergegangen. Es bedeutet das aber noch nicht: es wird so angesehen, als sei dieser Forderungsübergang dem Schuldner auch angezeigt. Dieses muß vielmehr besonders geschehen. Eine genügende Anzeige liegt in der Eintragung und Bekanntmachung des Firmenüberganges (übereinstimmend Gierke § 21; über Versendung von Zirkularen vgl. § 22 Anm. 27). Der Dritte kann davon ausgehen, daß der Firmenübergang mit Bewilligung des Geschäftsverkäufers erfolgt ist, da legalia praesumuntur. Solange aber der Firmenübergang nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann er an den Geschäftsveräußerer zahlen, bis er von dem Vorhandensein aller Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 2 (s. Anm. 15 a. E.) Kenntnis hat.

Anm. 17.

3. (Abs. 2.) **Eine abweichende Vereinbarung ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie eingetragen und bekannt gemacht oder den Dritten vom Erwerber oder Veräußerer mitgeteilt worden ist.** Das Verhältnis beider Absätze ist folgendes: Beide im Zusammenhang bezwecken die Sicherstellung des geschäftlichen Verkehrs. Der Abs. 2 stellt, wie das RG. (Bd. 60, 298) mit Recht ausführt, gegenüber dem Abs. 1 nicht eine Ausnahme von diesem Prinzipe dar, sondern sieht nur eine anderweite Wahrung desselben vor. Unter den Parteien wirkt die abweichende Vereinbarung, Dritten gegenüber aber nur, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Voraussetzung ist, daß eine abweichende Vereinbarung wirklich getroffen ist. Ist keine abweichende Vereinbarung getroffen, so ist eine Mitteilung, es seien die Passiva ganz oder teilweis nicht übernommen, die von dem Übernehmer ausgeht, unerheblich. Wann liegt nun eine abweichende Vereinbarung im Sinne unseres Absatzes vor? Wenn die Vereinbarung dahin geht, daß die Abs. 1 angeordneten Folgen (Haftungsübernahme für Schulden, Forderungsübergang) nicht eintreten sollen; sie kann sich auch auf bestimmte einzelne Schulden oder Forderungen beschränken. Das Hauptbeispiel ist die Abrede, daß der Übernehmer den Gläubigern nicht haften soll. Auch eine Vereinbarung, daß zwar der Übernehmer dem Veräußerer gegenüber die Verpflichtung übernimmt, die Gläubiger zu befriedigen (Erfüllungsübernahme), daß aber der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber nicht direkt haften soll, ist eine abweichende Vereinbarung. Eine Vereinbarung aber, daß der Übernehmer dem Gläubiger zwar haften soll, aber nicht in gleicher Weise wie der Veräußerer, sondern unter gewissen Modalitäten, z. B. in längeren Fristen, ist keine abweichende Vereinbarung im Sinne des § 25 Abs. 2.

Anm. 18.

b) Weitere Voraussetzung ist, daß die Eintragung und Bekanntmachung oder die Mitteilung gleichzeitig mit der Fortführung des Geschäfts geschehen ist. Denn ist einmal das Geschäft mit Firma fortgeführt, ohne daß eine abweichende Vereinbarung gehörig kundgegeben ist, so ist die Haftung eingetreten und kann durch nachträgliche Kundgebungen nicht beseitigt werden. Dabei wird man freilich den Begriff der Gleichzeitigkeit nicht zu eng auffassen dürfen. Denn der Begriff der Fortführung der Firma

ist ein flüssiger. Es genügt, daß die Eintragung und Bekanntmachung bzw. die Mitteilung unverzüglich der Übernahme des Geschäfts nachfolgt (RG. in JW. 04, 8[9]; Wolff in ZHR. 47, 261; a. A. L. Cohn in Gruchot 42, 52). § 25.

c) Entweder Eintragung nebst Bekanntmachung oder Mitteilung ist erforderlich. Die Eintragung kann nur auf Antrag beider Teile erfolgen; sie sind einander hierzu verpflichtet. Ist die abweichende Vereinbarung eingetragen und bekannt gemacht, so braucht sie nicht mehr mitgeteilt zu werden. Auch kann der Dritte nicht einwenden, er habe die Eintragung ohne seine Schuld nicht gekannt; § 15 Abs. 2 greift nicht Platz, da dies zu dem der Vorschrift des § 25 direkt widersprechenden Ergebnis führen würde, daß trotz der Eintragung und Bekanntmachung der Vereinbarung der Dritte sich darauf berufen könnte, er habe die Vereinbarung nicht gekannt noch kennen müssen (RG. in JW. 03, 401[15]; über die Unanwendbarkeit von § 15 Abs. 1 vgl. unten Anm. 21). Die über den Geschäftsübergang gemachten Mitteilungen (Zirkulare) können nach erfolgter Eintragung und Bekanntmachung diesen Punkt übergehen und so allerdings den Anschein erwecken, als ob eine abweichende Abrede nicht getroffen sei. Die Rechtsfolgen des Abs. 1 treten gleichwohl nicht ein. Anm. 19.

Ist die abweichende Vereinbarung mitgeteilt, so braucht sie nicht mehr eingetragen zu werden.

d) Die Eintragung und die Mitteilung müssen so deutlich sein, daß der Dritte erkennen kann, dasjenige Aktivum oder Passivum, das ihn angeht, sei nicht mit übergegangen. Eine allgemeine Erklärung ist jedenfalls zulässig (etwa: die Aktiva sind nicht mit übergegangen, die Passiva sind nicht mit übernommen; oder auch: nur Vertragsverbindlichkeiten sind übernommen, oder nur Forderungen aus Verträgen sind übergegangen). Aber auch spezielle Erklärungen (bestimmte Passiva, bestimmte Aktiva seien nicht übernommen) sind zulässig; die abweichende Meinung Cohns — bei Gruchot 42, 53 — stellt sich gegenüber dem Wortlaute des § 25 Abs. 2 als willkürlich dar. Auch deutliche Bezugnahmen auf die Firmenregisterakten sind zulässig. Sind Schulden nur laut Verzeichnis im bestimmten Betrage übernommen, so muß dies eingereicht und in der Bekanntmachung deutlich erkennbar gemacht werden, sonst ist die Haftung unbeschränkt (RG. in JW. 01, 802[11]). Anm. 20.

Was insbesondere die besondere Mitteilung angeht, so genügt es, wenn einer der beiden Kontrahenten, der Veräußerer oder der Erwerber (KGBl. 01, 99), sie macht; die Art der Mitteilung (schriftlich, mündlich) ist ohne Belang. Aber es genügt nicht, daß der Dritte die Abrede sonst kannte; **§ 15 Abs. 1 greift hier nicht Platz,** denn er betrifft nur Fälle, in denen das HGB. die Eintragung den Beteiligten vorschreibt, wovon im § 25 nicht die Rede ist (RG. in JW. 03, 401[15]; s. a. oben Anm. 19 und § 15 Anm. 16; abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 20, der aber seine frühere Ansicht in den Materialien zu dieser Auflage aufgegeben hat). Dagegen genügt es, daß dem, der mit der Einziehung einer Forderung beauftragt ist, die Mitteilung gemacht wird; denn dieser gilt als zur Entgegennahme ermächtigt (RG. in derselben Entsch. bei Holdheim 13, 103). Sind auf der einen Seite mehrere Personen, so genügt es, daß eine Person die Mitteilung in glaubhafter Weise macht. Bei widersprechenden Erklärungen entscheidet die Wahrheit (so zutreffend Düringer-Hachenburg I 118, auch Litthauer-Mosse Nr. 12, während Wolff in ZHR. 47, 263 die zuerst ankommende und bei gleichzeitiger Ankunft keine gelten läßt). Ist der Drittschuldner infolge dieser widersprechenden Erklärungen über die Person seines Gläubigers im unklaren, so mag er hinterlegen (§ 372 BGB.). Anm. 21.

II. (Abs. 3.) **Der Fall der Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma.** Anm. 22.

A. **Allgemeines.** Für den Fall, daß das Geschäft fortgeführt wird, aber ohne die bisherige Firma, hat das Gesetz aus der Fortführung des Geschäfts allein weder ein direktes

§ 25. Verhältnis der Geschäftsgläubiger, noch ein solches der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber hergeleitet. Hier muß vielmehr, wenn ein direktes Verhältnis der Gläubiger zum Geschäftserwerber hergestellt werden soll, ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegen; als solchen bezeichnet das Gesetz namentlich die Bekanntmachung der Passivenübernahme. Von dem Übergang der außenstehenden Forderungen ist für diesen Fall im Gesetze nichts gesagt. Hier gilt das in Anm. 27 zu § 22 Gesagte.

Anm. 23. B. **Die Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Gläubigern im Falle der Fortführung des Geschäfts ohne Firma** tritt nur beim Vorhandensein eines besonderen Verpflichtungsgrundes ein, insbesondere im Falle der Bekanntmachung der Passivenübernahme.

Anm. 24. 1. **Die besonderen Verpflichtungsgründe.** Ein besonderer Verpflichtungsgrund liegt, abgesehen von der wohl seltenen, zwischen allen drei Beteiligten vereinbarten kumulativen Haftungsübernahme (Anm. 9), z. B. in der Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB., d. h. in einer Schuldübernahme, kraft welcher der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners treten soll, sodaß dieser letztere zu haften aufhört. Zu ihrer Wirksamkeit gehört die Genehmigung des Gläubigers.

Ein anderer Verpflichtungsgrund liegt dann vor, wenn der Geschäftsveräußerungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter, d. h. in der Absicht geschlossen ist, für die Gläubiger ein neben der Haftung des Veräußerers hinzutretendes direktes Recht gegen den Übernehmer zu begründen. Ein Veräußerungsvertrag in diesem Sinne ist denkbar (ROHG. 21, 233), aber im Zweifel nicht anzunehmen (§ 329 BGB.).

Aber auch wenn ein Vertrag zugunsten eines Dritten nicht vorliegt, so muß doch, wenn der Übernehmer die Übernahme dem Gläubiger anzeigt, darin ein besonderer Verpflichtungsgrund im Sinne dieses Gesetzes erblickt werden. Der Grund ist der gleiche, aus welchem nach früherem Recht ohne besondere Gesetzesbestimmung in der allgemeinen Anzeige der Passivenübernahme ein konstitutiver Akt erblickt wurde, durch den der Gläubiger ohne besondere Annahme das Recht gegen den anzeigenden Passivenübernehmer erwarb (s. 5. Aufl. Erl. zu Art. 22). In solchem Falle bedarf es keiner besonderen Annahme, weil der Gläubiger ja nur Rechte erwirbt, und sein Schweigen hier als Annahme nach den Anschauungen des Handelsstandes gilt.

Ein ferneres Beispiel eines besonderen Verpflichtungsgrundes ist der Fall, daß jemand sein ganzes Vermögen auf einen andern überträgt (§ 419 BGB.; s. a. Anm. 9). Wann dieser Fall vorliegt, darüber s. Anm. 20 zu § 22 (in der Geschäftsveräußerung durch eine offene Handelsgesellschaft oder durch einen Einzelkaufmann liegt er hiernach nicht). Der Übergang der Schulden kann in diesem Falle nicht einmal durch eine entgegenstehende Vereinbarung beseitigt werden. Die Wirkung einer solchen Schuldenübernahme ist allerdings eine beschränkte; sie beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die dem Übernehmer aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Doch wird der Fall wohl selten vorkommen; denn meist wird mit solcher allgemeinen Vermögensübertragung die Fortführung der Firma oder die Bekanntmachung des Passivenüberganges an die Gläubiger verbunden sein.

Anm. 25. 2. Der hauptsächlichste besondere Verpflichtungsgrund ist die in Abs. 3 hervorgehobene **handelsübliche Bekanntmachung der Passivenübernahme.**

a) **Voraussetzung** für die selbständige Haftung gegenüber den Gläubigern ist auch hier zunächst das Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des § 25 Abs. 1, **jedoch mit Wegfall der Firmenfortführung.** Vorausgesetzt ist also Erwerb eines bestehenden Geschäfts unter Lebenden (darüber Anm. 1 und 2); Fortführung des Geschäfts (Anm. 3); Geschäft eines Vollkaufmanns (Anm. 6, 7; auch § 5 greift in den dort angegebenen Grenzen hier Platz).

Anm. 26. b) **Die letzte Voraussetzung ist, daß die Haftungsübernahme von dem Erwerber in handelsüblicher Weise bekannt gemacht wird.**

Die Übernahme der Verbindlichkeiten muß bekannt gemacht werden. Das sagt das Gesetz ausdrücklich und davon kann nicht abgegangen werden, auch wenn man der Anschauung huldigt, daß in der Übernahme des Geschäfts die Übernahme aller hierbei nicht ausgeschiedenen Passiva liegt. Die Anzeige der Geschäftsübernahme für sich allein genügt also nicht (RG. 50, 120; abw. früher Cosack, jetzt zust. § 14[21]). § 25.

Die handelsübliche Bekanntmachung der Passivenübernahme liegt in der öffentlichen Bekanntmachung durch Annoncen (ROHG. 3, 182); auch in der Erklärung der Passivenübernahme zum Handelsregister zum Zwecke der Eintragung und Bekanntmachung (RG. 8, 64; Bolze 16 Nr. 314 u. 316), auch in der Veröffentlichung der die Passiva enthaltenden Bilanz durch die übernehmende Gesellschaft (RG. in DJZ. 96, 57). Sie liegt ferner in der besonderen Bekanntmachung an eine so erhebliche Zahl von Geschäftsgläubigern, daß sich aus dieser Bekanntmachung auf den Willen des Übernehmers schließen läßt, die Geschäftsübernahme werde in der gekennzeichneten Art dem Kreise der Geschäftsgläubiger überhaupt, der Gläubigerschaft, erkennbar (RG. 17, 96; 38, 177). Daß einzelne Gläubiger ein solches Zirkular nicht erhalten haben, ist alsdann unerheblich; auch der, der es nicht erhalten hat, kann sich auf dasselbe berufen. Sollen vielmehr einzelne Gläubiger ausgenommen sein, so muß dies ebenfalls bekannt gemacht oder gleichzeitig den betreffenden Gläubigern mitgeteilt werden (RG. 38, 177). Dagegen genügt nicht eine Bekanntmachung an eine bestimmte Anzahl von Personen. Würde z. B. drei herausgegriffenen Gläubigern A, B und C mitgeteilt sein, daß die mit A, B, C und D begründeten Geschäftsschulden übernommen sind, so würde sich D hierauf nicht stützen können. Das wäre weder eine allgemeine Bekanntmachung an alle Gläubiger, noch eine spezielle Bekanntmachung an D. Würden sich aber A, B und C darauf berufen können? Darüber (bejahend) s. Anm. 24. Anm. 27.

Durch den Erwerber muß die Bekanntmachung erfolgt sein. Doch wird man, wie im früheren Recht, auch eine von einem Dritten ausgehende Bekanntmachung für genügend halten, wenn sie nur mit Genehmigung des Erwerbers erfolgt (RG. 38, 177). Anm. 28.

3. **Die Wirkung ist eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern.** Eine solche Bekanntmachung ist ein selbständiger Verpflichtungsgrund. Es liegt darin die Kodifikation eines früheren Handelsgebrauchs (RG. 17, 96; 38, 173; s. 5. Aufl. § 13 zu Art. 22). Anm. 29.

α) Einer Annahme seitens der Gläubiger bedarf es nicht.

β) Die Haftung tritt, wenn die angegebenen Voraussetzungen vorliegen, auch dann ein, wenn inter partes die Haftungsübernahme nicht vereinbart worden ist (so auch für das frühere Recht RG. 38, 173). Anfechtung der in der Bekanntmachung liegenden Erklärung wegen Irrtums, Betrugs usw. ist jedoch nicht ausgeschlossen (Anm. 10).

γ) Der Umfang der Haftung erstreckt sich auf die „früheren Geschäftsverbindlichkeiten"; gleichbedeutend mit den „im Betriebe begründeten Verbindlichkeiten" des Abs. 1 (Anm. 11).

δ) Die Art der Haftung ist hier die gleiche, wie bei der Haftung auf Grund der Firmenfortführung (Anm. 9). S. daher über die Einreden des Übernehmers Anm. 10.

Zusatz 1. Prozessuale Fragen. Die Fälle, in denen die hier vorgesehenen Schuld- und Forderungsübergänge während des Prozesses oder nach rechtskräftiger Feststellung der Forderungen erfolgen, sind bereits an einer anderen Stelle behandelt worden (Anm. 39—44 zu § 17). Dort ist auch die neue Vorschrift des § 729 CPO. behandelt (näheres Anm. 43 zu § 17). Anm. 30.

Zusatz 2. Die Frage nach der fortdauernden Haftung des Geschäftsveräußerers ist in den Erl. zu § 26 erörtert. Anm. 31.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Der § 25 findet nur Anwendung auf die Rechtsakte nach dem 1. Januar 1900. Dabei ist es aber genügend, wenn die Fortführung der Firma oder die Bekanntmachung an die Gläubiger nach diesem Zeitpunkte geschieht. Der Geschäftserwerb selbst kann auch früher geschehen sein. Nur muß es sich, damit Abs. 1 zur Anwendung kommt, um eine Geschäftsfortführung handeln, die sich an den Geschäftserwerb unmittelbar anschloß. Anm. 32.

§ 26.

§ 26. Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im § 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen den früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt.

Die Verjährung beginnt im Falle des § 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des § 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Uebernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph bestimmt eine Verjährung zugunsten des Geschäftsveräußerers für den Fall, daß der Geschäftsübernehmer für die Passiva haftet.** Die dem § 159 nachgebildete Vorschrift ist neu. Diese Verjährung ist das der Billigkeit entsprechende Gegengewicht für den Hinzutritt eines neuen Schuldners. Wenn der Gläubiger sich binnen einer gewissen Zeit nicht an den alten Schuldner hält, so gibt er damit zu erkennen, daß er den Geschäftserwerber als seinen alleinigen Schuldner anerkennen will.

Anm. 1. 1. Vorausgeschickt werden muß eine Erörterung über die **fortdauernde Haftung des Veräußerers überhaupt.**

Ob der Geschäftsveräußerer dem Gläubiger gegenüber frei wird oder nicht, hängt von der Natur des Übernahmevertrages ab. Liegt eine Schuldübernahme nach § 414 BGB. vor, so wird er frei. Liegt eine Haftung auf Grund des § 419 (Erwerb des gesamten Vermögens) vor, so wird er nicht frei. Ebenso wird er nicht frei, wenn der Erwerber deshalb haftet, weil er das Geschäft mit Firma fortführt (Fall des § 25 Abs. 1; s. § 25 Anm. 9), und endlich wird er nicht frei, wenn der Erwerber haftet, weil er die Passivenübernahme veröffentlicht hat (Hauptfall des § 25 Abs. 3; s. § 25 Anm. 25).

Mit diesen beiden letzten Fällen beschäftigt sich die Verjährungsvorschrift des vorliegenden Paragraphen. *In den übrigen Fällen richtet sich die Verjährung gegen den nicht frei werdenden Veräußerer nach bürgerlichem Recht.*

In jenen beiden Fällen liegt eine kumulative Haftungsübernahme vor. Der Geschäftserwerber tritt neben den Geschäftsveräußerer als zweiter Schuldner. Wir haben das Verhältnis beider näher charakterisiert in Anm. 9 zu § 25; in den Hauptbeziehungen hat es Ähnlichkeit mit der Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB.; die nähere Darlegung über die Grundsätze von der Solidarhaft findet sich in der Erl. zu § 128). *Der Veräußerer insbesondere haftet so lange,* **bis er aus der Haftung entlassen wird.** Diese Entlassung ist aber dadurch nicht erfolgt, daß der Gläubiger die Anzeige des Geschäftsübergangs oder die Anzeige, daß der Veräußerer die weitere Haftung ablehne, oder die Aufforderung, sich binnen bestimmter Frist beim Veräußerer zu melden, mit Stillschweigen überging, auch dadurch nicht, daß der Gläubiger den Erwerber wegen der Rückstände mahnt oder verklagt (ROHG. 8, 382; RG. 19, 253) oder Teilzahlungen von ihm entgegennimmt (Allfeld 160), endlich aber auch *dadurch nicht, daß der Gläubiger die aus einem zweiseitigen Vertrage seinerseits zu machende Leistung an den die Aktiva übernehmenden Erwerber abliefert.* Denn auf die Ablieferung hat der Erwerber als Übernehmer der Aktiva einen rechtlichen Anspruch. Anders entschied früher in diesem Falle das Reichsgericht (RG. 19, 129; Bolze 13 Nr. 500). Später ist auch das Reichsgericht (RG. 31, 47 f.) der hier vertretenen Ansicht beigetreten. Es wollte aber den Veräußerer dann als befreit ansehen, wenn der Gläubiger dem Erwerber hierbei den Kaufpreis kreditiert oder länger oder mit

geringerer Sicherheit krediticrt, als dies dem Veräußerer gegenüber der Fall war, weil er damit zu erkennen gegeben habe, daß der Anspruch gegen den letzteren aufgegeben werde. Allein wer dem einen von zwei Gesamtschuldnern Stundung gewährt, gibt dadurch den Anspruch gegen den andern keineswegs auf (s. §§ 441, 442, I, 5 ALR.; Windscheid, Pandekten § 298). Vielmehr bleiben, wie § 421 BGB. sagt, bis zur Bewirkung der ganzen Leistung sämtliche Schuldner verpflichtet (vgl. a. §§ 422—425 BGB.; zust. Lehmann-Ring Nr. 1). In dem Falle, wo ein Angestellter des Geschäfts dem Übernehmer seine Dienste leistet, steht das Reichsgericht ganz auf dem hier vertretenen Standpunkte (RG. 36, 50). Und auch im übrigen hat es den seinigen schließlich aufgegeben oder vielmehr erklärt, daß in der Bd. 31 S. 47f. behandelten Entscheidung der Fall eigentümlich gelegen habe, und es nur deshalb zu einer abweichenden Beurteilung gelangt sei (RG. 19. 12. 00 im SächsArch. 12, 719 und RG. v. 18. 4. 02 bei Holdheim 12, 179). § 26.

Zahlt der eine der beiden Haftenden eine Schuld, die nach dem Veräußerungsvertrage der andere zu zahlen hatte, so hat er ein Rückgriffsrecht (vgl. § 426 BGB.).

2. **Die hier festgesetzte Verjährung der Haftung des Geschäftsveräußerers** betrifft lediglich diejenige fortdauernde Haftung, die sich aus § 25 Abs. 1 und diejenige, die sich aus dem Hauptfall des § 25 Abs. 3 ergibt (vgl. Anm. 1). Anm. 2.

a) **Die Frist ist 5 Jahre.** Tritt nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher ein, so behält es dabei sein Bewenden. So verjähren schon nach 2 Jahren die in Abs. 1 des § 196 Nr. 1—17 BGB. aufgezählten Ansprüche, schon nach 4 Jahren die Ansprüche, die in Abs. 2 des § 196 und im § 197 BGB. aufgezählt sind. Von den unter Nr. 1 des § 196 Abs. 1 bezeichneten Ansprüchen können hier nur solche aus Leistungen für den Gewerbebetrieb des Schuldners in Frage kommen, die also in 4 Jahren verjähren (§ 196 Abs. 2); denn sonst sind sie keine Geschäftsschuld und gehen auf den Geschäftserwerber nicht über. Entsprechendes gilt für die Nr. 2 des § 196. Bei Berechnung dieser Fristen greift § 201 BGB. Platz (Fristbeginn mit Jahresschluß).

Tritt aber nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung erst später ein, so wird sie eben durch die vorliegende kurze Verjährung ersetzt. Das gilt auch von der im § 218 BGB. festgesetzten 30jährigen Verjährung für rechtskräftig festgestellte Ansprüche und die dort erwähnten Ansprüche aus einem vollstreckbaren Vergleich usw. Als allgemeine Vorschrift weicht dieser § 218 BGB. nach unserer Ansicht der vorliegenden Sondervorschrift, die mit Rücksicht auf die Schuldübernahme und die dadurch verstärkte Stellung des Gläubigers auf der anderen Seite eine Minderung seiner Stellung durch Abkürzung der Verjährungsfrist eintreten läßt. Natürlich bezieht sich das nur auf den Fall, daß die Forderung bereits rechtskräftig festgestellt war, als die Schuldübernahme eintrat. Erfolgt die Feststellung später, dann tritt die gewöhnliche Verjährung der 30 Jahre ein. Anm. 3.

Veräußert eine o. H. G. oder eine Kommanditgesellschaft ihr Geschäft unter Umständen, die eine Haftung des Übernehmers für die Passiva des Geschäfts begründen, so verjährt die Haftung der Gesellschaft innerhalb der hier festgesetzten Frist, und damit verjähren natürlich auch die Ansprüche gegen die persönlich haftenden Gesellschafter für die betreffenden Gesellschaftsschulden. Die Verjährung aus unserm § 26 wird dann praktisch werden, wenn die nach § 159 begründete Verjährung erst später beginnt, z. B. die Auflösung der Gesellschaft erst später eingetragen wird, als die Veräußerung des Geschäfts. Wird dagegen die Auflösung der o. H. G. früher eingetragen, als die Veräußerung des Geschäfts, wenn die letztere z. B. erst in der Liquidation erfolgt, so tritt die Verjährung des § 159 früher ein und hat dann den Vorzug. Anm. 4.

b) **Der Beginn der Verjährungsfrist** ist im Abs. 2 unseres Paragraphen festgesetzt: Anm. 5.

α) Im Falle des § 25 Abs. 1 (Fortführung der Firma) beginnt sie mit der Eintragung des neuen Inhabers beim Gerichte der Hauptniederlassung, oder vielmehr mit dem Ende des Tages der Eintragung. Daß die Zweigniederlassung hierbei nicht in Betracht kommt, ist eine von der allgemeinen Regel des § 15 Abs. 3 abweichende Ausnahme. Auch die

§ 26. Schulden also, die im Betriebe der Zweigniederlassung begründet sind, beginnen mit der Eintragung des Firmenüberganges beim Hauptregister zu verjähren (überall zust. Denzler 186). Doch erfolgt naturgemäß die Eintragung bei dem Register der Zweigniederlassung, und zwar nur dort, wenn es sich um die Veräußerung des Geschäfts einer Zweigniederlassung allein handelt (so Düringer-Hachenburg I 121). In diesem Falle findet ja keine weitere Eintragung in das Hauptregister statt. Es wird nur die Aufhebung der Zweigniederlassung beim Hauptregister „vermerkt" (§ 131 FGG.). Auch ist ja mit der selbständigen Veräußerung der Zweigniederlassung das Register kein Register der Zweigniederlassung mehr, sondern das einer Hauptniederlassung.

Die Eintragung entscheidet unbedingt, weder auf die Bekanntmachung kommt es an, noch darauf, ob der Dritte von dem Inhalte der Eintragung Kenntnis hatte. Die Anwendung des § 15 Abs. 2, wie sie Cohn (bei Gruchot 42, 55) annimmt, ist nicht zulässig. Da hiernach lediglich die Eintragung über den Beginn der Verjährung entscheidet, so hat der Geschäftsveräußerer ein erhebliches Interesse, sie zu bewirken. Auch wenn die Firma bisher nicht eingetragen war (§ 25 Anm. 6), ist lediglich die Eintragung der Geschäftsveräußerung und des Firmenüberganges maßgebend, so daß auch hier wieder nichts übrig bleibt, als die Firma des Veräußerers nachträglich zur Eintragung und zur sofortigen Austragung zu bringen (vgl. Anm. 4 zu § 15 über andere Fälle ähnlicher Art).

Anm. 6. β) Im Hauptfalle des § 25 Abs. 3 (Bekanntmachung der Passivenübernahme) beginnt die Verjährung mit dem Ende desjenigen Tages, an welchem die erste Bekanntmachung durch den Erwerber erfolgt ist. Die Bekanntmachung durch den Veräußerer, falls sie nicht etwa mit dem Willen des Erwerbers erfolgt und deshalb einer Bekanntmachung durch den Erwerber gleichsteht (Anm. 28 § 25), ist für den Beginn der Verjährung um so unerheblicher, als ja dann der Fall des § 25 Abs. 3, d. h. Hinzutritt eines neuen Schuldners, gar nicht vorliegt.

Anm. 7. γ) Für beide Fälle ist hinzuzufügen, daß die Verjährung, wenn die Leistung erst zu einem späteren Zeitpunkte verlangt werden konnte, erst in diesem späteren Zeitpunkte beginnt (so § 26 Abs. 2 Satz 2).

Anm. 8. c) **Im übrigen**, also abgesehen von Dauer und Beginn, **finden auf diese Verjährung die Vorschriften des BGB. Anwendung**, insbesondere wegen der Unterbrechung, der Hemmung, des Endes usw. (vgl. §§ 202ff. BGB.). Über diese allgemeinen Grundsätze der Verjährung s. unsere Erläuterung zu § 159 HGB.

Anm. 9. **Zusatz 1. Die Haftung des Veräußerers für die künftigen Geschäftsverbindlichkeiten**, d. h. für diejenigen, welche der Geschäftserwerber begründet, ist hier nicht behandelt. An sich haftet er für diese nicht. Aber es kann sein, daß auch solche Haftung infolge der Versäumung der Löschung der bisherigen Inhaberschaft eintritt (hierüber Anm. 1 u. 4 zu § 15).

Anm. 10. **Zusatz 2. Übergangsfragen.** Diese neue Verjährung bezieht sich auch auf diejenigen Haftungsfälle des Veräußerers, die auf Grund von Tatbeständen vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind. Der Art. 169 EG. z. BGB. kommt zur Anwendung, namentlich auch wenn die neuen Verjährungsfristen kürzer oder länger als die bisherigen sind.

§ 27.

§ 27. Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat,

eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist. § 27.

Lit.: Über die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 vgl. S. Goldmann (in der Festgabe für Wilke, Berlin 00), Bolte (in ZHR. 51, 413ff.), Stegemann, Schulteß (beide Leipzig 03). — Ferner allgemein: Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. (Leipzig 04).

Der vorliegende Paragraph gibt Sonderbestimmungen über die Haftung des Erben für die zum ererbten Geschäft gehörigen Geschäftsverbindlichkeiten.

I. Allgemeines.

1. **Zum Nachlaß** gehören nicht bloß Rechte, sondern auch vererbliche „Rechtslagen" (Kohler, Lehrbuch des BGB. §§ 49ff.; Dernburg V § 124). Unter ihnen ist von besonderer Bedeutung das Handelsgeschäft des Erblassers (§ 22 Anm. 4), das einen Gegenstand der Vererbung bildet (Strohal, Erbrecht, 3. Aufl. S. 22). Anm. 1.

Über **die Haftung des Erben** für die zum ererbten Geschäft gehörigen Geschäftsverbindlichkeiten hatte das alte HGB. keine besonderen Bestimmungen. Das bisherige Recht wandte auf diesen Fall die gewöhnlichen Regeln des Erbrechts an. Danach war (nach Maßgabe der Landesrechte) der Erbe für die Geschäftsschulden des Erblassers für die Regel nur beschränkt haftbar. Dagegen enthält der vorliegende Paragraph den Grundsatz, daß der Erbe, der das ererbte Geschäft fortsetzt, für die Geschäftsschulden dann unbeschränkt haften soll, wenn auch im Falle des Erwerbs des Geschäfts unter Lebenden eine persönliche und unbeschränkte Haftung eintreten würde. **Das ist der Grundgedanke unseres Paragraphen.** Er **verschärft** also die Haftung des Erben gegenüber den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts; ohne Rücksicht, ob der Erbe nach dem bürgerl. Recht unbeschränkt haftet, tritt bei Fortführung des Geschäfts unter den Voraussetzungen des § 26 unbeschränkte Haftung ein. In Abs. 2 wird jedoch von diesem Grundsatze zugunsten des das Geschäft einstweilen fortführenden Erben abgewichen.

2. Es muß sich um das ererbte Geschäft eines **Vollkaufmanns** handeln (Anm. 6, 7, 25 zu § 25); die Frage ist hier ebenso, wie bei § 25, zu entscheiden. Übrigens auch nur um das Geschäft eines Einzelkaufmanns; denn bei der Fortsetzung der Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters greifen die §§ 139, 161 Abs. 2 Platz (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 2). Anm. 2.

3. Was unter den „früheren Geschäftsverbindlichkeiten" zu verstehen ist, darüber s. Anm. 29 zu § 22. Anm. 3.

4. Über die zum ererbten Geschäft gehörigen **Forderungen** s. Anm. 30. Anm. 4.

II. Die Grundsätze des vorliegenden Paragraphen.

Da grundsätzlich der § 25 entsprechende Anwendung findet, so sind hier, wie dort, bei der Darstellung zwei Fälle zu unterscheiden: 1. der Fall, daß der Erbe das Geschäft ohne die Firma fortführt; 2. der Fall, daß er das Geschäft mit Firma fortführt. Der erstere ist der Fall des § 25 Abs. 3. Er liegt einfacher als der andere und wird aus diesem Grunde bei der Erläuterung zuerst behandelt. Für beide Fälle gilt, daß der „Erbe" im Sinne unserer Vorschrift nur der Universalsukzessor ist (s. Anm. 32), gleichviel ob er gesetzlicher, Testaments-, Vertrags-, Vor- oder Nacherbe ist. Anm. 5.

1. **Der erste Fall: der Erbe führt das Geschäft ohne die Firma fort.** Anm. 6.

a) **Darin liegt unseres Erachtens für die Regel eine deutliche Erklärung der Annahme der Erbschaft.** Das BGB. sagt nicht, in welcher Weise die Annahme der Erbschaft erfolgt. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen liegt sie daher in jeder Betätigung des Annahmewillens (Dernburg V § 147). Führt nun aber der Erbe ein zum Nachlaß (gleichbedeutend mit

§ 27. Erbschaft im Sinne von § 1922 BGB.; Binder 57) gehöriges Geschäft unter seinem eigenen Namen fort, so liegt darin eine so erhebliche und prägnante Verfügung über dieses Nachlaßobjekt — er drückt ja dem Geschäft den Stempel seiner eigenen Persönlichkeit auf —, daß man die Betätigung des Erbschaftsannahmewillens für die Regel billig darin erblicken kann (Schultеß 19 hält diese Annahme für eine zu weitgehende). Daraus folgt, daß die Erbhaftung für die Schulden des Nachlasses eintritt. Diese Haftung ist **zunächst und grundsätzlich** eine beschränkte oder, wie die Rechtssprache sich vor dem 1. 1. 00 ausgedrückt hat, eine Haftung mit der Rechtswohltat des Inventars, mit den Kräften des Nachlasses. Diese Fundamentalfrage, ob der Erbe zunächst und grundsätzlich unbeschränkt, d. h. persönlich, auch mit seinem eigenen Vermögen, oder zunächst und grundsätzlich beschränkt, d. h. sachlich, bloß mit dem Nachlaß haftet, ist eine der blühendsten Streitfragen des neuen Rechts. Die hochangeschwollene Literatur ist bei Dernburg (V § 164[4]) genau verzeichnet. Wir entscheiden uns in letzterem Sinne (ebenso u. a. Düringer-Hachenburg I 122; Goldmann I 128); ein für die Praxis erwünschteres Ergebnis. So gefährlich, wie es den Anschein hat, ist indes die Streitfrage nicht (Dernburg a. a. O.). Es läuft schließlich auf eine Frage der Beweislast hinaus, ob man sagt: der Erbe haftet beschränkt, doch wird die Haftung durch gewisse Umstände unbeschränkt, oder ob man umgekehrt sagt: der Erbe haftet unbeschränkt, seine Haftung wird aber unter Umständen beschränkt. Die Wohltat der beschränkten Haftung verliert er, wenn er die auf Antrag eines Nachlaßgläubigers vom Nachlaßgericht gestellte Frist zur Einreichung eines Nachlaßinventars verstreichen läßt, ohne das Inventar zu errichten oder die Errichtung desselben zu beantragen (§§ 1994 Abs. 1 Satz 2, 2003 BGB.), oder wenn er bei der Errichtung des Inventars dolos verfährt (§ 2005 BGB.).

Anm. 7. Nach diesen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, deren nähere Auseinandersetzung nicht hierher gehört, richtet es sich auch, ob der das Geschäft unter seinem Namen fortführende Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten beschränkt oder unbeschränkt haftet. Selbstverständlich sind diese ferner auch dafür maßgebend, durch welche Maßnahmen und Mittel der Erbe die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß geltend macht (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs [§ 1975 BGB.], Aufgebotsverfahren [§ 1973 BGB.] usw.).

Anm. 8. b) Zu diesen Regeln des bürgerlichens Rechts tritt nun aber infolge der in unserem Paragraphen angeordneten entsprechenden Anwendung des § 25 Abs. 3 die weitere Rechtsregel, daß der das Geschäft **unter seinem Namen** fortführende Erbe für die früheren Geschäftsschulden unbeschränkt haftet, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, **insbesondere wenn er die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt macht.** Erläßt er diese Bekanntmachung (hierüber s. Anm. 26 bis 28 zu § 25), so haftet er kraft der Vorschriften der §§ 25 Abs. 3 und 27 für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, mit seinem ganzen Vermögen (vgl. Bolte 467 ff.). Eine etwaige beschränkte Haftung des Erben für die sonstigen Schulden des Erblassers, z. B. infolge der Nachlaßverwaltung, durch die natürlich das Geschäft mitergriffen wird, oder eines Aufgebotes der Erben, berührt alsdann die Geschäftsgläubiger nicht. Sie sind zur Klage gegen den Erben und zur Zwangsvollstreckung in sein ganzes Vermögen berechtigt. Der Rechtswohltat der beschränkten Haftung in bezug auf den Nachlaß überhaupt ist der Erbe dadurch noch nicht verlustig gegangen, da er die Rechtswohltat so lange hat, als er sie nicht allen Gläubigern gegenüber verloren hat (§ 2013 Abs. 2 BGB.; Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. S. 332).

Anm. 9. c) Daß der Erbe für neue Geschäftsverbindlichkeiten, die er während seiner eigenen Geschäftsführung eingeht, unbeschränkt haftet, ist selbstverständlich; das sind ja keine Nachlaßverbindlichkeiten (Anm. 29).

Anm. 10. 2. **Der zweite Fall: Der Erbe führt das Geschäft unter der bisherigen Firma unverändert oder mit Nachfolgerzusatz fort.** Auch hier soll allerdings § 25 zur entsprechenden Anwendung kommen. Das würde zur Folge haben: wenn der Erbe das Geschäft mit Firma fortführt, so haftet er für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, außer wenn er

die unbeschränkte Haftung durch Eintragung in das Handelsregister oder durch Mitteilung an die betreffenden Gläubiger ablehnt. Dieser Satz ist an sich auch richtig und kann zunächst aufgestellt werden. Allein der Absatz 2 unseres Paragraphen schafft eine so erhebliche und derart grundsätzliche Abweichung, daß durch jenen Satz allein für die Darstellung nichts gewonnen ist. Es muß vielmehr die Materie in anderer Weise dargestellt werden, um zur Klarheit zu gelangen, nämlich wie folgt: § 27.

a) Der Erbe kann sofort, wenn er das Nachlaßgeschäft mit Firma fortzuführen beginnt, in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 in das Handelsregister eintragen lassen oder den Geschäftsgläubigern mitteilen, daß er die Übernahme der unbeschränkten Haftung für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten ablehne. Dadurch kann er natürlich seine Haftung für die Nachlaßschulden in seiner Eigenschaft als Erbe nicht ausschließen. Denn diese Haftung ist mit der Erbeneigenschaft notwendig verbunden (§ 1967 BGB.). Aber er sichert sich dadurch für alle Fälle, mag sich seine Rechtsstellung als Erbe in Zukunft gestalten wie immer, den Vorteil, daß aus der Fortführung des Geschäfts mit Firma jedenfalls nicht das Präjudiz folgt, er hafte für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt. Diese Rechtsfolge kann sich in der späteren Zeit vielleicht aus anderen Gründen ergeben (Verlust des Inventarrechts infolge der im BGB. vorgesehenen Gründe). Für unzutreffend müssen wir es erachten, wenn Düringer-Hachenburg (I 124; ihnen zust. Goldmann I 131; Lehmann-Ring Nr. 6) die einseitige Erklärung des Erben, daß er die unbeschränkte Haftung ablehne, überhaupt für wirkungslos erachten. Sie meinen, in dieser Weise könne § 25 Abs. 2 nicht entsprechend angewendet werden, nur bei Willenserklärungen des Erblassers sei eine entsprechende Anwendung denkbar, also wenn der Erblasser z. B. im Testamente bestimme, daß der Erbe auch bei Fortführung des Geschäfts nur beschränkt hafte (auch dies verwerfen Goldmann und Lehmann-Ring). Indessen die Veröffentlichung und Mitteilung einer „Vereinbarung" (§ 25 Abs. 2) liegt auch in diesem Falle nicht vor. Die „entsprechende" Anwendung des § 25 Abs. 2 rechtfertigt sich vielmehr aus folgenden Gründen auch bei der einseitigen Erklärung des Erben, nur beschränkt haften zu wollen. Nicht diese einseitige Erklärung ist es, die ihm den Vorteil der beschränkten Haftung verschafft. Dieser Vorteil ist eine Folge der Rechtslage an und für sich; der Erbe macht durch seine Kundgebung nur bekannt, daß er in dieser Lage verbleiben, eine weitere Haftung nicht übernehmen wolle, als sie durch diese Rechtslage bedingt ist. Gerade so, wie der Erwerber eines Geschäfts unter Lebenden in entsprechender Weise bekannt macht, daß er hierbei die Geschäftsverbindlichkeiten nicht übernommen hat. Auch hier macht er nur die bestehende Rechtslage bekannt, und darauf beruht die Wirkung seiner Erklärung. Die Erklärung selbst kann, wie § 25 Abs. 2 ergibt, auch einseitig sein. (Zust. zur hier — Anm. 11 — vertretenen Auffassung Bolte 462, Langen in ArchBürgR. 23, 417; abweichend Schulteß 32). Anm. 11.

Hat der Erbe durch diese Kundmachung bewirkt, daß ihm die Fortführung des Geschäfts mit Firma nicht das Präjudiz der unbeschränkten Haftung bringt, so befindet er sich nunmehr in derselben Lage, wie wenn er das Geschäft ohne Firma fortgeführt hätte. Er hat durch die Fortführung des Geschäfts mit Firma, durch die Eintragung dieses Zustandes oder die Bekanntmachung an die Gläubiger, daß er zwar das Geschäft fortführe, aber die früheren Verbindlichkeiten nur beschränkt übernehme, sich endgültig und deutlich für die Annahme der Erbschaft entschieden; enthält doch die Erklärung, nur beschränkt, wie ein Erbe, haften zu wollen, die Erklärung, Erbe sein zu wollen. Hiernach kann er die Erbschaft, es sei denn, daß ihm aus allgemeinen Rechtsgründen die Anfechtung der Annahmeerklärung, z. B. wegen Irrtums, zusteht (Neumann Nr. 3 zu § 1943 BGB.), nicht mehr ausschlagen und hat die Rechtsstellung eines Erben, der die Rechtswohltat des Inventars noch nicht verwirkt hat. Verwirkt er diese Rechtswohltat aus anderen Gründen, so haftet er auch für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, trotz jener Eintragung oder Mitteilung, daß er nur beschränkt haften wolle. Denn diese bedeuten nur, daß die Fortführung der Firma die unbeschränkte Haftung nicht zur Folge haben soll. Tritt sie infolge anderer Gründe ein, so Anm. 12.

§ 27. erstreckt sie sich auch auf die Geschäftsschulden. **Die Frist des Abs. 2 unseres Paragraphen aber berührt ihn nicht.** Auch wenn er das Geschäft dauernd fortsetzt, hat er sich durch die Bekanntmachung, nur beschränkt haften zu wollen, diese Rechtswohltat dauernd gesichert.

Anm. 13. Für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten haftet er natürlich unbeschränkt, das sind ja keine Nachlaßverbindlichkeiten (Anm. 29).

Anm. 14. b) Wenn der Erbe von der Vergünstigung des § 25 Abs. 2 (Bekanntmachung der beschränkten Haftung) keinen Gebrauch macht, so würde, wenn nunmehr § 25 Abs. 1 zur einfachen entsprechenden Anwendung gelangte, **der das Geschäft mit Firma fortführende Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften.** Es ist dies, wie wir wiederholen (vgl. Anm. 8, 11), keine erbrechtliche Haftung, sondern eine an den Tatbestand des § 27 (in Verbindung mit § 25) geknüpfte Haftung, also eine Verschärfung über die Erbenhaftung, nach bürgerl. Recht hinaus (Anm. 1). Daraus folgt z. B., daß ein Erbe mit beschränkter Haftung, der für eine frühere Geschäftsschuld kraft § 27 unbeschränkt haftet, nicht etwa die Aufnahme eines Vorbehalts aus § 780 CPO. ins Urteil verlangen kann; ebensowenig kann er Einwendungen aus § 781 CPO. erheben, wenn die Zwangsvollstreckung in sein eigenes, und nicht in das Nachlaßvermögen erfolgt (Goldmann I 131).

Allein unser Paragraph läßt die Rechtsfolge der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsschulden nicht ohne weiteres eintreten. Er unterscheidet vielmehr eine einstweilige und eine endgültige Fortführung des Geschäfts mit Firma. Nur die letztere soll jene Folge haben, die erstere nicht.

Anm. 15. *α*) Die **einstweilige** Fortführung des Geschäfts mit Firma. Der Erbe kann das Geschäft mit Firma eine gewisse Frist einstweilen führen; ein Provisorium, ähnlich der im § 1959 BGB. vorgesehenen „Besorgung erbschaftlicher Geschäfte" durch den Erben, der hinterher die Erbschaft ausschlägt.

αα) Die einstweilige Fortführung des Geschäfts mit Firma hat nicht zur Folge, daß der Erbe dadurch die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten übernimmt, auch nicht einmal bedingt, vielmehr tritt die Haftung überhaupt nicht ein — **nihil actum est** —, so lange die Frist zur Einstellung noch läuft (so mit Recht Bolte 446). Ja die einstweilige Fortführung hat nicht einmal zur Folge, **daß darin eine Annahme der Erbschaft erblickt wird.** Beides ist im Abs. 2 unseres Paragraphen deutlich ausgesprochen. Der Erbe ist daher nicht gehindert, die Erbschaft noch nachträglich auszuschlagen Alsdann fällt seine Erbeneigenschaft und damit seine Haftung für die Nachlaßschulden, also auch für die früheren Verbindlichkeiten des einstweilen geführten Geschäfts weg. Während der Frist aber können gegen den Erben, wenn er sonst die Erbschaft nicht annimmt, Nachlaßverbindlichkeiten nicht geltend gemacht werden (§ 1958 BGB.). Auch Zwangsvollstreckungen sind unstatthaft (§ 2014 BGB.); auch Arrestbefehle dürfen, wenn man die vom RG. 60, 179 ff. aufgestellten, für das praktische Leben sehr bedenklichen Grundsätze entsprechend anwendet, nicht erlassen werden. Dagegen kann der Erbe die Geschäftsforderungen einziehen, vgl. Anm. 30. Tut er dies, so kann der Dritte allerdings eine Nachlaßverbindlichkeit zur Aufrechnung stellen, obwohl er sie nicht einklagen könnte, denn die Aufrechnungserklärung ist Tilgung, nicht „gerichtliche Geltendmachung" einer Forderung.

Natürlich aber kann der betreffende Erbe durch andere Tatsachen das Recht der Ausschlagung und auch die Rechtswohltat der beschränkten Haftung verlieren.

Anm. 16. In der Eintragung des Geschäftsübergangs liegt weder eine Annahme der Erbschaft, noch eine unbeschränkte Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten, sondern lediglich eine Richtigstellung des Handelsregisters, die auch bei der einstweiligen Fortführung des Geschäfts geboten und jedenfalls gestattet ist. Doch wird die Anmeldung freilich zum Ausdruck bringen müssen, daß zunächst nur eine einstweilige Fortführung des Geschäfts mit Firma beabsichtigt ist (vgl. a. Anm. 26 zu § 139).

Hat der Erbe den gleichen Namen mit dem Erblasser, so kann es zweifelhaft sein, ob er das Geschäft mit der bisherigen Firma oder ohne die bisherige Firma fortführt. In diesem Zweifel wird das dem Erben günstigere angenommen werden müssen, so lange nicht die weitergehende Absicht erhellt; also wird eine Fortführung mit Firma angenommen werden, da diese dem Erben das spatium deliberandi aus Abs. 2 schafft. Andere (z. B. Bolte 434, der zu Unrecht ein Versehen Staubs annimmt, Lehmann-Ring Nr. 3) wollen in diesem Zweifel die Rechtsfolgen des § 27 „mangels Beweises" nicht eintreten lassen und wollen angenommen wissen, daß der Erbe das Geschäft im eigenen Namen fortführt, wenn nicht sonstige Umstände auf das Vorhandensein einer Fortführung der Firma schließen lassen. § 27. Anm. 17.

ββ) Der Grundgedanke, welcher dieser Rechtsstellung des Erben, der das Geschäft mit Firma **ohne** Bekanntmachung der beschränkten Haftung fortführt, im Gegensatze zu der Rechtsstellung des Erben, **der die Bekanntmachung erläßt**, zugrunde liegt, ist folgender: Führt der Erbe das Geschäft mit Firma fort und macht er sofort bekannt, daß er, zunächst beschränkt, haften wolle, so liegt darin die endgültige Entschließung, das Geschäft als Erbe fortführen zu wollen. Überdies mit dem Vorteile, daß ihm aus der dauernden Fortführung nicht die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten erwächst. Führt er dagegen das Geschäft mit Firma ohne jene Bekanntmachung fort, so liegt darin gar keine endgültige Entschließung. Dadurch genießt der Erbe den Vorteil, daß alles im ungewissen bleibt, auch ob er Erbe bleibt; aber er ladet den Nachteil auf sich, daß er innerhalb der Frist des Abs. 2 den Gewerbebetrieb einstellen muß, wenn er nicht endgültig erben und für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften soll. Eine nachträgliche Bekanntmachung der beschränkten Haftung würde ihm nichts mehr nützen. Anm. 18.

γγ) Dieses Recht der einstweiligen Fortführung des Geschäfts kann sein gewaltsames Ende erreichen, **wenn das Nachlaßgericht gemäß §§ 1960, 1961 BGB. Sicherungsmaßregeln erläßt**, insbesondere einen Nachlaßpfleger bestellt und dem Erben auf diese Weise die Fortführung des Geschäfts entreißt. In diesem Fall tritt durch den Ablauf der Frist des Abs. 2 das Präjudiz der unbeschränkten Haftung nicht ein. Vielmehr kann der Erbe, wenn er das Geschäft nach Ablauf der Frist und nach erledigter Pflegschaft wieder selbst fortführt, nunmehr bekannt machen oder mitteilen, daß er nur beschränkt haften will; wenn er das aber nicht tut, so liegt darin die Übernahme der unbeschränkten Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten gemäß Abs. 1. Eine neue Versuchsfrist oder eine Fortsetzung der früher abgebrochenen Frist läuft nicht. Anm. 19.

δδ) **Die Frist**, bis zu welcher längstens die Geschäftsfortführung mit Firma als einstweilige betrachtet wird, ist regelmäßig 3 Monate, gerechnet von der Kenntnis des Erbanfalls (§ 1942 BGB.), wobei der Tag der Kenntnisnahme nicht mitzurechnen ist (§ 187 Abs. 2 BGB.). Ist aber das Recht zur Ausschlagung dann noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist. Dieser Fall kann sehr leicht vorkommen. Zwar beträgt die Frist unseres Paragraphen drei Monate, die Ausschlagungsfrist aber nur 6 Wochen (§ 1944 BGB.). Allein die beiden Fristen beginnen verschieden: hier mit der Kenntnis des Erbanfalls, bei der Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung — Gesetz, Testament, Erbvertrag — Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2 BGB.). Überdies beträgt die Ausschlagungsfrist in zwei Fällen 6 Monate, wenn nämlich der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande aufhält (§ 1944 Abs. 3 BGB.). Anm. 20.

Auf den Lauf der Frist ist § 206 BGB. entsprechend anwendbar. Anm. 21.

„§ 206. Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt

geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist."

Ist also der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erbe ohne gesetzlichen Vertreter, so läuft diese Frist nicht, ehe der Mangel behoben ist. Von da ab wird aber, wie Düringer-Hachenburg (I 126) mit Recht hervorheben, nicht die im § 206 BGB. bestimmte Frist von 6 Monaten, sondern in entsprechender Anwendung des § 206 Abs. 1 Satz 2 die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. laufen. Der Fall, den das Gesetz hier im Auge hat, kann übrigens sehr selten praktisch werden, nämlich nur dann, wenn der gesetzliche Vertreter, der die Fortführung des Geschäfts begann, vor Ablauf der 3 Monate aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein.

Anm. 22. $\varepsilon\varepsilon$) Stellt nach Ablauf der Frist der Erbe den Gewerbebetrieb ein, so lehnt er damit die unbeschränkte Haftung ab. Darin liegt keine Ausschlagung der Erbschaft. Wenn er nicht sonst die Erbschaft ausgeschlagen hat, kann er im übrigen Erbe werden, auch die zum Geschäfte gehörigen Sachen gehören alsdann zum Nachlaß. Nur der Geschäftsbetrieb wird eingestellt (wegen eines Mündelgeschäfts vgl. § 1823 BGB.). Wie die Einstellung erfolgt, ob mit oder ohne Liquidation, ist ohne Belang; es muß nur der Betrieb völlig aufgegeben werden. Keine Einstellung liegt in der Veräußerung (darüber Anm. 24). Bei mehreren Miterben kann die Einstellung durch Mehrheitsbeschluß erreicht werden; ist ein solcher nicht zu erlangen, so kann jeder Miterbe beantragen, daß eingestellt werde (Schulteß 43).

Anm. 23. β) **Endgültige Fortführung des Geschäfts.** Diese tritt ein, wenn der Erbe während der eben gedachten Frist die Fortführung des Geschäfts nicht eingestellt hat. Alsdann haftet er für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt (s. a. Anm. 14; für die neuen selbstverständlich). Und ferner liegt darin natürlich auch eine endgültige Annahme der Erbschaft. Ob der Erbe für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt oder unbeschränkt haftet, richtet sich nach seinem sonstigen Verhalten. Er wird durch die endgültige Fortführung des Geschäfts nicht etwa unbeschränkt haftender Erbe für die sämtlichen Nachlaßverbindlichkeiten. Zum Antrag auf Nachlaßverwaltung ist er nach wie vor befugt, wenn er auch einzelnen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs. 2). Nur berührt die Nachlaßverwaltung und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger die Geschäftsgläubiger alsdann nicht mehr (Anm. 8). — Die endgültige Fortführung des Geschäfts in diesem Sinne verliert auch dadurch ihre Wirkung nicht, daß der Erbe nunmehr die Firma ablegt (Cosack § 14 S. 57; unzutreffend L. Cohn bei Gruchot 42, 62 f.).

Anm. 24. Hat der Erbe das Geschäft innerhalb der Frist **veräußert**, so tritt seine unbeschränkte Haftung nach Ablauf der Frist ebenfalls ein. Zwar liegt darin keine Fortführung des Geschäfts durch ihn, aber es liegt auch keine Einstellung der Fortführung vor. Um die Geschäftsführung einzustellen, muß man Herr des Geschäfts sein. Die Wohltaten des Abs. 2 (Schutz gegen unbeschränkte Haftung) kommen aber dem Erben nur dann zugute, wenn er den Geschäftsbetrieb einstellt. Heimst er aber die Vorteile des Weiterbetriebs mit Firma ein, so ist auch kein gesetzgeberischer Grund vorhanden, ihm die Nachteile der unbeschränkten Haftung abzunehmen, wenn er sie nicht etwa auf andere Weise (durch Kundmachung nach § 25 Abs. 2) abgewandt hatte (zust. RG. 56, 199; Schulteß 31 und Lehmann-Ring Nr. 5 a. E.; anders Düringer-Hachenburg I 126).

Anm. 25. **Zusatz 1. Wie stellt sich das Verhältnis, wenn mehrere Erben vorhanden sind** (§§ 2032 ff. BGB.)? Führen sie das Geschäft **ohne die bisherige Firma** fort, so liegt darin für die Regel ein Antritt der Erbschaft (Anm. 6). Ob darin mehr als die Fortführung des Geschäfts in bloßer Erbgemeinschaft und die Begründung einer o. H. G. liegt, ist Tatfrage; es wird zu prüfen sein, ob aus den Umständen der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zu ent-

nehmen ist, wofür die Annahme einer neuen Firma ins Gewicht fällt (vgl. unten Anm. 26 und § 105 Anm. 40). Die Haftung der Miterben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten richtet sich nach den Anm. 7 und 8 entwickelten Grundsätzen; sie ist kraft Handelsrechts unbeschränkt, insbesondere wenn von ihnen die Übernahme der früheren Geschäftsverbindlichkeiten handelsüblich angezeigt ist. **§ 27.**

Anm. 26. Wenn die mehreren Erben das Geschäft **unter der bisherigen Firma** fortführen (Anm. 10), können sie durch Eintragung oder Mitteilung die beschränkte Haftung ablehnen (oben Anm. 11). Machen sie aber von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so liegt in der einstweiligen Fortführung des Geschäfts innerhalb der im § 27 Abs. 2 vorgesehenen Frist noch keine Bildung einer o. H. G., sondern nur die einstweilige Fortführung des Geschäfts durch eine Erbgemeinschaft (s. a. § 22 Anm. 6). Doch haften die Teilnehmer einer Erbgemeinschaft schon auf Grund des bürgerl. Rechts für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB.), aber allerdings nicht notwendig unbeschränkt. Vor der Teilung des Nachlasses kann ein solcher Erbe die Haftung aus eigenem Vermögen, wenn er beschränkt haftet, überhaupt ablehnen; und wenn er unbeschränkt haftet (sei es einem einzelnen Gläubiger oder überhaupt, Strohal 148), so kann er die Haftung aus eigenem Vermögen jedenfalls insoweit ablehnen, als es sich um den seine Erbquote übersteigenden Teil der früheren Verbindlichkeiten handelt (§§ 2058, 2059 BGB.). Die Fortführung des Geschäfts über diesen Zeitpunkt hinaus begründet die unbeschränkte Haftung der Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Sie wird aber an sich noch nicht die Begründung einer o. H. G. darstellen (abweichend 6./7. Aufl. Anm. 26). Hierzu ist der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erforderlich; nur bedarf es nicht des förmlichen Abschlusses, vielmehr kann er auch aus den Umständen entnommen werden, und der stillschweigende Abschluß wird allerdings für die Regel bei der Fortführung eines zum Nachlaß gehörigen Geschäfts durch die Erben anzunehmen sein (s. a. § 105 Anm. 40). Dies ist aber beispielsweise nicht der Fall, wenn Witwe und minderjährige Kinder Erben sind, da zum Abschluß des Vertrags die Mitwirkung von Pflegern für die Kinder erforderlich wäre (näheres namentlich auch über die Eintragung § 22 Anm. 6 und die dort zit. Entsch. des RG.).

Anm. 27. Der einzelne von mehreren Erben kann die Fortführung des Geschäfts mit Firma, auch für seinen Teil nur, nicht einstellen, wie dies Düringer-Hachenburg I 125 zu Unrecht annehmen. Eine solche Einstellung ist vielmehr ganz hervorstechend ein Akt der **Verwaltung** des Nachlasses, und diese steht den Erben nur gemeinschaftlich zu (§ 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Führung des Geschäfts mit Firma ist nun aber ein Akt der Verwaltung. Deshalb behält im Widerstreit der Meinungen hier derjenige recht, der die Fortführung verlangt. Will also der einzelne Miterbe dem aus der Fortführung des Geschäfts über die Frist unseres Abs. 2 hinaus sich ergebenden Präjudiz der unbeschränkten Haftung entgehen, so muß er die Erbschaft ausschlagen. Freilich können ihm gegebenenfalls, wenn die Voraussetzungen des § 2038 Abs. 1 Satz 2 erfüllt sind, auch diese Vorschriften helfen, wonach jeder Erbe den anderen gegenüber verpflichtet ist, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind (hierauf kann geklagt werden), und wonach jeder Miterbe die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der anderen treffen kann.

Anm. 28. **Zusatz 2. Wie steht es hier überall mit den während des Provisoriums des Abs. 2 von den Erben vorgenommenen Rechtsgeschäften?** Diese folgen allgemeinen Regeln. Soweit es sich um Verfügungen innerhalb der ordnungsmäßigen Geschäftsführung handelt, sind sie gültig in entsprechender Anwendung des § 1959 Abs. 2 BGB. Die Gültigkeit der Verfügungen ist hier nicht beschränkt auf diejenigen Verfügungen, die ohne Nachteil für das Geschäft nicht verschoben werden dürfen, weil unser Abs. 2 eine allgemeine Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Fortführung des Geschäfts gibt (abweichend Goldmann I 136). Überdies würden Dritte durch ihren guten Glauben geschützt sein (§§ 932 ff. BGB.; § 366 HGB.). Soweit es sich um Verbindlichkeiten handelt, haftet der Erbe persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Das BGB. sagt darüber zwar nichts, auch nicht das HGB.; aber es folgt dies aus allgemeinen Regeln (Goldmann-Lilienthal 1. Aufl. S. 329), und eine diese allgemeinen Regeln ausschließende Sonder-

§ 27. vorschrift, wie im § 139 Abs. 4 HGB., ist hier nicht gegeben. Wenn Jaeger (**Erbenhaftung** u. Nachlaßkonkurs 4) auf die §§ 1978, 1991, 2013 BGB. hinweist, aus denen sich ergebe, daß der Erbe für diese Verbindlichkeiten den Nachlaßgläubigern lediglich unter dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag hafte, so übersieht er, daß es sich in diesen Paragraphen um die Frage der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern, bei uns aber um die persönliche Haftung gegenüber den Gegenkontrahenten handelt. Schlägt der Fortführende später aus, so hat er an den Erben den Regreß, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 1959 Abs. 1 BGB.). Der nachträglich annehmende Erbe haftet aber dem Dritten nicht persönlich für diese zwischenzeitlichen Verbindlichkeiten. Dazu würde es an jedem Rechtsgrunde fehlen. Denn nur die Nachlaßverbindlichkeiten gehen auf ihn in seiner Eigenschaft als Erben über. Sollte er freilich die Übernahme der Passiva handelsüblich bekannt machen, so würde § 25 Abs. 3 analog Platz greifen (vgl. unsern Paragraphen Abs. 1).

Rechtsgeschäfte endlich, die gegenüber den Erben vorzunehmen sind, bleiben wirksam, auch wenn der das Geschäft einstweilen fortführende Erbe die Erbschaft nachher ausschlägt (§ 1959 Abs. 3 BGB.).

Anm. 29. **Zusatz 3. Für die neuen Verbindlichkeiten,** welche der Geschäftserwerber in allen hier in Frage stehenden Fällen während der Zeit seiner endgültigen Fortführung des Geschäfts eingeht, haftet er selbstverständlich persönlich und mit seinem ganzen Vermögen.

Anm. 30. **Zusatz 4. Wie steht es mit den Nachlaßforderungen?** Über diese sind besondere Bestimmungen nicht gegeben, weil sie schon kraft des Erbrechts übergehen (D. 40). Das trifft im allgemeinen zu. Solange übrigens der Erbe das Geschäft mit Firma gemäß Abs. 2 nur einstweilen fortführt, besteht jedenfalls eine Legitimation zur Einziehung der Geschäftsforderungen, wenn auch kein endgültiger Erwerb der Forderungen vorliegt, da ja der Erbe unter Umständen die Erbschaft noch ausschlagen kann. Führen mehrere Erben das Geschäft nur einstweilen fort, so haben sie nur eine gemeinsame Legitimation, eine Legitimation zur gesamten Hand (vgl. § 2032 BGB.).

Anm. 31. **Zusatz 5. Der Fall der Erbteilung.** Wird einem Erben das Geschäft im Wege der Erbteilung überlassen, so ist dieser Fall zu behandeln wie ein Erwerb des Geschäfts unter Lebenden; eine Veräußerung liegt darin insofern, als die Anteile der Miterben auf ihn übergehen. Es liegt also ein Erwerb im Sinne des § 25 vor mit allen Folgen des § 25 (s. Anm. 2 zu § 25). Ob die übrigen Erben beschränkt oder unbeschränkt haften, richtet sich nach unserem Paragraphen; insbesondere wird hier die Frage eine große Rolle spielen, ob darin, daß die Erben ein von ihnen einstweilen fortgeführtes Geschäft veräußern, die Einstellung des Gewerbebetriebs und die damit verbundene Freiheit von der unbeschränkten Haftung liegt (hierüber Anm. 24). Für den Fall, daß die veräußernden Erben haften und der erwerbende Erbe daneben voll haftet, kommt den ersteren die Verjährung des § 26 zugute.

Anm. 32. **Zusatz 6. Der Fall des Übergangs eines Geschäfts durch Vermächtnis** ist vom Gesetze überhaupt nicht vorgesehen. Wir haben bereits in Anm. 2 zu § 25 hervorgehoben, daß darin weder ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, noch die Fortführung eines Nachlaßgeschäfts durch den Erben, also weder ein Fall des § 25, noch ein Fall des § 27 liegt (s. oben Anm. 1; Bolte 423 sieht im Erwerb des Vermächtnisnehmers bei „erweiterter Anwendung des Begriffs" einen Erwerb unter Lebenden und wendet den § 25 direkt an). Doch finden die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung. Führt hiernach der Vermächtnisnehmer das Geschäft ohne die bisherige Firma fort, so haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten nur kraft eines besonderen Verpflichtungsgrundes. Dieser ist aber nur dann vorhanden, wenn ihm die Haftung für die Passiven vom Erblasser auferlegt wurde; im Zweifel wird dies als Folge des Vermächtnisses des Geschäfts anzusehen sein (§ 2165 BGB.; Düringer-Hachenburg I 127). Ist dies aber nicht der Fall, so liegt ein besonderer Rechtsgrund dann vor, wenn der Vermächtnisnehmer gemäß § 25 Abs. 3 die Übernahme der Passiva handelsüblich bekannt gemacht hat (was z. B. die Folge einer Vereinbarung mit den Erben sein kann). Führt der Vermächtnisnehmer das Geschäft mit Firma fort, so haftet

er auf alle Fälle für die Nachlaßverbindlichkeiten, wenn ihm dies durch das Vermächtnis auferlegt ist. Denn in diesem Falle kann er eine entsprechende Beschränkung seiner Haftung, da sie per rerum naturam nicht besteht, nicht eintragen lassen oder mitteilen. Lügen und Willkürlichkeiten werden nicht eingetragen, und wer sie dennoch eintragen läßt, kann sich auf sie nicht zu seinen Gunsten berufen. Ist ihm aber durch das Vermächtnis die Haftung für die Passiva nicht auferlegt, so haftet er gleichwohl im Falle der Fortführung des Geschäfts mit Firma, wenn er die Haftung nicht in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 durch Eintragung oder Mitteilung ablehnt. § 27.

Haftet der Vermächtnisnehmer hiernach für die Geschäftsverbindlichkeiten, so kommt den Erben die Verjährung des § 26 zugute.

Zusatz 7. Übergangsfragen. Starb der Inhaber des Geschäfts vor dem 1. Januar 1900, so kommen in bezug auf die Haftung des Erben nach Art. 213 EG. z. BGB. die früheren Gesetze zur Anwendung, auch wenn der Anfall der Erbschaft, z. B. an den Nacherben, erst nachher eintritt (vgl. Anm. 1). Anm. 33.

§ 28.

Tritt Jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen. § 28.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgetheilt worden ist.

Lit.: **Karl Lehmann**, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen (ZHR. 50, 1 ff., insbes. S. 33 ff.). Einleitung.

Nach dem vorliegenden Paragraphen soll der Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns den Gläubigern gegenüber Haftung erzeugen und den Schuldnern gegenüber als Übergang der Forderungen gelten. Darin liegt eine Neuerung gegenüber dem früheren Recht, das nur denjenigen, der einer Gesellschaft beitrat, für die bisherigen Schulden der Gesellschaft haften ließ (5. Aufl. § 6 zu Art. 113).

1. **Voraussetzung ist: Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns.** Einzelkaufmann — ein dem alten HGB. fremdes Wort — ist derjenige, „der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt" (vgl. § 18). Anm. 1.

Beispiele: 1. A wird offener Gesellschafter im Geschäfte des Einzelkaufmanns B. 2. A betreibt ein Geschäft als Einzelkaufmann und B tritt demselben als persönlich haftender Gesellschafter bei, während A gleichzeitig Kommanditist wird; auch hier tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter (B) in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (A) ein. 3. Die beiden Einzelkaufleute A und B vereinigen ihre beiden Geschäfte zu einer o. H. G.; hier tritt jeder in das Geschäft des anderen als persönlich haftender Gesellschafter ein (abw. Lehmann-Ring Nr. 2). 4. Der Einzelkaufmann A tritt in das Geschäft des Einzelkaufmanns B derart ein, daß er Kommanditist bei B wird und sein eigenes Geschäft einlegt: hier tritt A als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (des B) und umgekehrt tritt B als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft des Einzelkaufmanns A ein.

Der Eintritt gelangt den bisherigen Gläubigern und Schuldnern gegenüber zur Wirksamkeit in demjenigen Zeitpunkt, in welchem die in der gedachten Weise begründete Gesellschaft nach außen wirksam geworden ist (hierüber § 123, § 176 Abs. 1). Anm. 2.

§ 28. Anm. 3. Voraussetzung ist hier überall Vollkaufmannseigenschaft, genauer: das Gewerbe muß mindestens infolge der Erweiterung durch den Beitritt ein Vollhandelsgewerbe werden (nicht notwendig, daß es dies schon vorher war; so zutreffend Makower I 64). Denn Vereinigungen von Minderkaufleuten sind keine Handelsgesellschaften (§ 4). Dagegen ist es gleichgültig, ob die Vollkaufmannseigenschaft auf § 1 oder auf § 2 oder auf § 3 Abs. 2 beruht. Wie aber steht es mit der Anwendung des § 5? Ist § 28 auch dann anwendbar, wenn der Beitritt zu einem Geschäft erfolgt, dessen Inhaber zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen ist, sei es, daß er kein Handelsgewerbe oder daß er kein Vollhandelsgewerbe betreibt? Die Frage ist zu bejahen, da es sich um das Verhältnis zu Dritten handelt; nach innen mag ein solcher Beitritt anfechtbar oder nichtig sein (zust. Goldmann I 138). Das gleiche muß gelten in dem Falle, wo der Betreffende gar kein Gewerbe betreibt, aber infolge Auftretens im Rechtsverkehr in die Stellung als Vollkaufmann eintritt (Erl. zu § 5). Hier findet der zum Schutze des redlichen Verkehrs gegebene § 28 entsprechende Anwendung.

Anm. 4. Weitere Voraussetzung ist auch, daß die Eintrittserklärung nicht ungültig ist, z. B. wegen Betrugs, Irrtums, wegen Mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, sonst tritt weder Schuldenhaftung noch Forderungsübergang ein; aus diesem Grunde darf auch vom Eintretenden die Haftung für die nach seinem Eintritt von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten abgelehnt werden (RG. 51, 39; für die Anfechtung genügt die Erklärung gegenüber dem Mitgesellschafter; vgl. auch § 25 Anm. 10). Ist jedoch der Eintritt ins Handelsregister eingetragen, so bleibt die Richtigkeit des Vertrages außer Betracht. Denn in der Eintragung liegt eine öffentlich abgegebene Erklärung, aus welcher die Erklärenden haftbar sind (RG. 51, 39, wo nur nicht zutreffend auf die Richtigkeit des Gesellschaftsvertrages Wert gelegt ist, während doch die Gesellschaftsbetätigung — der Eintritt — als Grund der Haftung entscheidend ist und angefochten werden muß).

Anm. 5. Nicht Voraussetzung ist, daß die Firma fortgesetzt wird (anders als im Falle des § 25 Abs. 1). Die hier angeordneten Wirkungen werden also dadurch nicht aufgehalten, daß der bisherige Einzelkaufmann seine Firma abmeldet und die neugebildete Gesellschaft eine neue Firma anmeldet. Entscheidend ist vielmehr, daß das Geschäft fortgesetzt wird.

2. **Die Wirkung ist: die Gesellschaft haftet für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers; die im Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.**

Anm. 6. a) **Die Haftung gegenüber den Gläubigern. Die Gesellschaft haftet.** Daraus folgt von selbst, daß auch die einzelnen Gesellschafter haften, und zwar unbegrenzt oder begrenzt, je nachdem sie offene Gesellschafter oder Kommanditisten geworden sind (§§ 128, 171). Daneben besteht unter Umständen eine Vollhaftung des bisherigen Geschäftsinhabers als Urschuldner. So in den Beispielen Anm. 1 zu 1 — hier haftet A als Urschuldner; zu 2 — auch hier haftet A als Urschuldner; zu 3 — hier haften A u. B jeder für seine früheren Geschäftsschulden als Urschuldner; zu 4 — hier haftet A für seine früheren Geschäftsschulden unbegrenzt als Urschuldner. Die Verjährung des § 26 findet auf diese Forthaftung keine Anwendung, da der Eintretende nicht „Erwerber" eines Handelsgeschäfts ist, wie es § 26 voraussetzt (a. M. Düringer-Hachenburg I 128).

Die Haftung erstreckt sich auf „alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten" des früheren Geschäftsinhabers. Dieser Ausdruck deckt sich dem Wortlaut nach fast ganz, dem Sinne nach ganz mit den entsprechenden Worten des § 25 (vgl. daher Anm. 11 zu § 25 und Anm. 29 zu § 22). — Die Haftung tritt unmittelbar den Gläubigern gegenüber ein, **auch wenn die Passivenübernahme nach innen nicht vereinbart oder gar ausgeschlossen wurde.** Soll ein vereinbarter Ausschluß der Haftungsübernahme („eine abweichende Vereinbarung", Abs. 2) den Gläubigern gegenüber wirksam sein, so muß er in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter (gleichviel, von welchem) dem Dritten mitgeteilt werden; näheres hierüber Anm. 17—21 zu § 25). Immerhin kann doch die Haftung durch Abrede ausgeschlossen werden. Dadurch

unterscheidet sich dieser Paragraph von dem korrespondierenden § 130, der den gleichen Fall § 28. für den Eintritt in eine Gesellschaft behandelt (Anm. 11).

b) **Die Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.** Anm. 7. Auch diese Wirkung tritt ein, selbst wenn der Übergang der Forderungen nach innen nicht vereinbart oder ausgeschlossen wurde. Soll eine solche Abrede („**abweichende Vereinbarung**", **Abs. 2**) Dritten gegenüber wirksam sein, so muß sie in gleicher Weise, wie zu a, bekannt gemacht und mitgeteilt werden. Über die in dem Betriebe begründeten Forderungen und die Bedeutung des „Geltens als übergegangen" s. Anm. 15 und 16 zu § 25. Jedoch ergibt sich hier eine andere Konstellation dadurch, daß die Forderungen von dem bisherigen Einzelkaufmann auf eine Gesellschaft übergehen, der er selbst angehört. Die Folgen sind daher nicht immer dieselben, wie im Falle des § 25. So kann z. B. im Falle des § 25 der Geschäftsveräußerer aus den Geschäftsverbindlichkeiten verklagt werden, während er die Geschäftsforderungen nicht zur Aufrechnung stellen kann, weil sie auf den Geschäftserwerber als übergegangen gelten. Im Falle unseres Paragraphen dagegen hilft in dieser Hinsicht § 129.

c) Auf den Fall des § 28 kommt der § 265 CPO. zur Anwendung (übereinst. Lehmann Anm. 8. a. a. O. 34; Kohler in Ztsch. f. CivProz. 12, 120; wohl auch folgeweise RG. 20, 420 und in Gruchot 37, 1211; dagegen RG. in JW. 86, 193[6]). Was die Umschreibung von vollstreckbaren Schuldtiteln, die für oder gegen den bisherigen Einzelkaufmann ergangen sind, betrifft, so greift hinsichtlich der Forderungen § 727 CPO., hinsichtlich der Schulden der § 729 Abs. 2 CPO. Platz, obwohl in letzterem § 28 nicht besonders erwähnt ist (Lehmann 34).

Zusatz 1. Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich nicht mit der Frage, was im Falle Anm. 9. des gesellschaftlichen Beitritts zum Geschäfte eines Einzelkaufmanns **inter partes** gilt, ob in diesem Falle auf die Gesellschaft die Passiva und die Aktiva (einschließlich der beweglichen und unbeweglichen Sachen) übergehen. Es wird hier überall das gleiche gelten müssen, wie im Falle des § 22 (vgl. daher dort Anm. 21 ff.). Auch nach früherem Recht wurden die Fälle in gleicher Weise behandelt.

Der § 28 behandelt auch nicht den Fall, daß durch Austritt eines Gesellschafters sich die Gesellschaft in das Geschäft eines Einzelkaufmanns verwandelt; vgl. hierüber § 24 (Lehmann 35).

Zusatz 2. Übergangsfrage. Der § 28 greift Platz, wenn der Eintritt in das Geschäft Anm. 10. nach dem 31. Dezember 1899 erfolgt (zust. OLG. Breslau in OLGR. 3, 407 ff.). War er vorher erfolgt, so tritt die Haftung nur unter den Voraussetzungen des alten Rechts ein (Anm. 1).

Zusatz 3. Es erscheint erforderlich, die Fälle der §§ 25, 28 und 130 neben einander zu Anm. 11. **stellen und die Gegensätze hervorzuheben.** Denn diese Fälle sind in mancher Hinsicht einander sehr ähnlich, in mancher doch wieder grundverschieden von einander.

a) Im Falle des § 25 veräußert ein Geschäftsinhaber sein Geschäft. Es braucht dies nicht gerade ein Einzelkaufmann zu sein, auch eine o. H. G. oder eine Kommanditgesellschaft, auch eine Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung können in diesem Falle die Veräußerer sein. Durch die Veräußerung tritt aber ein vollständiger Wechsel der Inhaberschaft ein. Die Wirkung ist: Schuldenhaftung des neuen Inhabers neben dem bisherigen, fünfjährige Verjährung für letzteren, aber alles dies regelmäßig nur bei Fortführung der Firma; Ausschluß der Schuldenhaftung möglich, aber nur bei Bekanntgabe dem Dritten gegenüber wirksam.

b) Im Falle des § 28 tritt zu dem bisherigen Inhaber ein Gesellschafter (oder eine Mehrheit) Anm. 12. hinzu. Der bisherige Inhaber kann hier nur ein Einzelkaufmann sein. Wirkung: es haften für die bisherigen Schulden die Gesellschaft und der Neueintretende, auch ohne Fortführung der Firma; abweichende Vereinbarung möglich und wirksam gegenüber Dritten bei genügender Kundmachung.

c) Im Falle des § 130 tritt in eine bereits bestehende Gesellschaft ein neuer Gesellschafter Anm. 13. ein. Wirkung ist: Schuldenhaftung der Gesellschaft und des Neueintretenden auch ohne Fortführung der Firma; Unwirksamkeit jeder gegenteiligen Vereinbarung gegenüber Dritten. — Entsprechend liegt der Fall des § 173.

§ 29.

§ 29. **Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.**

Der vorliegende Paragraph, welcher die Bestimmungen über die hinsichtlich der Firma anzumeldenden Tatsachen (§§ 29—36) einleitet, legt jedem Kaufmann die Pflicht zur Anmeldung seiner Firma auf.

Anm. 1. 1. **Jeder Kaufmann.** „Jeder" ist ungenau. Zunächst nur jeder, der ein reines Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 betreibt. Auch die Handelsgesellschaften würden an sich dazu gehören (§ 6), doch greifen für sie Sonderbestimmungen Platz (§§ 106, 162, 195 u. a.). Unsere Vorschrift bezieht sich somit nur auf den Einzelkaufmann, was auch der zweite Halbsatz des § 29 bestätigt. Nicht aber auf Minderkaufleute (§ 4). Im § 2 ist ferner angeordnet, daß auch die Kaufleute kraft Betriebsart des Gewerbes (die sog. Hypothetischen) ihre Firma in dieser Weise anzumelden haben. Der Inhaber eines landwirtschaftlichen Nebenbetriebes ist dagegen zur Anmeldung nur berechtigt (§ 3 Abs. 2). Für juristische Personen gelten besondere Vorschriften (§§ 33ff.), die jedoch ihre Ergänzung finden im vorliegenden Paragraphen (vgl. Einl. zu § 33).

Anm. 2. 2. **Anzumelden** ist die Firma und der Ort der Handelsniederlassung; ferner ist die Firma zu **zeichnen.**

a) **Die Firma** ist anzumelden. Über die Firma vgl. Erl. zu den §§ 17, 18. Unser Paragraph betrifft die Anmeldung „ursprünglicher" (vgl. § 20 Einl.), der § 31 die „abgeleiteter" (vgl. § 22 Einl.) Firmen.

b) **Der Ort der Handelsniederlassung** (über den Begriff der Niederlassung vgl. Anm. 3 zu § 13). Diese Vorschrift ist eine Neuerung. Gemeint ist die Ortschaft, von der aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ausgeht (ROHG. 16, 52), in welcher der Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit des Kaufmanns sich befindet (LG. I Berlin in KGBl. 97, 81). Dieser Ort ist zu unterscheiden von dem Wohnsitze des Kaufmanns, auch von dem Ort, in dem sich das Fabrikgebäude oder das Lager befindet. Ein Börsenmakler hat z. B. seine Handelsniederlassung am Orte der Börse. Der Verkaufsstand in der Markthalle ist dann die Handelsniederlassung, wenn er wirklich den Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit bildet; nicht z. B. wenn ein Fleischermeister in der Markthalle einen Stand hat, aber auch sonst anderweitig eine Verkaufsstelle. Fehlt es an einem festen Mittelpunkte der Handelstätigkeit, was auch bei Vollkaufleuten vorkommen kann, z. B. bei herumziehenden Pferdehändlern, Kolporteuren, Meßkaufleuten, so ist der bürgerliche Wohnsitz maßgebend (Hahn § 3 zu Art. 19; Puchelt Anm. 4 zu Art. 19; vgl. auch LG. I Berlin a. a. O. für Privathandelsmakler).

Anm. 3. Unter dem Ort der Niederlassung ist die im Handelsverkehr gebräuchliche Benennung eines Bezirks zu verstehen (§ 30 Anm. 1).

Anm. 4. **Nicht anzumelden ist Straße und Hausnummer, auch nicht der Geschäftszweig.** Die Denkschrift (S. 43) meint, die Angabe dieser Daten könnte gleichwohl verlangt und sie könnten auch veröffentlicht werden. Das letztere ist richtig (Anm. 1 zu § 10), das erstere kann nicht für zutreffend erachtet werden, da die Anmeldungspflicht hier erschöpfend geregelt ist. Dagegen ist es zulässig, daß diese weiteren Daten bei der Anmeldung angegeben werden; wenn der Registerrichter sie verlangen wird, so wird diesem Verlangen wohl stets stattgegeben werden. Er darf jedoch insoweit keine Ordnungsstrafe androhen. Ist die Eintragung des Geschäftszweiges oder der Straße und Hausnummer erfolgt, so müssen die Veränderungen angemeldet werden, da das Register möglichst korrekt zu halten ist. Düringer-Hachenburg (I 130) vertreten das andere Extrem: sie halten die Anmeldung und Eintragung solcher Daten für unzulässig (ebenso Birkenbihl im ArchBürgR. 6, 235).

c) **Zeichnung der Firma.** Die Zeichnung des bürgerlichen Namens ist, abweichend vom früheren Recht, nicht vorgeschrieben. Über die Frage, ob bei Zeichnung auch Stellvertretung zulässig ist, über Zeichnung durch gesetzliche Vertreter, Schreibensunkundige, Blinde und Gelähmte usw. s. Anm. 3f. zu § 12. **§ 29.** Anm. 5.

d) Über die **Form** der Anmeldung und Beglaubigung verhält sich § 12. Anm. 6.

3. **Wo muß die Anmeldung erfolgen?** Bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich „die Niederlassung" befindet. Damit ist Haupt- und Zweigniederlassung gemeint (§ 13 Anm. 3; ebenso Denzler 140 und Makower I 65). Genaueres darüber, was in dem Falle der **Zweigniederlassung** gilt, s. bei § 13 (insbes. Anm. 8). Mit Unrecht wird von anderen (Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann I 144; auch Staub 6./7. Aufl. Anm. 6) unter dem Ausdruck Niederlassung hier nur die Hauptniederlassung verstanden; es würde dies (im Hinblick auf die Eingangsworte des § 13) zu der auch von ihnen abgelehnten Folgerung führen, als bestände keine Anmeldepflicht für die Firma der Zweigniederlassung. Anm. 7.

4. Zugleich ist mit der vorliegenden Vorschrift gesagt, **was einzutragen ist.** Auch hier wird anzunehmen sein, daß der Registerrichter nicht gehindert ist, solche Daten einzutragen, zu deren Anmeldung die Beteiligten nicht verpflichtet sind, wofern sie freiwillig oder auf seine Anregung die Daten angegeben haben (Anm. 4). Was veröffentlicht werden muß, darüber s. zu § 10, auch oben Anm. 4. Anm. 8.

Zusatz 1. Rechtliche Bedeutung der Anmeldung und Prüfungstätigkeit des Registerrichters. Durch die Anmeldung erklärt der Anmeldende im Falle des § 1, daß er ein Handelsgewerbe betreibe (nicht, daß er es in Zukunft betreiben werde, RG. 22, 59). Der Registerrichter hat also zu prüfen, ob diese Tatsache richtig ist (Anm. 7—11 im Exk. zu § 8; bei Vers. Vereinen a. G. wird diese Prüfung durch die Mitteilung der Aufsichtsbehörde gemäß § 30 Abs. 2 des PrivVersG. ersetzt). Wie er sich diese Überzeugung verschafft, ist seine Sache. Er braucht nicht notwendig Ermittlungen anzustellen und Beweise zu erheben; er kann, wenn er gegen die Glaubwürdigkeit der Anmeldung kein Bedenken hat, auch ohne jede weitere Erhebung der Anmeldung stattgeben. Zur Richtigkeit der Anmeldung der Firma gehört aber nicht etwa der Nachweis, das Geschäft des anmeldenden Kaufmanns befinde sich in voller Entfaltung. Der Beginn des Gewerbebetriebs unterliegt natürlich anderer Beurteilung. Auch die sogenannte Vorbereitungstätigkeit gehört zum Gewerbebetriebe (Anm. 10a zu § 1). Es müssen sich nur die Vorbereitungsgeschäfte als die eines Vollhandelsgewerbes darstellen; das Gewerbe muß auf solcher Grundlage angelegt sein, daß es in seiner vollen Entfaltung das Geschäft eines Vollkaufmanns sein werde. Anm. 9.

Im Falle des § 2 bedeutet die Anmeldung die Erklärung, daß der Anmeldende irgendein Gewerbe betreibt, welches zwar nicht nach § 1 ein Handelsgewerbe ist, aber doch nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Auch hier darf der Richter nur eintragen, wenn er sich von der Richtigkeit dieser Tatsache überzeugt hält (Anm. 18 zu § 2), wozu jedoch genügt, daß schon die Vorbereitungsgeschäfte auf eine spätere Entfaltung des Betriebes in diesem Umfange hindeuten. — Im Falle des § 3 Abs. 2 gilt das gleiche.

Zusatz 2. Die Anmeldung ist zu erzwingen gemäß § 14. Vgl. daselbst auch das Ordnungsstraf- und das Beschwerderecht. Das letztere greift auch dann Platz, wenn die Anmeldung freiwillig erfolgt und die Eintragung ohne Grund versagt wird. Anm. 10.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Bereits eingetragene Firmen brauchen den Ort der Handelsniederlassung nicht nachträglich anzumelden. Die Vorschrift bezieht sich bloß auf Firmeneintragungen nach dem Inkrafttreten des neuen HGB. (a. A. Lehmann-Ring Nr. 9) Ausnahme in § 101 des PrivVersG. — Personen, die ein Handelsgewerbe nach §§ 1 und 2 bereits vor dem 1. Januar 1900 betrieben haben, unterliegen nunmehr der Anmeldungspflicht. Personen, die ein erhebliches landwirtschaftliches Nebengewerbe vor dem 1. Januar 1900 betrieben haben, steht nunmehr gemäß § 3 Abs. 2 das Anmeldungsrecht zu. Anm. 11.

§ 30.

§ 30. Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem bereits eingetragenen Kaufmanne die gleichen Vornamen und den gleichen Familiennamen und will auch er sich dieser Namen als seiner Firma bedienen, so muß er der Firma einen Zusatz beifügen, durch den sie sich von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo eine Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche eingetragene Firma, so muß der Firma für die Zweigniederlassung ein der Vorschrift des Abs. 2 entsprechender Zusatz beigefügt werden.

Durch die Landesregierungen kann bestimmt werden, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind.

Einleitung. **Der Paragraph gibt Vorschriften über die Herstellung der Firmenverschiedenheit.** Das Firmenrecht würde seine Bedeutung für den Handelsverkehr einbüßen, wenn es jedem Kaufmann freigestellt wäre, nur nach dem Prinzip der Wahrheit seine Firma zu führen, ohne Rücksicht auf schon bestehende Firmen. Darum ist Fürsorge getroffen für die Herstellung der Firmenverschiedenheit durch das sog. Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma.

Aus der örtlichen Beschränkung des Firmenschutzes ergeben sich in der Praxis Unzuträglichkeiten, namentlich für Firmen von Bedeutung über den Ort ihrer Niederlassung und Eintragung hinaus (Faber, Blüthner usw.). Dies hat eine Reihe von Abhilfsvorschlägen gezeitigt; Wassermann (Recht 03, 96) z. B. will durch Schaffung eines Firmenzeichens, Marcus (ebenda 40) durch ein Reichsfirmenregister helfen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Es ist zunächst die Anordnung getroffen, daß jede neue Firma sich von allen bisherigen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden und eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden soll.** Der Grundsatz des Abs. 1 ist ein **allgemeiner**; er bezieht sich auf Einzelkaufleute (physische und juristische) und Handelsgesellschaften aller Art.

a) Als Ort ist derjenige geographisch abgegrenzte Bezirk anzusehen, dessen Name in weiteren Handelskreisen gebräuchlich ist, um das Geschäftsdomizil zu bezeichnen, ohne Rücksicht auf die politische Zusammengehörigkeit (KGJ. 8, 11; ebenso Aufl. 1—5; abweichend 6./7. Aufl. Anm. 1). Z. B. gehen eine Reihe Straßenzüge von Berlin benachbarter, politisch selbständiger Orte (Charlottenburg, Schöneberg usw.) ganz in Berlin über; sie sind im Sinne dieses Paragraphen zum Ort Berlin zu rechnen. — „Ort“ im Sinne dieses Paragraphen ist somit ein Verkehrs- und kein Rechtsbegriff. Mehrere Städte können daher einen Ort bilden (Lehmann-Ring Nr. 3; s. a. Opet in ZHR. 49, 56).

b) Unter Gemeinde ist der politische Verband zu verstehen, der unter einer Kommunalverwaltung steht; er umfaßt oft weniger Gebiet, als der Ort im Sinne von a, oft umgekehrt mehrere Orte (z. B. bei Eingemeindungen von Vororten in Großstädte).

c) Wenn Ort und Gemeinde nicht zusammenfallen, erstreckt sich die Ausschließlichkeit des Firmenrechts und der Schutz des § 30 auf den Raum beider Gebiete.

Der Firmenschutz ist also in räumlicher Hinsicht nicht über den Ort oder die Gemeinde ausgedehnt. In einem andern Orte (Gemeinde) kann somit die gleiche Firma gewählt werden, auch wenn er im Bezirke desselben Registergerichts liegt. Dem Umstande, daß Nachbarorte bzw. Nachbargemeinden oder Teile von ihnen mit einem andern Orte (bzw. Gemeinde) oft einen Handelsplatz bilden, trägt der Vorbehalt des Abs. 4 Rechnung. Sonstige

Verkehrsbedürfnisse nach räumlicher Ausdehnung des Firmenschutzes suchen § 8 des UnlWG. **§ 30.** und § 14 WarenZG. zu befriedigen. Durch diese Vorschriften werden auch solche Machenschaften getroffen, welche auf Verwechselung von Firmen verschiedener Orte (Gemeinden) hinzielen (vgl. § 37 Anm. 26; RG. in JW. 02, 27[20]). Auch tritt, wenn die Störung des Firmenrechts im Ausland erfolgt, inländischer Schutz ein („Johann Faber", RG. in JW. 89, 516[11]).

d) Den Schutz dieses Paragraphen genießen nicht die bestehenden, sondern die bestehenden **und eingetragenen** Firmen. Anm. 2.

α) Die bestehenden: d. h. die zu Recht bestehenden (ROHG. 6, 248). Nach Erlöschen des Geschäfts (s. hierüber § 1 Anm. 25) besteht die Firma nicht mehr zu Recht, auch wenn sie noch eingetragen ist, und bildet kein Hindernis für die Eintragung einer gleichlautenden Firma (RG. 29, 69). Aber solange der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, gilt es für die Dauer der Eintragung als Vollhandelsgewerbe (§ 5). Hier kann zwar, wenn das Gewerbe zur Eintragung einer Firma nicht berechtigt, die Löschung betrieben werden, aber bis dahin gilt die Firma als zu Recht bestehend auch im Sinne des vorliegenden Paragraphen.

β) Die eingetragenen, d. h. die nicht bloß zur Eintragung angemeldeten; nicht die frühere Anmeldung (zust. Lehmann-Ring Nr. 2) und auch nicht die frühere Bekanntmachung, sondern nur die frühere Eintragung entscheidet über den Vorrang. Da nur die eingetragene Firma den Schutz genießt, darf ein Kaufmann, vorausgesetzt, daß er sonst zur Wahl der Firma berechtigt ist, eine solche wählen, die mit einer andern bestehenden, nicht eingetragenen, identisch ist und kann nach erfolgter Eintragung verlangen, daß die letztere einen unterscheidenden Zusatz sich beifügt. Die nicht eingetragene Firma ist damit doch nicht rechtlos; denn die Konkurrenzfirma muß nach den §§ 18—20 zulässig sein, widrigenfalls nach § 37 eingeschritten werden und die eingetragene Firma ihrerseits nicht nach § 37 Abs. 2 klagen kann. Bei zwei Anmeldungen, die beide noch nicht zur Eintragung geführt haben, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die frühere Anmeldung entscheiden (Behrend § 40 Anm. 48).

e) Der Vorschrift unterliegen neue Firmen, d. h. im Sinne unseres § 30 **die an dem betreffenden Orte noch nicht eingetragenen**, gleichviel ob sie neu angenommen oder schon lange, sei es als ursprüngliche oder abgeleitete, geführt sind. Verlegt daher ein Kaufmann sein Geschäft an einen anderen Ort, so muß er an dem neuen Orte den § 30 beobachten, wenn auch an sich sein Firmenrecht nicht untergeht (RG. 20, 171; Allfeld 139; a. A. zu Unrecht Lehmann-Ring Nr. 7). Denn das Geschäft erlischt nicht mit der Verlegung (arg. auch Abs. 1 u. 2 des § 31; vgl. unten Anm. 12). Anm. 3.

Welches ist aber das Schicksal zweier gleichlautenden Firmen, wenn zwei Gemeinden mit einander politisch vereinigt werden? Die Frage wird bei der Eingemeindung von Vororten in Großstädte von Wichtigkeit. Nach unserer Ansicht bleiben beide Firmen neben einander bestehen. Denn der § 30 gibt den bestehenden und eingetragenen Firmen den Vorzug lediglich von den Firmen, die diese beiden Erfordernisse nicht haben. Von zwei bestehenden und rechtmäßig eingetragenen Firmen braucht dagegen keine der andern zu weichen. Nicht etwa die später eingetragene, wie Allfeld (139) u. Schulze-Görlitz (120) meinen. Denn es gibt keine allgemeine Rechtsregel: Prior tempore potior jure. Der Satz gilt, wo er gesetzlich angeordnet ist. Sonst überall wird die Stärke des Rechts durch sein Alter nicht bestimmt. Aber es müssen auch nicht etwa, woran man ebenfalls denken könnte, die Firmen der untergehenden Gemeinde einen unterscheidenden Zusatz annehmen, wenn sie mit Firmen der aufnehmenden Gemeinde gleichlauten, weil sie für die aufnehmende Gemeinde neue Firmen seien. Denn als sie eingetragen wurden, waren sie für den Ort, in dem sie bestanden, berechtigte. Die beiden gleichlautenden Firmen mögen in ihrem eigenen Interesse für eine Unscheidung sorgen; soweit das öffentliche Interesse in Frage kommt, ist eine gesetzliche Fürsorge für eine Unterscheidung in diesem Falle nicht getroffen (zust. KG. in KGJ. 16, 11; Düringer-Hachenburg I 132; Lehmann-Ring Nr. 3).

f) Das Erfordernis **deutlicher Unterscheidung** unterliegt der Prüfung des Registerrichters von Fall zu Fall. Als Richtschnur muß hier die kaufmännische Sitte gelten, nach der die Anm. 4.

§ 30. Firma immer genau so, wie ihr Inhaber sie angenommen hat, gebraucht wird. Ihr unverstümmelter Gebrauch wird vorausgesetzt. Die Unterscheidung der Firmen besteht häufig in verhältnismäßig kleinen Verschiedenheiten, z. B. in einer anderen Stellung der in der Firma enthaltenen Initialen, bzw. einer Initiale mehr oder weniger („C. Meyer", „C. F. Meyer" und „F. C. Meyer" unterscheiden sich genügend von einander). Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht (20, 71) aufgestellt und dabei noch besonders hervorgehoben einmal, daß der § 18 des (früheren) Markenschutzges. vom 30. November 1874, der eine Unterscheidbarkeit ohne besondere Aufmerksamkeit verlangt, nicht entsprechend anzuwenden sei, und ferner, daß es für die vorliegende Frage ohne Belang sei, ob die in Frage stehende Firma denselben Geschäftszweig betreibe, oder ob gar die neue Firma einen bereits bestehenden unlauteren Wettbewerb zu bereiten beabsichtige. Die Firma Benecke & Co., die sich in demselben Zweige ein Geschäft eröffnete, wie die bereits bestehende Firma C. H. Benecke & Co., ist durch die gedachte Entscheidung für zulässig erklärt worden (ebenso RG. in JW. 98, 82[58]). Die Firmen „Johann Herm. H." und „Hermann H." unterscheiden sich genügend (OLGR. 11, 20).

Anm. 5. **Beispiele aus der Praxis:**

α) **Deutlich unterscheiden sich:** die Firmen „Automat G. m. b. H." und „Automat Aktien-Gesellschaft", da die Angabe der Gesellschaftsform einen Bestandteil der Firma bildet (KG. in OLGR. 7, 343); oder „Vichy & Co." und „Vichy & Co. G. m. b. H. sowie „Vichy & Co. Aktiengesellschaft" (a. M. OLG. Karlsruhe im Recht 02, 440); oder „Restaurant à la Aschinger" und „Bierquelle nach Aschinger" (KG. in OLGR. 6, 109); oder „Güter-Transport-Gesellschaft Carl Cohn & Cie." und „Carl Cohn & Co." (LG. Hamburg in HansGZ. 00, 115; oder „Musterkartenfabrik Karl A." und „Karl A. Spezialgeschäft für Bureauartikel" (KG. in OLGR. 6, 340).

Anm. 6. β) **Kein deutlicher Unterschied** besteht zwischen den Firmen „Gebrüder Baumann" und Baumann Gebrüder" (Busch A. 3, 75); zwischen „Ernst & von Spokelsen" und Ernst von Spokelsen" (OLG. Hamburg in OLGR. 2, 91); zwischen den Firmen „Josef Fraenkel" und „Josef Frenkel", „Karl Berent" und „Karl Behrendt", „Otto Schultz" und „Otto Schulz", weil die Aussprache die gleiche und daher die Unterscheidung keine deutliche ist (zust. Düringer-Hachenburg I 131; ebenso OLG. Dresden in ZHR. 46, 471; a. A. Lehmann-Ring Nr. 5); zwischen dem vollen Vornamen und Abkürzungen, die doch voll ausgesprochen werden, z. B. „Friedr." und „Friedrich" (a. M. Opet in ZHR. 49, 88); zwischen „& Co." und „et Cpie" (Hahn § 3 zu Art. 20). Der Zusatz „in Liquidation" stellt keinen deutlichen Unterschied dar, da er nur einen veränderten rechtlichen Zustand bedeutet (s. § 153; KGJ. 10, 17; RG. 29, 68; zust. Opet in ZHR. 49, 93). Das gleiche gilt von dem Zusatze „Nachfolger". Der Kaufmann Albert Graetz, der dem Erwerber seines Geschäfts gestattet hat, „Albert Graetz Nachfolger" zu firmieren, ist nicht berechtigt, sich unter der Firma „Albert Graetz" neu zu etablieren (dagegen Makower I 67).

Anm. 7. 2. (Abs. 2.) Der Abs. 2 gibt eine Sondervorschrift zur Erzielung deutlicher Unterscheidbarkeit für den besonderen Fall, daß die eingetragene Firma eines Kaufmanns die gleichen ausgeschriebenen Vor- und Familiennamen enthält, deren sich ein Kaufmann als einer neuen Firma bedienen will. **In diesem Falle müssen unterscheidende Zusätze gewählt werden.** Gemeint sind Zusätze, die ein Bestandteil der Firma werden (hierüber § 18 Anm. 7); sie müssen an sich zulässige sein (§ 18 Abs. 2). Der Wortlaut ist nicht präzis. Er spricht von Gleichheit mit dem Namen eines eingetragenen Kaufmanns, gemeint ist aber Gleichheit mit einer eingetragenen Firma. Ein undeutlicher Zusatz ist es, wenn eine Firma lautet: „Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichsplatz," und die neue Firma heißen soll: „Johann Maria Farina, Jülichsplatz, Kontor Brüderstraße Nr. 21" (ZHR. 6, 575). Bloße Anfügung des Ortsnamens zur sonst gleichlautenden Firma ist auch nicht genügend (Bolze 5 Nr. 198; Hahn § 9), ebensowenig die Zusätze „in Liquid." oder „Nachfolger" (s. vorige Anm.). Dagegen genügt die Beifügung des Geschäftszweiges (abw. 6./7. Aufl. Anm. 5) (z. B. „Julius Froben, Bankgeschäft" und „Julius Froben"), vorausgesetzt nur, daß es sich um einen wirklichen Bestandteil

der Firma handelt und um einen anderen Geschäftszweig. Über **unterscheidende Zusätze § 30.** s. a. § 18 Anm. 7—13 und oben Anm. 4ff.

3. (Abs. 3.) **Die Firma der Zweigniederlassung.** Über den Begriff der Zweigniederlassung Anm. 8. vgl. § 13 Anm. 3ff., 13, 14; über ihre Anmeldung dort Anm. 8; darüber, wieweit der Richter der Zweigniederlassung die Zulässigkeit der Firma zu prüfen hat, ebendort.

Als Firma der Zweigniederlassung ist diejenige der Hauptniederlassung anzunehmen. (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1239 u. 1269.) Dies geht aus § 13 deutlich hervor, da dieser Paragraph bestimmt, daß die Anmeldungen in gleicher Weise bei dem Gerichte der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung zu erfolgen haben, und insbesondere, daß die Firma für beide Niederlassungen gleich ist, indem der Paragraph von dem „Inhaber der Firma" spricht, nicht vom Kaufmann. Die Beifügung eines Zusatzes, wie Filiale, Zweigniederlassung, Niederlage, ist nicht notwendig (zust. Denzler, Filiale, 105), aber üblich und zulässig; die Firmenidentität wird dadurch nicht aufgehoben (vgl. auch § 50 Abs. 3). Das Erfordernis gleicher Firmierung ergibt sich für die Filiale, wie Denzler (147, 152) mit Recht betont, auch theoretisch schlechtweg aus dem Begriff der Firma einerseits und dem der Zweigniederlassung andererseits. Gegen die herrschende Lehre nimmt Opet (ZHR. 49, 98ff.) an, die Zweigfirma brauche mit der Hauptfirma nicht übereinzustimmen oder ihr wenigstens nicht zu entsprechen.

Wenn am Orte der Zweigniederlassung bereits eine der Firma der Haupt- Anm. 9. niederlassung **gleiche eingetragene** Firma besteht, so **muß** ein Zusatz beigefügt werden zum Zweck der **Unterscheidung** von der bereits bestehenden Firma. Dies bestimmt unser Abs. 3 ausdrücklich, der sich **allgemein** auf Einzelkaufleute (physische und juristische) sowie Handelsgesellschaften aller Art bezieht. Diesem Zwecke genügt jeder Zusatz, aus welchem erkennbar ist, daß die Zweigniederlassung nicht identisch ist mit dem an dem betreffenden Orte bereits bestehenden Geschäfte. Der bloße Zusatz: „Filiale", „Zweigniederlassung" ist in diesem Falle nicht deutlich genug; das rechtsunkundige Publikum könnte leicht annehmen, es handele sich um eine Filiale der Firma, die bereits am Orte bestand. Es genügt aber ein Zusatz, der erkennen läßt, daß das Geschäft eine Zweigniederlassung eines an einem anderen Orte bestehenden Geschäfts ist. Wenn z. B. in Frankfurt a. M. bereits eine „Deutsche Bank" besteht, und die in Berlin domizilierende Deutsche Bank will in Frankfurt a. M. eine Zweigniederlassung errichten, so genügt die Firma: „Deutsche Bank Berlin, Filiale Frankfurt a. M."

Zugleich ergibt sich aber aus dem Gesagten, daß das Erfordernis der absoluten Fir- Anm. 10. menidentität für die Haupt- und Zweigniederlassung nicht besteht. Immerhin muß der unterscheidende Zusatz so beschaffen sein, daß erkennbar ist, es sei die Firma des Hauptgeschäfts. Eine von der Firma des Hauptgeschäfts absolut verschiedene Firma aber kann das Zweiggeschäft nach unserer Ansicht (zust. Denzler 164) nicht haben, z. B. wenn der Kaufmann ein von ihm gemäß § 22 erworbenes Geschäft unter dieser Firma als Zweigniederlassung betreiben wollte (anders nach früherem Recht KGJ. 14, 13; anderer Ansicht auch nach jetzigem Recht Düringer-Hachenburg I 132; Dernburg I § 99[7]; Opet in ZHR. 49, 98).

Wird die Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung erhoben, so unterliegt ihre Anm. 11. Firma im allgemeinen den Vorschriften über neue Firmen (KGJ. 2, 17; 9, 17; Behrend § 40 Anm. 35; Schulze-Görlitz 111; etwas abw. Denzler 94). Die Firma des Hauptgeschäfts kann für die so gebildete Hauptniederlassung jedenfalls dann unbedenklich gewählt werden, wenn es eine ursprüngliche Firma ist (KGJ. 15, 12); im Zweifel auch dann, wenn es eine abgeleitete Firma ist, es sei denn, daß dieses Vervielfältigungsrecht, das mit dem Firmenrechtserwerbe nicht notwendig verbunden ist, beim Erwerbe des Firmenrechts nicht mit übergegangen ist (KGJ. 15, 10 und 18, 26; Anm. 13 zu § 22).

Eine Veräußerung des Zweiggeschäfts mit dem Firmenrecht sollte streng genommen Anm. 12. unzulässig erscheinen, da das Zweiggeschäft kein für sich bestehendes Geschäft ist und daher nicht das Erfordernis des § 22 erfüllt; es müßte also eigentlich, um den Übergang des

§ 30. Firmenrechts zu erreichen, das Zweiggeschäft erst zur Hauptniederlassung erhoben und alsdann mit dem Firmenrecht veräußert werden. Allein die Praxis, der auch Denzler (221) beitritt, und deren ausdehnende Auslegung angenommen werden kann, erachtet dies als eine unnötige Umständlichkeit und gestattet die Weiterveräußerung der Firma mit dem Zweiggeschäft allein unter denselben Voraussetzungen, unter denen der Übergang der Firma auf das zur Hauptniederlassung erhobene Zweiggeschäft gestattet ist (KGJ. 15, 12; RJA. 2, 233). Wer ein Zweiggeschäft mit Firma erworben hat, behält das Firmenrecht im Zweifel auch bei Verlegung des Geschäfts an einen andern Ort, nur muß er erforderlichenfalls der Vorschrift unseres Abs. 3 genügen (OLG. Stuttgart in OLGR. 1, 212; s. a. Anm. 3).

Anm. 13. 4. (Abs. 4.) **Die Landesregierungen können bestimmen, daß mehrere benachbarte Orte und Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde anzusehen sind.** Hier können Schwierigkeiten entstehen. Wenn z. B. die Landesregierung zwei benachbarte Orte zu einem Orte im Sinne des § 30 erklären wird, die früher als zwei Orte galten, so kann es kommen, daß in jedem dieser beiden Orte dieselbe Firma besteht. Muß eine der Firmen nun weichen? Hier ist zu berücksichtigen, daß jede der beiden Firmen zu Recht besteht (Art. 22 des EG.); deshalb müssen sie neben einander bestehen. Es gilt hier das gleiche wie oben Anm. 3 (zust. Goldmann I 150). — Die Landesregierung kann ihre Bestimmung durch Gesetz oder Verordnung treffen. Für Preußen ist auf Grund des Art. 1 AG. z. HGB. eine derartige gemeinschaftliche Verfügung des Justizministers und des Ministers für Handel und Gewerbe am 2. Dezember 1899 (JMBl. 99, 557) ergangen (u. a. ist Berlin mit einer Anzahl Nachbargemeinden, darunter Charlottenburg, Rixdorf, Schöneberg vereinigt; s. a. § 8 Anm. 2).

Anm. 14. Zusatz 1. **Wenn der Registerrichter die Firmeneintragung trotz Ungleichheit ablehnt,** so ist hiergegen Beschwerde zulässig (Anm. 4 u. 9 ff. zu § 14). Die Klage gegen den Konkurrenten führt hier nicht zum Ziel, da an der Nichteintragung das öffentliche Interesse beteiligt ist. Wenn der Registerrichter die Firmeneintragung trotz Gleichheit vornimmt, so ist die Klage auf Herbeiführung der Änderung gegeben (§ 37 Abs. 2). Daneben auch Beschwerde (Anm. 4 zu § 14).

Anm. 15. Zusatz 2. **Die Firma der Zweigniederlassung eines ausländischen Kaufmanns** richtet sich im allgemeinen nach den ausländischen Gesetzen, es sei denn, daß inländische Prohibitivgesetze entgegenstehen (Lehmann Aktienrecht I 123). Infolgedessen ist (Anm. 11 zu § 13) zuzulassen, daß ein ausländischer Einzelkaufmann seiner Firma einen Gesellschaftszusatz beifügt. Dagegen sind täuschende Zusätze nicht zuzulassen.

Anm. 16. Zusatz 3. **Übergangsfrage.** Die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Firmen genießen den gleichen Schutz, wie die nachher eingetragenen.

§ 31.

§ 31. Eine Aenderung der Firma oder ihrer Inhaber sowie die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort ist nach den Vorschriften des § 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt, wenn die Firma erlischt. Kann die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht auf dem im § 14 bezeichneten Wege herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amtswegen einzutragen.

Der Paragraph trifft die erforderlichen rechtspolizeilichen Anordnungen für den Fall, daß Änderungen mit der Firma oder in der Firma vorgehen. Der Natur der Sache nach findet er keine Anwendung auf Minderkaufleute.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Eine Änderung der Firma oder ihrer Inhaber ist nach den Vorschriften des § 29 zur Anmeldung zu bringen.** („Nach den Vorschriften des § 29“, also auch erneute Zeichnung ist notwendig. Dies selbst dann, wenn die Firma die gleiche bleibt und nur

eine Änderung der Firmeninhaber stattfindet, so daß z. B. wenn das Geschäft einer o. H. G. auf einen der bisherigen Gesellschafter übergeht, dieser, mag er auch früher schon zeichnungsberechtigt gewesen sein, die Firma von neuem zu zeichnen hat (KG. in RJA. 3, 83). Eintragungspflichtig ist auch eine Änderung der Firma infolge bloßer Änderung des Namens eines Inhabers (§ 21). — Fälle des Wechsels eines Inhabers s. in den §§ 22, 27. § 31.

Ferner aber ist, was früher nicht vorgesehen war, die **Verlegung der Niederlassung** (über den Begriff der Niederlassung s. § 13 Anm. 3ff.; auch hier ist Haupt- und Zweigniederlassung gemeint, vgl. § 29 Anm. 7) an einen anderen Ort anzumelden, und zwar sowohl dann, wenn die Verlegung an einen andern Ort in demselben Gerichtsbezirk, als wenn sie an einen Ort in einem andern Gerichtsbezirk erfolgt. Ein Erlöschen der Firma liegt darin nicht (§ 30 Anm. 3); der Kaufmann kann die Firma beibehalten, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 30. (Über die Verlegung des Sitzes einer Aktiengesellschaft § 182 Anm. 17.) — Eine Verlegung der Zweigniederlassung ist — analog wie ihre Errichtung oder Aufhebung — bei dem Registergericht der Zweigniederlassung anzumelden und einzutragen; bei dem Gerichte der Hauptniederlassung erfolgt ein Vermerk (vgl. § 13 Anm. 9).

Die Vorschrift bezieht sich auf alle (physischen) **Einzelkaufleute**, auch auf die des § 3 Abs. 2; die letzteren können zwar ihre ursprüngliche Eintragung nach Belieben bewirken oder unterlassen, aber einmal eingetragen unterliegen sie den weiteren firmenrechtlichen Vorschriften. Die Vorschrift würde an sich auch auf juristische Personen und zufolge des § 6 auf Handelsgesellschaften zu beziehen sein. Doch sind für diese Sonderbestimmungen gegeben (§§ 34, 107, 161 Abs. 2, 277, 320 Abs. 3, 325 Nr. 1).

Anm. 2. Die Eintragung der Änderung setzt nicht notwendig voraus, daß die Firma selbst eingetragen war (zust. Theodor Cohn 104). Es bestand z. B. die nicht eingetragene Firma O. Schulze, unter welcher der Kaufmann Ottokar Schulze ein eintragungspflichtiges Geschäft betrieb. Er veräußert nun sein Geschäft mit Firma. Der Rechtsnachfolger kann sich eintragen lassen, ohne daß der frühere Inhaber eingetragen und veröffentlicht wird. Oft aber wird die nachträgliche Eintragung des bereits veränderten Zustands notwendig sein. So, wenn die Folgen des § 15 Abs. 1 oder des § 25 Abs. 1 nicht eintreten sollen (vgl. ROHG. 23, 227; RG. 15, 35).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Das Erlöschen der Firma ist anzumelden.** Auch diese Vorschrift (Abs. 2 Satz 1) bezieht sich zunächst nur auf Einzelkaufleute (vgl. jedoch Anm. 4 und 5).

a) Das Firmenrecht erlischt nicht mit der vorübergehenden Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern mit dem Aufhören des Geschäfts, selbst wenn noch einzelne Rechtsverhältnisse aus dem Geschäftsbetriebe fortdauern (BayObLG. in OLGR. 6, 463). Das Firmenrecht besteht so lange, als man noch sagen kann: das Geschäft besteht, d. h. so lange, als die zur Führung erforderlichen Bestandteile und Beziehungen noch vorhanden sind (s. näheres Anm. 5 zu § 22, insbes. über Liquidation und Konkurs). Eine versehentlich erfolgte Löschung im Register hat nicht das Erlöschen einer tatsächlich noch bestehenden Firma zur Folge; im Wege der Berichtigung nach § 142 FGG. ist Abhilfe zu schaffen (KG. in KGJ. 28 A S. 44 und in OLGR. 9, 257). Steht aber bei versehentlich, z. B. ohne Anmeldung erfolgter Löschung, fest, daß die Firma tatsächlich erloschen ist, so bleibt die Löschung bestehen (KGJ. 28 A S. 43). Die Firma erlischt im Falle des § 1 auch mit der Verringerung des Gewerbebetriebs auf den Umfang des Kleingewerbes oder Handwerks; im Falle des § 2 auch schon mit einer solchen Verringerung des Geschäftsbetriebes, daß Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung nicht mehr erfordern. Nur darf in allen diesen Fällen die Verringerung natürlich kein vorübergehender Zustand sein, sondern muß ersichtlich ein dauernder sein (zust. KG. in OLGR. 3, 405; s. a. § 1 Anm. 25 a. E.). Entsprechendes gilt für § 3 Abs. 2.

Die Firma erlischt ferner durch andauernden Nichtgebrauch (RG. 22, 60). Ein Erlöschen der Firma tritt aber nicht schon dann ein, wenn das Rechtssubjekt, welches sie bisher geführt hat, zu bestehen aufhört. So darf z. B. wenn ein Geschäft mit Firma auf ein anderes Rechtssubjekt übergeht (— etwa das Geschäft einer Kommandit-

§ 31. gesellschaft mit Firma auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung —) nicht das **Erlöschen** der Firma gemäß Abs. 2, sondern eine Änderung gemäß Abs. 1 eingetragen **werden** (**KG.** in **KGBl.** 04, 83 und in OLGR. 9, 246; in **KGBl.** s. **auch** über die **Art, wie in Preußen** registerlich in diesem Falle zu verfahren ist).

Anm. 4. Die in § 5 angeordnete fortdauernde **Geltung als Kaufmann** infolge der Eintragung ändert an der Pflicht zur Löschung nichts, wenn das Recht zur Firmenführung nicht mehr besteht (Anm. 5 zu § 5).

Die früher zweifelhaft gewesene Frage, **ob auch bei Handelsgesellschaften das Erlöschen der Firma einzutragen ist** (5. Aufl. § 1 zu Art. 25), ist jetzt durch prinzipiell übereinstimmende Sondervorschriften in bejahendem Sinne gelöst (§§ 157, 161 Abs. 2; 302; 320 Abs. 3). — Hinsichtlich der Firmenlöschung bei solchen **juristischen Personen**, die als Einzelkaufleute anzusehen sind (§ 6 Anm. 1), vgl. § 34 Anm. 3.

Anm. 5. b) Kann die Löschung durch **Ordnungsstrafen nicht herbeigeführt** werden, **so erfolgt sie von Amts wegen.** Dadurch ist das Rges. v. 30. 3. 88, betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen, überflüssig geworden und konnte aufgehoben werden (Art. 8 EG.). Dies bezieht sich mit auf die Firmen der Handelsgesellschaften und juristischen Personen, zumal in dieser Hinsicht Sonderbestimmungen (Anm. 1 und 4) nicht gegeben sind (D. 44). **Das Verfahren hierbei** regelt § 141 FGG. und zwar wie folgt:

Das Registergericht hat den eingetragenen Inhaber der Firma oder dessen Rechtsnachfolger von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. Die Frist darf nicht weniger als 3 Monate betragen. Sind diese Personen oder deren Aufenthalt nicht bekannt, so erfolgt die Benachrichtigung und die Fristbestimmung durch Einrückung in diejenigen Blätter, die für die Bekanntmachung der Eintragungen in das Handelsregister bestimmt sind (§§ 10, 11 HGB.). Wird Widerspruch erhoben, so entscheidet über ihn das Gericht. Gegen die den Widerspruch zurückweisende Verfügung wird die sofortige Beschwerde erhoben. Die Löschung hat zu erfolgen, wenn Widerspruch nicht erhoben oder wenn die den Widerspruch zurückweisende Verfügung rechtskräftig geworden ist. Alles das bestimmt § 141 FGG. Daneben hat aber auch der Dritte, der ein Recht auf Löschung der Firma hat, die Befugnis, beim Registergericht zu beantragen, daß es in der gedachten Weise verfahre. Weigert sich das Registergericht dessen, so hat er hiergegen das Beschwerderecht (Anm. 4 und 9 ff. zu § 14). Ist es aber eingeschritten und der Betroffene hat Widerspruch erhoben und auf seinen Widerspruch ist durch Beschluß des Registergerichts oder eines Obergerichts die Löschung unterblieben, so steht dem Dritten das Beschwerderecht nicht zu. Er hat eben nur das Recht, das Offizialverfahren in Gang zu setzen (vgl. Anm. 4 und 6 zu § 14). Äußersten Falles bleibt ihm der Weg des Zivilprozesses übrig (§ 16 HGB.).

Anm. 6. **Zusatz 1.** Über den Anspruch auf Auslieferung von **Postsendungen**, die an eine gelöschte Firma eingehen, vgl. RG. in JW. 03, 315[18].

Anm. 7. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** In allen Fällen, wo bei älteren Firmen der Ort der Handelsniederlassung nicht eingetragen ist, braucht auch die Verlegung nicht angemeldet zu werden, selbst wenn sie unter der Herrschaft des neuen Gesetzes geschieht (vgl. Anm. 11 zu § 29; a. A. auch hier Lehmann-Ring Nr. 8).

§ 32.

§ 32. Wird über das Vermögen eines Kaufmanns der Konkurs eröffnet, so ist dies von Amtswegen in das Handelsregister einzutragen. Das Gleiche gilt von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses sowie von der Einstellung und Aufhebung des Konkurses. Eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragungen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 15 bleiben außer Anwendung.

Der Paragraph ordnet die Eintragung, nicht auch die Bekanntmachung der Eröffnung und Beendigung des Konkurses an. Er findet auch entsprechende Anwendung auf die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens (§ 198 KO.). § 32.

1. **Die Vorschrift ist eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Neuerung.** Nach einzelnen Landesgesetzen galt sie schon früher. Sie bezieht sich auch auf alle Handelsgesellschaften (§ 6). Der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts hat für die Mitteilung an das Handelsregister Sorge zu tragen (§§ 112, 163, 190, 198, 205 KO.). — Vgl. für Preußen noch die Allg. Verf. v. 7. November 1899 §§ 29 und 31 über die Spalte, in der die Eintragung erfolgen soll. Anm. 1.

2. **Zu beachten ist der Schlußsatz**: die zivilrechtlichen Wirkungen der Eintragung und Nichteintragung greifen hier nicht Platz. Diese treten vielmehr gegen Dritte ein, gleichviel ob die Eintragung erfolgt ist oder nicht (Cosack § 10[21]). Für die betreffenden Rechtsverhältnisse hat die Konkursordnung Fürsorge getroffen: grundsätzliche Unwirksamkeit aller Rechtsakte, die nach der Konkurseröffnung liegen, gegenüber den Konkursgläubigern; grundsätzlich auch ohne Vorbehalt des Schutzes des guten Glaubens, außer in bestimmten, dem Grundbuchverkehr zugehörigen Fällen (§ 7 KO.; Jaeger Anm. 31 ff. dazu; § 366 HGB. Anm. 73; J. und M. Stranz WO. Art. 74[6]). Anm. 2.

3. **Die materiellen Wirkungen der Konkurseröffnung selbst** sind an den zuständigen Stellen erörtert. Vgl. z. B. Anm. 5 zu § 22 über die Frage, ob der Konkurs die Firma zum Erlöschen bringt; die Anm. 18 ff. zu § 131 über die Frage, welche Folgen der Konkurs auf die o. H. G. hat, usw. Anm. 3.

Zusatz. Übergangsfrage. Auf Konkurse, die am 1. Januar 1900 schwebten, findet unser Paragraph Anwendung. Anm. 4.

§ 33.

Eine juristische Person, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebs zu erfolgen hat, ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung anzumelden. § 33.

Der Anmeldung sind die Satzung der juristischen Person und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Bei der Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes nicht.

Bei der Eintragung sind die Firma und der Sitz der juristischen Person, der Gegenstand des Unternehmens und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben. Besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person oder über die Zeitdauer des Unternehmens sind gleichfalls einzutragen.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Anmeldung gewisser juristischer Personen in das Handelsregister. Er gilt für Neuanmeldungen und bildet die Einleitung der firmenrechtlichen Vorschriften des HGB. über juristische Personen (§§ 33—36). Ergänzt werden diese Vorschriften noch durch § 452, wonach der Staat als Postunternehmer nicht Kaufmann ist, und durch § 66 des RBankG. v. 14. März 1875, wonach die Bestimmungen über die Eintragung in das Handelsregister auf die Reichsbank keine Anwendung finden. Andererseits finden die §§ 33–36 auch durch die §§ 29—32 ihre Ergänzung, die auf juristische Personen Anwendung finden, soweit sich nicht aus den §§ 33—36 Modifikationen ergeben (hierüber Genaueres in den Erl. zu den §§ 29–32, z. B. § 29 Anm. 1, § 30 Anm. 1, 9, § 31 Anm. 1, 4, 5). — Über die Anmeldung von Versicherungsvereinen a. G. vgl. die §§ 30, 31 der PrivVersG. Einleitung.

§ 33. Anm. 1. 1. **Welches sind die einzutragenden juristischen Personen? Diejenigen, deren Eintragung mit Rücksicht auf den Gegenstand oder die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebs zu erfolgen hat.**

a) **Juristische Personen.** Ihr Begriff steht in der Wissenschaft fest und wird daher vom HGB., ebenso wie vom BGB., als bekannt vorausgesetzt. Sie sind, um dies mit einem Worte zu sagen, Rechtsgebilde, denen, ohne physische Person zu sein, Rechtsfähigkeit d. i. Fähigkeit, selbständiger Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, zuerkannt ist (s. a. Eccius Preuß.PrR. IV 661 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie 5 ff.). Entsprechend alter Entwickelung kennt auch das BGB. zwei Arten von juristischen Personen: **die Vereine** (§§ 21—79 BGB.), das sind Vereinigungen mehrerer physischen Personen zu einer Gesamtpersönlichkeit, **und die Stiftungen** (Anstalten, §§ 80—88 BGB.), bei ihnen ist das Substrat eine Sache oder eine Mehrheit von Sachen. Vereine und Stiftungen können unter unsern Paragraphen fallen. Ebenso die vom BGB. an dritter Stelle im § 89 erwähnten: „juristischen Personen des öffentlichen Rechtes", für welche noch besonders der § 36 gilt.

Anm. 2. Nach BGB. erlangen Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist — und derartige Vereine kommen zunächst für unsern Paragraphen in Betracht —, in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit (§§ 22, 23 BGB.). Auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften neben dem BGB. haben z. B. die Rechte juristischer Persönlichkeit erlangt: die Kolonialgesellschaften (§ 8 des RGes. v. 17. April 1886 und 15. März 1888 und Art. 1 des RGes. vom 2. Juli 1899), die Innungen (§ 86 RGes. v. 26. Juli 1897), die Versicherungsvereine a. G. (§ 15 des PrivVersG.) u. a. (vgl. genaue Aufzählung bei Stranz-Gerhard 86 Anm. 13), sowie die in Anm. 2 zu § 6 aufgezählten Gesellschaften (über letztere vgl. unten Anm. 5). Auch die juristischen Personen, die auf Grund der früheren Gesetze bereits am 1. Januar 1900 bestanden haben (Art. 163 EG. z. BGB.), sowie die, die auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten bestehen, z. B. Bergwerksgewerkschaften, wenn sie juristische Personen sind (vgl. auch § 2 Anm. 4), können für unsern Paragraphen in Betracht kommen.

Anm. 3. Ausgeschlossen von unserm Paragraphen sind die nicht rechtsfähigen Vereine. Ebenso in der Regel die ins Vereinsregister eingetragenen Vereine des BGB., da ihr Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Aber diese Regel kann Ausnahmen erleiden. Zur Erreichung des idealen Hauptzwecks eines Vereins (z. B. Hebung des religiösen Sinns seiner Mitglieder) kann als Mittel ein nebenbei geführter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb dienen (z. B. eine Buchhandlung). Solche Vereine können in das Vereinsregister eingetragen werden (Planck Anm. 3 zu § 21 BGB.; Samter in DJZ. 00, 311). Da nun der Verein in diesem Falle eine Buchhandlung betreibt, betreibt er ein Gewerbe, und zwar ein Handelsgewerbe; er muß unter den Voraussetzungen der §§ 1 und 2 in das Handelsregister eingetragen werden. Daß die erzielten Gewinne religiösen Zwecken gewidmet werden, steht dem Begriff des Gewerbes nicht entgegen (§ 1 Anm. 10).

Anm. 4. Bei ausländischen Korporationen kommt es darauf an, ob sie nach dem ausländischen Rechte rechtsfähig sind oder nicht. Sind sie nach ihrem Heimatsrechte nicht rechtsfähig, so kann ihnen nach § 23 BGB. durch Beschluß des Bundesrats Rechtsfähigkeit verliehen werden, alsdann fallen sie unter unsern Paragraphen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Sind sie aber nach ihrem Heimatsrechte rechtsfähig, so fallen sie beim Vorliegen dieser Voraussetzungen schon dann unter unsern § 33, wenn ihre Rechtsfähigkeit durch den Bundesrat anerkannt ist (einer Verleihung bedarf es in diesem Falle nicht, Planck Anm. 1 zu § 23 BGB.). — Über ausländische Aktiengesellschaften vgl. Anm. 13 zu § 178. — Ausländische Versicherungsunternehmungen, die im Inlande durch Vertreter, Bevollmächtigte, Agenten oder sonstige Vermittler das Versicherungsgeschäft betreiben wollen, bedürfen hierzu der Erlaubnis (§ 85 des PrivVersG.; s. a. § 1 Anm. 61).

b) Die juristischen Personen (zu a) unterliegen aber nur dann der Eintragung, wenn diese **mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebs zu erfolgen hat.** Den Gegensatz bilden diejenigen juristischen Personen, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens kraft ihrer Rechtsform zum Kaufmann erklärt sind: die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung usw. (vgl. § 6 Anm. 2); für diese gelten besondere gesetzliche Vorschriften. § 33. Anm. 5.

Mit Rücksicht auf den Gegenstand sind eintragungspflichtig juristische Personen, die ein Handelsgewerbe nach § 1 als Vollkaufleute betreiben. Mit Rücksicht auf Art und Umfang sind eintragungspflichtig juristische Personen, deren Gewerbebetrieb unter § 2 fällt. Durch die Eintragung werden sie Kaufleute und zwar Vollkaufleute. — Daß eine juristische Person überhaupt ein Handelsgewerbe betreiben kann, darüber vgl. § 1 Anm. 4.

Nicht erwähnt sind hier diejenigen juristischen Personen, deren Eintragung „nicht zu erfolgen hat", die vielmehr nur berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, ihre Firma eintragen zu lassen, nämlich diejenigen, die einen land- oder forstwirtschaftlichen Nebenbetrieb im Sinne des § 3 Abs. 2 haben. Machen sie von ihrem Rechte aber Gebrauch, so sind sie im übrigen den Regeln der §§ 33—35 unterworfen. Anm. 6.

2. **Wer hat die Anmeldung zu bewirken?** Sämtliche Mitglieder des Vorstandes. (Auch die Mitglieder des Aufsichtsrats beim Versicherungsverein a. G., § 30 des PrivVersG.) Anm. 7.

3. **Was ist anzumelden?** Das Gesetz sagt: die juristische Person. Das stimmt überein mit § 195, wonach auch bei der Aktiengesellschaft „die Gesellschaft" anzumelden ist. Das Gesetz geht offenbar davon aus, daß sich die einzutragenden Tatsachen (Abs. 3) aus den Anlagen der Anmeldung (der Satzung und den Urkunden über die Bestellung des Vorstandes Abs. 2) ergeben. Regelmäßig wird dies der Fall sein. Indessen geht die D. 45 selbst davon aus, daß nicht immer eine Satzung vorhanden sein wird, wie bei juristischen Personen aus früherer Zeit. Ferner wird es nach der Verfassung der einzelnen juristischen Personen nicht immer nötig sein, daß alle hier in Betracht kommenden Festsetzungen gerade durch die Satzungen getroffen werden. In diesen Fällen wird die Anmeldung diese Tatsachen besonders enthalten müssen. Anm. 8.

Hiernach darf die Frage nicht schlechtweg dahin gestellt werden: Was ist anzumelden?, sondern: Was muß aus der Anmeldung der juristischen Person und ihren Anlagen hervorgehen? Hierauf ist folgende Antwort zu geben: Anm. 9.

a) Zunächst sicherlich der Charakter des angemeldeten Rechtsgebildes als juristischer Person. Erforderlichenfalls muß daher die Verleihungsurkunde oder der sonstige Nachweis der juristischen Persönlichkeit beigebracht werden.

b) Sodann die Firma der juristischen Person. Denn nach Abs. 3 soll ja die Firma eingetragen werden. Soll ihre Firma mit ihrem Namen gleichlauten, so bedarf es hierüber keiner besonderen Festsetzung und Angabe. Anders, wenn die Firma mit dem Namen nicht gleich lauten soll. Alsdann muß die Berechtigung dieser Firmenführung dargetan werden. — Auf ganz anderem Gebiet liegt die Frage, die aber bei dieser Gelegenheit erledigt werden kann, von welcher Beschaffenheit die Firma einer juristischen Person überhaupt sein muß und sein kann, ob sie insbesondere auch anders lauten kann, als ihr eigentlicher Name. Zunächst muß sie den allgemeinen Vorschriften über die Firma entsprechen: Sie darf also keinen täuschenden Zusatz haben (§ 18 Abs. 2) und muß sich von allen Firmen an demselben Orte deutlich unterscheiden (§ 30). Ferner darf sie, wie aus § 20 **ex analogia** zu entnehmen ist, keine Form haben, die zu der Annahme Anlaß gibt, daß die Inhaber der Firma eine oder mehrere persönlich haftende Personen sind. Eine Gesellschaftsfirma an sich wird, wenn nur jener Schein vermieden wird, nicht gerade unzulässig sein, sofern nur die juristische Person eine Personenvereinigung ist. So würde z. B. der Name „Deutscher Bankverein" oder der Name „Berliner Naphthalingesellschaft" geeignet sein. Denn diese Namen erwecken nicht die irrige Annahme, als sei der Inhaber eine Gesellschaft mit persönlich haftenden Mitgliedern, Anm. 10.

§ 33. sonst müßte ja die Form des § 19 gewählt sein. Ferner darf die juristische Person in der Regel ihre Firma **nicht frei wählen**, vielmehr ist regelmäßig ihr Name auch ihre Firma (KGJ. 17, 5; RG. in JW. 05, 721[18]; abweichend Lehmann-Ring Nr. 3). Anders, wenn eine entgegengesetzte Handelssitte besteht, wie bei den Gewerkschaften (D. 45). Die juristische Person kann ferner die Firma einer anderen Person erwerben und alsdann führen (s. § 22 Anm. 11). Dabei müssen jedoch die anderweit entwickelten allgemeinen Grundsätze gewahrt werden; d. h. es darf auch dadurch nicht der Schein erweckt werden, als seien die Inhaber der Firma persönlich haftende Mitglieder; und ferner hängt es von der Satzung der betreffenden juristischen Person ab, ob sie neben ihrem Namen überhaupt eine andere Namensbezeichnung als Firma führen kann oder ob sie nicht vielmehr nur **einen** Namen haben kann. Ist dies letztere der Fall, so darf die erworbene Firma nur dann geführt und angemeldet werden, wenn die juristische Person als solche diese Bezeichnung als ihren Namen angenommen hat.

Anm. 11. c) **Der Sitz der juristischen Person.** Denn nach Abs. 3 soll dieser eingetragen werden. Außerdem muß aber auch der **Niederlassungsort** aus der Anmeldung und ihren Anlagen hervorgehen. Zwar erwähnt dies unser Paragraph nicht, weil er davon auszugehen scheint, daß sich der Sitz der juristischen Person mit dem Orte der Niederlassung decken werde. Allein dies ist keineswegs immer der Fall. Denn der Sitz der juristischen Person, der für die Regel der Ort ist, an dem die Verwaltung geführt wird, kann doch, **wenn die Verfassung oder die Verleihungsurkunde dies bestimmt**, anderswo liegen, als am Orte der Verwaltung (vgl. z. B. § 24 BGB. für die rechtsfähigen Vereine des bürgerlichen Rechts und Planck Anm. 1 dort). Außerdem kann die juristische Person außer an ihrem Sitze noch an einem andern Orte innerhalb desselben Gerichtsbezirks eine Niederlassung haben. (Der Fall, daß sie noch an einem andern Orte außerhalb desselben Gerichtsbezirks eine Niederlassung hat, ist durch § 13 und durch § 33 Abs. 2 Satz 2 geregelt.) Daß in allen diesen Fällen auch der Ort der Niederlassung aus der Anmeldung und ihren Anlagen hervorgehen und in das Handelsregister eingetragen werden muß, ist auf Grund des § 29 anzunehmen (s. oben die Einleitung; Düringer-Hachenburg I 136).

Anm. 12. d) **Der Gegenstand des Unternehmens.** Denn auch dieser ist nach Abs. 3 einzutragen. Ob der Gegenstand des Unternehmens einen bestimmten Inhalt haben muß, oder einen mehr allgemeinen Inhalt haben kann, darüber hat das HGB. keine Vorschriften, das richtet sich vielmehr nach der Verfassung der betreffenden jur. Person. Doch muß der Gegenstand des Unternehmens unter § 1 oder unter § 2 (bzw. im Falle des § 3 Abs. 2 unter diesen) fallen. — Vgl. für die **Aktiengesellschaft** Anm. 18 zu § 182; für den Versicherungsverein a. G. § 32 des PrivVersG.

Anm. 13. e) **Endlich die Mitglieder des Vorstandes**, und zwar müssen die Mitglieder des Vorstandes hervorgehen aus besonderen Urkunden über diese Bestellung, die in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift der Anmeldung beizufügen sind. Der Registerrichter hat zu prüfen, ob sich die Bestellung des Vorstandes nach den beigebrachten Urkunden als rechtsgültig erweist (OLG. Dresden in OLGR. 8, 382; die gleiche Prüfungspflicht liegt ihm für die in § 34 angeordnete Anmeldung einer **Änderung** in der Zusammensetzung des Vorstandes ob).

Anm. 14. f) **Besondere Bestimmungen über die Befugnis des Vorstandes** zur Vertretung der juristischen Person **oder über die Zeitdauer des Unternehmens** müssen aus der Satzung hervorgehen. Unter besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis des Vorstandes ist jede Einschränkung der vollen gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Vorstandes und jede Abweichung von der gesetzlichen Regel zu verstehen, wonach ein aus mehreren Mitgliedern bestehender Vorstand nach Stimmenmehrheit zu beschließen und in dieser Weise nach außen zu handeln ermächtigt ist (vgl. §§ 26, 28, 70 BGB.). Besondere Bestimmungen über die Zeitdauer des Unternehmens sind Bestimmungen darüber, daß die Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkte von selbst ohne Auflösungsbeschluß endet (s. z. B. § 5 des Priv.-VersG.), denn regelmäßig erfolgt die Auflösung durch Beschluß der Mitgliederversammlung (§ 41 BGB.).

4. **Die Form der Anmeldung** richtet sich nach § 12. Ihre Beilagen sind in unserem Abs. 2 **§ 33.** verzeichnet: die Satzung und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes. Außerdem Anm. 15. sind beizulegen der Nachweis des Korporationscharakters (Anm. 9), der Nachweis der Firmenberechtigung (Anm. 10).

5. **Was ist in das Handelsregister einzutragen?** Zunächst, daß es sich um eine juristische Person Anm. 16. handelt. Das geht aus Abs. 1 und Abs. 3 hervor: denn „die juristische Person" ist zur Eintragung anzumelden und „bei der Eintragung der juristischen Person" ist die Firma usw. einzutragen. Sodann sind einzutragen der Name der juristischen Person und, wenn sich die Firma mit ihm nicht deckt, auch die Firma, ferner der Sitz der juristischen Person, der Niederlassungsort, wenn er sich mit dem Sitze nicht deckt, der Gegenstand des Unternehmens, die Mitglieder des Vorstandes, und wenn die Satzung besondere Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis des Vorstandes und die Zeitdauer des Unternehmens enthält, auch diese Bestimmungen. Alles dies ergibt der Abs. 3 (Anm. 8ff.). — Über den Inhalt der Eintragung bei Versicherungsvereinen a. G. vgl. § 32 des PrivVersG., wonach u. a. auch der Versicherungszweig und die Höhe des Gründungsfonds einzutragen sind.

6. **Zum Handelsregister der Zweigniederlassung** müssen die Anmeldungen gleichfalls erfolgen Anm. 17. (§ 13). Ebenso ist die Satzung hierbei mit einzureichen. Dagegen sind nicht beizufügen die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes (§ 33 Abs. 2 Satz 2; insoweit liegt einer der in den Eingangsworten des § 13 vorgesehenen Ausnahmefälle vor).

7. **Die Eintragungen in das Handelsregister sind nach ihrem ganzen Inhalt auch bekannt zu machen** (§ 10).

8. **Die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung** richtet sich nach all- Anm. 18. gemeinen Vorschriften. Zunächst findet § 5 Anwendung; die juristische Person gilt für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann und Vollkaufmann, wenn sie nur ein Gewerbe betreibt, sollte dies auch nicht den Vorschriften der §§ 1 und 2 entsprechen. Außerdem aber findet § 15 Anwendung. Insbesondere bezieht sich dies auch auf die Vertretungsbefugnis des Vorstandes und die besonderen Bestimmungen hierüber. Je nachdem sie eingetragen (und veröffentlicht) sind oder nicht, muß der Dritte sie nach Maßgabe des § 15 gegen sich gelten lassen oder nicht. Daß diese Sonderbestimmungen in den überreichten Satzungen stehen, ist für den Handelsverkehr unerheblich, auch dann, wenn nach den bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die betreffende juristische Person solche Sonderbestimmungen für den Dritten schon für den Fall erheblich sein sollten, daß sie nur in der Satzung enthalten sind, wie dies z. B. für nicht eingetragene rechtsfähige Vereine nach § 26 Abs. 2 BGB. gilt.

Zusatz 1. Über das Recht der juristischen Personen und besonders der ausländischen zum Anm. 19. **Gewerbebetriebe und zum Erwerbe von Grundeigentum** siehe Anm. 3 zu § 6.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Alle juristischen Personen, die am 1. Januar 1900 bestanden Anm. 20. haben und eintragungspflichtig waren, werden vom § 33 betroffen. Erstreckt sich die Eintragung nicht auf alle nach § 33 erforderlichen Punkte, so hat der Registerrichter für Nachholung zu sorgen.

§ 34.

Jede Aenderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Thatsachen oder **§ 34.** der Satzung, die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist, sowie die Personen der Liquidatoren und die besonderen Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugniß sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung einer Aenderung der Satzung genügt, soweit nicht die Aenderung die im § 33 Abs. 3 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Aenderung.

§ 34. Die Anmeldung hat durch den Vorstand oder, sofern die Eintragung erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll, durch die Liquidatoren zu erfolgen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Im Falle des Konkurses finden die Vorschriften des § 32 Anwendung.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Eintragung von Änderungen in den Rechtsverhältnissen der juristischen Personen. Dies im Anschluß an den § 33, der nur für Neuanmeldungen gilt (Einl. zu § 33). Vorbildlich für unseren Paragraphen waren sowohl Bestimmungen des BGB. (z. B. §§ 67, 71, 74, 76) wie auch des Aktienrechts.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Folgende Änderungen sind anzumelden:**

a) die Änderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Tatsachen, also:

α) die Änderung der Firma (ob diese geändert werden kann unter Beibehaltung eines besonderen Namens für die juristische Person, darüber Anm. 10 zu § 33);

β) die Änderung des Sitzes der juristischen Person, und der Wahl des Ortes der Niederlassung, soweit er mit dem Sitze nicht zusammenfällt (Anm. 11 zu § 33);

γ) Änderung des Gegenstandes des Unternehmens. Die Änderung muß sich in den für den Gegenstand einer handeltreibenden juristischen Person überhaupt zulässigen Grenzen halten (Anm. 12 zu § 33);

δ) Änderung in dem Personalbestande der Mitglieder des Vorstandes und der besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis und die Zeitdauer des Unternehmens (Anm. 13 — dort auch über die Prüfungspflicht des Registerrichters — und Anm. 14 zu § 33).

Anm. 2. b) **Ferner sind anzumelden nach dem Abs. 1 unseres Paragraphen:**

α) Änderungen der Satzung. (Zur Satzung gehören nach den §§ 40, 41 PrivVersG. auch die allgemeinen Versicherungsbedingungen.)

β) Die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist (s. Anm. 6). Die Auflösungsgründe des BGB. sind bei einem Verein folgende: Beschluß der Mitgliederversammlung (§ 41); Ablauf der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit (§ 74 Abs. 2); Auflösung auf Grund des öffentlichen Vereinsrechts (§ 74 Abs. 3); selbstredend auch Wegfall aller Mitglieder. — Das BGB. kennt außerdem als Endigungsgründe des Vereins: die Entziehung der Rechtsfähigkeit (§ 43 und § 73 BGB.) sowie den Verlust der Rechtsfähigkeit infolge Eröffnung des Konkurses (§ 42; näheres Stranz-Gerhard 55). Zweifellos gehört auch die Entziehung der Rechtsfähigkeit, wenngleich sie im § 34 nicht ausdrücklich erwähnt ist, zu den anzumeldenden Tatsachen, da alle Gründe der Beendigung einer juristischen Person durch den § 34 mit umfaßt werden. — Eine Stiftung erlischt nach BGB.: durch ihre Aufhebung (§ 87); durch den Konkurs (§§ 86, 42). Außerdem kommen aber noch in Betracht: die Bestimmungen der Verfassung über eine Beendigung der Stiftung; der Zeitablauf; der Wegfall des Gegenstandes (näheres Planck zu den §§ 86, 87).

γ) Die Personen der Liquidatoren und die besonderen Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugnis. Welches die besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren sind, läßt sich im allgemeinen nicht sagen. Von der Verfassung der betreffenden juristischen Person hängt es ab, welches die normale Gestaltung der Vertretungsbefugnis ist und welches die abweichende. Bei den juristischen Personen des BGB. ist die Gesamtvertretung die normale Gestaltung (§ 48 Abs. 3 BGB.); sollen daher die Liquidatoren einzeln vertreten, so muß dies eingetragen werden.

Sind die Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren gerichtlich bestellt, so ist eine Anmeldung nicht nötig, hier erfolgt die Eintragung von Amts wegen (Abs. 4). Gerichtliche

Bestellung des Vorstandes und von Liquidatoren ist bei den Vereinen des BGB. nach § 29 **BGB. vorgesehen** (vgl. auch § 48 Abs. 1). **§ 34.**

Überall aber handelt es sich hier lediglich um die Liquidation der **juristischen Personen**, nicht um die Liquidation des Handelsgewerbes, wie Düringer-Hachenburg (I 137) annehmen. Wenn eine juristische Person das Handelsgewerbe „liquidiert", ohne sich selbst aufzulösen, so ist dies ein Akt, der als solcher das Handelsregister ebensowenig angeht, wie wenn ein sonstiger Einzelkaufmann sein Handelsgewerbe liquidiert. Wenigstens als Liquidation geht er das Handelsregister nichts an. Liegt darin das Aufhören des Handelsgeschäfts, so muß die Firma gelöscht werden (Anm. 3).

c) **Endlich ist anzumelden die Löschung der Firma**, wenn die allgemeinen Voraussetzungen dafür vorliegen. Dieses kann der Fall sein, selbst wenn die juristische Person als solche sich nicht auflöst. Es kann ja sein, daß sie ihr Geschäft aufgibt, im übrigen aber weiter besteht. Es kann aber auch sein, daß sie im Stadium der Liquidation ihr Geschäft aufgibt, welches einen anderen Namen trug, als sie selbst (wofern dies überhaupt zulässig ist, vgl. Anm. 10 zu § 33). Endlich aber ist nach Beendigung der Liquidation die juristische Person jedenfalls im Handelsregister zu löschen, und auch ihre (von ihrem Namen vielleicht abweichende) Firma, falls sie dieselbe nicht veräußert hat. Anm. 3.

Daß die Firma zu löschen ist, ist zwar nicht, wie bei den Handelsgesellschaften, besonders vorgeschrieben, folgt aber aus § 31 Abs. 2, da dieser, wie überhaupt die §§ 29 bis 32, auch auf juristische Personen soweit Anwendung findet, als sich nicht aus den §§ 33—36 Modifikationen ergeben (vgl. die Einl. zu § 33).

2. (Abs. 3.) **Die Anmeldung erfolgt durch den Vorstand oder die Liquidatoren**; letzteres, wenn es sich um eine Eintragung handelt, die erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll. „Durch den Vorstand": also nicht notwendig, wie bei der ersten Anmeldung (§ 33 Abs. 1), durch die sämtlichen Vorstandsmitglieder, sondern durch den Vorstand in derjenigen Zusammensetzung, in welcher er zur Vertretung nach außen ermächtigt ist. Anm. 4.

3. (Abs. 2.) **Einzutragen sind die nach Anm. 1, 2 und 3 anzumeldenden Tatsachen.** Für die Abänderungen einer Satzungsänderung ist in Abs. 2 eine Erleichterung gewährt (entsprechend der § 277 Abs. 2: Statutenänderungen bei Aktiengesellschaften, und der § 40 des PrivVersG.: Satzungsänderungen bei Versicherungsvereinen a. G.). Anm. 5.

4. (Abs. 5.) **Auch die Konkurseröffnung** wird gemäß § 32 eingetragen. Dies im Abs. 5 besonders vorzuschreiben, war überflüssig, da der § 32 auf die juristischen Personen schon an sich Anwendung gefunden hätte (vgl. die Einl. zu § 33). Entgegengesetzten Befürchtungen der Reichstagskommission verdankt dieser Absatz seine Entstehung. Anm. 6.

5. **Die Anmeldungen und Eintragungen müssen auch bei dem Gericht der Zweigniederlassung erfolgen.** Das folgt aus § 13. Anm. 7.

6. **Die rechtliche Bedeutung der Eintragungen und Nichteintragungen** richtet sich nach § 15, bis auf die Eintragung der Konkurseröffnung (vgl. Anm. 18 zu § 33 und Anm. 2 zu § 32). Ist z. B. die Auflösung der juristischen Person nicht eingetragen und hat sich ein Dritter gleichwohl mit einem Prokuristen eingelassen, so kann ihm die Auflösung nicht entgegengehalten werden. Anm. 8.

Selbstverständlich deckt die Eintragung nicht Mängel beim Zustandekommen der Satzungsänderung usw. (ROHG. 20, 210).

Zusatz: Übergangsfrage. Der § 34 betrifft nur Vorgänge, die nach dem 31. Dezember 1899 eingetreten sind (näheres Lehmann-Ring Nr. 6). Anm. 9

§ 35.

Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren einer juristischen Person haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen. **§ 35.**

§ 35. Anm. 1. 1. Die Vorschrift der Firmenzeichnung besteht auch für den Fall, daß die Vertretungspersonen wechseln.

Anm. 2. 2. Der Inhalt der Vorschrift entspricht der für den Vorstand der Aktiengesellschaften im § 195 Abs. 4 gegebenen. Dagegen weicht er von der für sonstige Einzelkaufleute gegebenen Vorschrift des § 29 in doppelter Richtung ab: die Vertreter der juristischen Personen haben nicht die Firma, sondern ihre persönliche Unterschrift zu zeichnen; der Einzelkaufmann hat die Firma, dagegen nicht seine persönliche Unterschrift zu zeichnen.

Anm. 3. 3. Über die Form der Zeichnung s. § 12.

§ 36.

§ 36. **Ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes braucht nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Erfolgt die Anmeldung, so ist die Eintragung auf die Angabe der Firma sowie des Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens zu beschränken.**

Lit.: Düringer, Über die Registerpflicht der im § 36 bezeichneten jur. Personen des öffentlichen Rechts, Holdheim 9, 81 ff.; Riesenfeld, Kaufmannseigenschaft und Eintragungspflicht der Kommunalverbände nach dem neuen HGB. PrVerwBl. 20, 106.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält eine Vorschrift über die Eintragung der gewerblichen Unternehmungen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes.** Reich, Bundesstaat und Kommunalverband gehören zu den im § 89 BGB. erwähnten „juristischen Personen des öffentlichen Rechtes" (s. a. § 33 Anm. 1). Damit ist keine andere Art juristischer Personen (neben Vereinen und Stiftungen), sondern nur eine bestimmte Entstehungsquelle hervorgehoben. (Eine Aufzählung der hauptsächlichsten juristischen Personen des öffentlichen Rechtes s. bei Stranz-Gerhard 72.) Unter den Kommunalverbänden sind die Ortsgemeinden (städtische und ländliche), die Amtsverbände, die Kreise und die Provinzen zu verstehen (vgl. Schön, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, Leipzig 1897, S. 15). Durch Beschluß des Bundesrats kann einer deutschen Niederlassung in einem Konsulargerichtsbezirk das Recht eines Kommunalverbandes verliehen und im öffentlichen Interesse wieder entzogen werden (§ 1 RGes. v. 3. Juni 1905, RGBl. 541); auch sie gilt als „inländischer" Kommunalverband. — Was die gewerblichen Unternehmungen betrifft, so denke man hier an die Eisenbahnverwaltung des Reichs und der Einzelstaaten, an die Reichsdruckerei, den Reichsanzeiger, die Preußische Seehandlung, die staatlichen Porzellanfabriken, das Bayerische Hofbräuhaus, die Straßburger Tabaks-Manufaktur, an die zahlreichen städtischen Gewerbebetriebe, z. B. Gasanstalten, Wasserwerke, Bahnen.

Daß der Postfiskus und die Reichsbank (sowie deren Zweiganstalten, Denzler, Filiale, 142) nicht durch § 36 betroffen sind, darüber vgl. § 33 Einl.

Anm. 1. 1. **Zunächst ist zu ihren Gunsten ein bloßes Recht auf Eintragung statuiert,** dessen Ausübung insbesondere für die staatlichen Bergwerke erwünscht sein kann (D. 46).

a) **Sie brauchen sich nicht eintragen zu lassen.** Sie brauchen das zunächst nicht, wenn sie ein Handelsgewerbe nach § 1 betreiben. In diesem Falle sind sie Kaufleute, und sind doch von der Eintragung befreit, wenn dies ihrem Belieben entspricht. Sie brauchen es ferner nicht, wenn sie ein sonstiges Gewerbe betreiben, das nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert (§ 2). Sie können sich in diesem Falle eintragen lassen und dadurch Kaufleute werden; sie können aber von ihrer Eintragung absehen und bleiben alsdann Nichtkaufleute. Hiermit wird gleichsam eine zweite Klasse von „Kannkaufleuten" (vgl. § 1 Anm. 31) geschaffen. Das gleiche gilt natürlich, wenn ein landwirtschaftliches Nebengewerbe im Sinne des § 3 Abs. 2 betrieben wird.

Anm. 2. Die Pflicht, ihre Firma eintragen zu lassen, haben die hier gedachten Körperschaften auch dann nicht, wenn sie einen Prokuristen bestellen. Sind sie von der Eintragung überhaupt befreit, so sind sie auch, so lange sie von dieser Befugnis Gebrauch machen, von der Eintragung sonstiger eintragungsbedürftiger Tatsachen befreit. Ihre bevorzugte Stellung

bezieht sich auch hierauf. Daraus folgt zugleich, daß auch die im § 15 festgesetzten Folgen der Nichteintragung, insbesondere auch die Folgen der Nichteintragung des Erlöschens der Prokura, hier nicht Platz greifen. Denn das sind dann alles keine eintragungsbedürftigen Tatsachen. Hier greifen überall die allgemeinen Grundsätze des BGB. über Erteilung und Erlöschen von Vollmachten Platz. Für den Umfang der Prokura greift das HGB. Platz. Die D. (46) lehrt zu Unrecht das Gegenteil; Makower (71) und Goldmann (I 171) schließen sich ihr an, während Denzler (143) der hier vertretenen Ansicht zustimmt. **§ 36.**

Treten die gedachten Korporationen zu einer o. H. G. oder Kommanditgesellschaft mit einer Person zusammen, die keine solche Korporation ist, so fällt das Vorrecht unseres Paragraphen fort; dagegen gilt es für den Fall der gesellschaftlichen Vereinigung mehrerer Körperschaften der hier in Rede stehenden Art.

b) **Aber sie dürfen sich auch nur dann eintragen lassen, wenn die Voraussetzungen der §§ 1 u. 2 bzw. 3 Abs. 2 vorliegen.** Sonst kann ihre Löschung betrieben werden (zust. Denzler 142). Anm. 3.

Und ferner: **Einmal rechtmäßig eingetragen, haben sie nicht das Recht, sich wieder willkürlich löschen zu lassen.** Dies nehmen zwar Düringer-Hachenburg an (I 138; ihnen zust. Opet in ZHR. 49, 54 und Goldmann I 170), weil hier ein diese Willkür ausschließender Zusatz wie im § 3 Abs. 2 fehle. Allein dieser Zusatz ist, wie Riesenfeld (a. a. O. 109) zutreffend darlegt, dort nicht hinzugefügt, um etwas anderes zu sagen, als hier, sondern lediglich „um jeden Zweifel auszuschließen", daß jene Willkür nicht beabsichtigt sei (D. 16). Der hier vertretenen Ansicht stimmen zu Lehmann-Ring Nr. 1 und RG. (in OLGR. 10, 234) sowie OLG. Jena in RJA. 1, 54) unter Hinweis noch auf den Wortlaut („zu werden", nicht: „zu sein").

c) **Für die Dauer der Eintragung** greift jedenfalls § 5 Platz. Sie gelten, sofern sie überhaupt nur ein Gewerbe betreiben, für die Dauer der Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht als Kaufleute, sollte auch ihr Gewerbe ein reines landwirtschaftliches und also nach § 3 Abs. 1 zur Eintragung nicht geeignet sein, oder sollte auch ihr Gewerbe weder unter § 1, noch (wegen Art und Umfang) unter § 2 fallen. Betreiben sie überhaupt kein Gewerbe und sind dennoch eingetragen, so ist die Eintragung auch dann nicht bedeutungslos; hier greift § 15 Platz, sowie der Grundsatz von der Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (Erl. zu § 5). Anm. 4.

2. **Der Inhalt der Eintragung.** Die Eintragung beschränkt sich auf die Firma, den Sitz und den Gegenstand des Unternehmens. Für die Firma gelten im Prinzip die in Anm. 10 zu § 33 entwickelten Grundsätze. In die Firma wird meist, wie die in der Einleitung oben erwähnten Beispiele zeigen, der Gegenstand des Unternehmens miteingefügt. Auch der Name der juristischen Person kann, wenngleich dies nicht vorgeschrieben ist, gleichfalls mit eingetragen werden. — Der Sitz des Unternehmens bedeutet wohl dasselbe, wie der Ort der Niederlassung im § 29. Der Sitz des Unternehmens, nicht der Sitz der Korporation soll eingetragen werden. Letzterer wird wohl im allgemeinen sich von selbst aus den öffentlichrechtlichen Vorschriften ergeben, zumal bei den in unserm Paragraphen genannten Rechtsgebilden (Reich, Staat usw.). Anm. 5.

Sofern das gemäß § 36 privilegierte Unternehmen von seinem Anmeldungsrecht Gebrauch macht, hat es nicht bloß seine Hauptniederlassung, sondern auch seine Zweigniederlassung eintragen zu lassen. Offenbar ist, wie Denzler (143) mit Recht betont, die Möglichkeit der Errichtung von Zweigniederlassungen übersehen worden; der Ausdruck „Sitz" ist aber, wie eben dargelegt, im Sinne von Ort der Niederlassung auszulegen. Zuständig für die Eintragung der Zweigniederlassungen sind deren Registergerichte.

3. **Die Anmeldung.** Durch wen diese erfolgt, ist hier nicht gesagt. Hier greifen die allgemeinen Grundsätze Platz, die im § 33 für alle juristischen Personen aufgestellt sind. Der Inhalt der Anmeldung deckt sich mit dem Inhalte der Eintragung. **Eine Zeichnung der Firma oder der Unterschrift der Vertreter ist nicht angeordnet.** Anm. 6.

4. **Über die Eintragung von Änderungen** ist nichts gesagt. Es wird anzunehmen sein, daß Änderungen nur insoweit anzumelden sind, als sie Gegenstand der Eintragung sind. Anm. 7.

§ 36. Änderungen der Satzung sind wohl nicht anzumelden, ebenso nicht Änderungen in der Vertretung. Das sind alles öffentlichrechtliche, feststehende Verhältnisse. Aber soweit der Inhalt der Eintragung reicht, sind die betreffenden Korporationen auch zur Anmeldung der Veränderungen verpflichtet, insbesondere auch zur Löschung der Firma, wenn sie das Handelsgewerbe aufgeben, oder wenn es im Falle des § 2 den Erfordernissen des § 2 nicht mehr entspricht. Ebenso zur Löschung der eingetragenen Prokura (vgl. Anm. 2).

Anm. 8. 5. **Fraglich ist die Stellung des Registerrichters gegenüber diesen juristischen Personen öffentlichen Rechts überall dort, wo es sich um Erfüllung von registerlichen Vorschriften handelt, z. B. um Löschungen.** Ordnungsstrafen wird er nicht verhängen dürfen. Es wird nichts übrig bleiben, als daß er sich bei der vorgesetzten Behörde beschwert. L. Cohn (bei Gruchot 42, 73) will die Behörde verpflichten, sich über den Registerrichter zu beschweren. Allein das wird nicht immer zum Ziele führen, und es ist nicht zu ersehen, warum die Parteirollen hier wechseln sollen.

Anm. 9. 6. **Die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung richtet sich auch nach allgemeinen Grundsätzen.** Die Tatsachen, die keiner Eintragung bedürfen, z. B. die Vertretungsverhältnisse der Körperschaften, sind in der Weise maßgebend, wie sie nach dem betreffenden Staatsrechte bestehen. Mit der Nichteintragung kann sich der Dritte hier nicht entschuldigen. Denn es handelt sich eben nicht um eintragungsbedürftige Tatsachen (vgl. wegen der Prokura und der sonstigen Tatsachen Anm. 2).

Anm. 10. **Zusatz 1.** Aus dem vorliegenden Paragraphen geht gleichzeitig hervor, daß auch **der Staat, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt, von dem neuen HGB. als Kaufmann angesehen wird.** Früher war dies nicht allgemein anerkannt (vgl. 5. Aufl. § 6 zu Art. 4). Der **Postfiskus** ist kraft ausdrücklicher Vorschrift nicht Kaufmann (§ 452). Nur muß **Gewerbsmäßigkeit des** Betriebs vorliegen, er muß auf Gewinn gerichtet sein (s. § 1 Anm. 8 und 10). Der Gewinn wird nicht schon durch Ersparnisse allein gebildet. In diesem Sinne ist der Staat z. B. in Beziehung auf den Betrieb der dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen ein Gewerbetreibender, dagegen nicht in Beziehung auf den Betrieb einer lediglich militärischen Zwecken dienenden Eisenbahn (RG. 37, 297). Der Lübecker Staat übernimmt (nach der Teerhofsordnung v. 11. April 1885) gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern. Er ist mithin Lagerhalter und insoweit Kaufmann (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 241).

Die Klagen gegen den Staat als Frachtführer wegen Versehens seiner Beamten sind hiernach einfache handelsrechtliche Klagen und unterstehen nicht der besonderen Zuständigkeit nach § 70 GVG. und § 39 des PrAG. vom 24. April 1878 z. GVG. (RG. in JW. 96, 300[1]).

Anm. 11. **Aber die Beamten des Staats sind keine Handlungsgehilfen,** auch wenn sie kaufmännische Dienste leisten. Das Handlungsgehilfenverhältnis ist lediglich eine Abart des zivilrechtlichen Dienstvertrages. Das öffentliche Beamtenverhältnis ist aber, wie Laband (Staatsrecht I 383) treffend ausführt, wesentlich verschieden von dem privatrechtlichen Dienstverhältnis. Allerdings kann auch der Staat privatrechtliche Dienstverträge schließen und demgemäß auch Handlungsgehilfen in seinem Betriebe anstellen (Laband I 385). Stellt er aber jemanden als Staatsbeamten an, so ist der Angestellte Staatsbeamter, auch dann, wenn seine Dienste kaufmännischer Natur sind. Das hat, wie Laband zugibt, früher gegolten, ist aber nicht, wie Laband (in der DJZ. 98, 494) annimmt, dadurch anders geworden, daß jetzt einzelne Vorschriften über den Dienstvertrag und insbesondere über den Handlungsgehilfenvertrag zwingender Natur sind. Denn zwingend, d. h. durch Vertrag unabänderlich, sind sie nur für die Personen, die Handlungsgehilfen sind. Dies aber: die Frage, ob sie Handlungsgehilfen sind, ist die Vorfrage, die eben bei wirklichen Staatsbeamten zu verneinen ist (a. A. Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen, 2. Aufl., 18).

Das hier Gesagte gilt auch für die Beamten der Kommunalverbände. Diese sind Staats- bzw. mittelbare Staatsbeamte.

Anm. 12. **Zusatz 2.** Über die Pflicht des Staats und der Kommunalverbände zur **Buchführung** s. § 42.

Anm. 13. **Zusatz 3.** Handelsunternehmungen **ausländischer** Staaten und Gemeinden unterliegen beim Betrieb im Inlande der Eintragungspflicht.

§ 37.

Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnitts ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2. § 37.

Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein Anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz bleibt unberührt.

Lit.: Olshausen, Das Verhältnis des Namenrechts zum Firmenrecht, Berlin 1900.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma.** Es kann eingeschritten werden vom Registerrichter und vom Verletzten. Das erstere ist in Abs. 1, das letztere in Abs. 2 geregelt. Doch decken sich beide Absätze auch nicht völlig in den Voraussetzungen (vgl. z. B. § 18 Anm. 3).

Diese beiden Rechtsbehelfe gegen unbefugte Firmenführung, der rechtspolizeiliche und der privatrechtliche, gehen selbstverständlich nebeneinander her. Sie können auch gleichzeitig und unabhängig von einander gegen den Rechtsverletzer in Anwendung kommen, insbesondere kann der nach Abs. 2 Klageberechtigte auch das Eingreifen des Registerrichters nach Abs. 1 in Antrag bringen (s. Anm. 9).

I. (Abs. 1.) Das Einschreiten des Registerrichters.

Anm. 1.

1. **Das Einschreiten richtet sich gegen jeden,** der eine nach den Vorschriften dieses Abschnittes ihm nicht zustehende Firma gebraucht. **Gegen jeden:** nicht nur gegen Vollkaufleute, die sich einer Firma bedienen, wie sie in dieser Form ihnen nicht zusteht, sondern auch gegen Minderkaufleute, wenn sie unbefugt eine Firma führen (LG. I Berlin in KGBl. 97, 53). Ferner gegen Kaufleute nach § 2, wenn sie eine Firma führen, ehe sie eingetragen sind. Nicht minder gegen Nichtkaufleute, wenn sie eine Firma führen, die von ihrem bürgerlichen Namen abweicht. Sind auch solche Personen gemeint, die ein Gewerbe betreiben, das kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe ist, deren Firma aber eingetragen ist, und die infolgedessen gemäß § 5 während der Dauer der Eintragung als Kaufleute und zwar als Vollkaufleute gelten? Die Frage muß bejaht werden. Wenn auch nach § 5 gegenüber der Eintragung von keiner Seite der Einwand erhoben werden kann, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe, so bezieht sich das doch nur auf das Auftreten des Eingetragenen im Rechtsverkehr während der Dauer des Rechtsverkehrs. Aber selbstverständlich ist das ein Zustand, der an sich falsch und unberechtigt ist, und der deshalb beseitigt werden muß, denn die Firma ist jedenfalls zu Unrecht eingetragen (Anm. 5 zu § 5).

Dabei ist jedoch zu erwähnen, daß der Minderkaufmann und der Nichtkaufmann ihren bürgerlichen Namen ungehindert gebrauchen können. Der Vollkaufmann dagegen ist unter Umständen gehindert, sich seines vollen bürgerlichen Namens im Handelsbetriebe zu bedienen, wenn nämlich ein anderer denselben befugterweise als Firma führt.

Anm. 2.

2. **Der Umstand, daß die unzulässige Firma eingetragen ist, hindert natürlich das Einschreiten des Gerichts nicht** (und ebensowenig die Klage nach Abs. 2; zust. RG. in JW. 03, 342[3]). Im Gegenteil liegt schon in der Eintragung ein Mißbrauch, wenn ein Recht zur Führung der Firma nicht besteht (RG. 22, 58 — Fall Faber —), wenn sie z. B. durch Scheinanmeldung und Scheinverträge erschlichen ist (Bolze 21 Nr. 149; RG. 37, 60), oder wenn jemand seine Firma eintragen läßt, nur damit ein anderer unter ihr Handelsgeschäfte betreibe (RG. 3, 120; 25, 1; Bolze 18 Nr. 114 — Fall Blüthner —); oder wenn zwei eine Gesellschaft begründen, in Wirklichkeit aber nur bezwecken, den Namen des einen Gesellschafters als Bestandteil der Firma zu benutzen (RG. 37, 58ff.; OLG. Hamburg in ZHR. 46, 481).

§ 37. 3. **In Fällen, in denen, wie in dem letzterwähnten, mehrere mitwirken,** richtet sich das Ein-
Anm. 3. schreiten gegen die mehreren Mitwirkenden.

Anm. 4. 4. **Der Zwang richtet sich gegen den Gebrauch einer Firma,** die dem Firmenführer „nach den Vorschriften dieses Abschnittes nicht zusteht". Dies ist gleichbedeutend mit dem „unbefugten" Gebrauch in Abs. 2 (RG. 56, 189; s. Anm. 18). Es gehören also hierher diejenigen Fälle, in denen jemand eine neue Firma annimmt, die den Vorschriften der §§ 18—30 nicht entspricht, oder eine bestehende Firma erwirbt, ohne daß die Voraussetzungen des § 22 vorliegen, oder eine Firma führt, die sich nicht von den bisher bestehenden genau unterscheidet oder seine eingetragene Firma nicht unverändert im Handelsverkehr führt (KG. in OLGR. 9, 246: statt der eingetragenen Firma „Engros-Lager Max Schulz, GmbH." auf dem Ladenschilde und in Zeitungsannoncen: „Warenhaus Max Schulz") usw. Außerdem ist aber auch der Art. 22 EG. z. HGB. in Betracht zu ziehen; der § 37 ist nicht ganz genau gefaßt, wenn er nur von einer nach den Vorschriften „dieses Abschnitts" nicht zustehenden Firma spricht. Ist die Firmenführung auf Grund des Art. 22, d. h. insoweit dieser Artikel nach früherem Recht gültige, nach jetzigem ungültige Firmen gestattet, zulässig, so greift unser § 37 nicht Platz.

Der Zwang richtet sich dahin, sich des Gebrauchs der Firma — und zwar der ganzen Firma, nicht einzelner Teile (KG. in OLGR. 6, 340; s. a. Anm. 18 — zu enthalten, **nicht dahin, die Firma zu ändern oder zur Löschung zu bringen** (KG. in OLGR. 6, 338; vgl. aber für Abs. 2 die Anm. 22). Im allgemeinen kann der Zwang daher auch nicht in der Richtung ausgeübt werden, daß jemand eine von ihm nicht angenommene Firma annehme und eintragen lasse. Vielmehr wird er im allgemeinen nur indirekt dadurch ausgeübt, daß man die Führung der unzulässigen Firma verbietet. Eine Ausnahme tritt nach neuem Recht ein, soweit § 2 Platz greift. Betreibt eine Einzelperson oder eine Gesellschaft ein Gewerbe in Art und Umfang so, daß es eine kaufmännische Einrichtung erfordert, so hat das Registergericht zur Annahme und Anmeldung der Firma auch dann anzuhalten, wenn bisher eine Firma nicht geführt wurde (vgl. Anm. 17 und 18 zu § 105, sowie § 2 Anm. 18).

Anm. 5. 5. **Der Gebrauch kann ihm aber nicht lediglich deshalb untersagt werden, weil die Firma nicht eingetragen ist;** vielmehr ist in diesem Falle umgekehrt der Firmenführer zur Eintragung anzuhalten (§ 14).

Anm. 6. 6. **Wann der Gebrauch einer Firma vorliegt,** darüber s. unten Anm. 20.

Anm. 7. 7. **Der Registerrichter darf nicht bloß einschreiten, wenn sich im Register eine unrichtige Firma vorfindet.** Auch wenn die Firma in **Annoncen** oder **im sonstigen geschäftlichen Verkehr** gebraucht wird, liegt der Fall des Einschreitens vor (über Firmengebrauch s. Anm. 20).

Anm. 8. 8. **Über die Form des Einschreitens** verfügt das FGG. im § 140, welcher lautet:

> § 140. Soll nach § 37 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs gegen eine Person eingeschritten werden, die eine ihr nicht zustehende Firma gebraucht, so finden die Vorschriften der §§ 132—139 mit der Maßgabe Anwendung, daß
>
> 1. in der nach § 132 zu erlassenden Verfügung dem Betheiligten aufgegeben wird, sich des Gebrauchs der Firma zu enthalten oder binnen bestimmter Frist den Gebrauch der Firma mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen;
> 2. die Ordnungsstrafe festgesetzt wird, falls kein Einspruch erhoben oder der erhobene Einspruch rechtskräftig verworfen ist und der Betheiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung dieser zuwidergehandelt hat.

Hiernach finden mit den in diesem Paragraphen erwähnten Maßgaben die von uns zu § 14 bereits erörterten Regeln Anwendung (vgl. Anm. 4 ff. zu § 14). Die gemäß § 140 FGG. zu erlassenden Verfügungen sind genau den Vorschriften des Gesetzes anzupassen, weil sie die Grundlage für eine Bestrafung bilden sollen; daher ist z. B. die Auflage, ein Firmenschild zu entfernen, unzulässig (KG. in OLGR. 5, 274).

Hervorgehoben sei, daß der Registerrichter eine Eintragung nie von Amts wegen vornehmen darf (§ 14 Anm. 1). Aber es steht ihm, unabhängig von § 37, auf Grund und

nach Maßgabe der §§ 142, 143 FGG. die Befugnis zu, die ungesetzliche Firma, wenn sie eingetragen ist, von Amts wegen zu löschen; die gleiche Befugnis steht dem vorgesetzten Landgericht zu. Das Gericht hat die Befugnis zur Löschung: sein freies vernünftiges Ermessen entscheidet. Das Gericht der weiteren Beschwerde kann die Angemessenheit der getroffenen Entscheidung nicht nachprüfen (§ 27 FGG.; BayObLG. in OLGR. 5, 445). Die §§ 142, 143 FGG. lauten: **§ 37.**

§ 142. Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amts wegen löschen. Die Löschung geschieht durch Eintragung eines Vermerkes.

Das Gericht hat den Betheiligten von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

Auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des § 141 Abs. 3, 4 Anwendung.

§ 143. Die Löschung einer Eintragung kann gemäß den Vorschriften des § 142 auch von dem Landgerichte verfügt werden, welches dem Registergericht im Instanzenzuge vorgeordnet ist. Die Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 findet Anwendung.

Gegen die einen Widerspruch zurückweisende Verfügung des Landgerichts findet die sofortige Beschwerde an das Oberlandesgericht mit der Maßgabe statt, daß die Vorschriften des § 28 Abs. 2, 3 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen.

Zu diesem Verfahren wird der Registerrichter dann schreiten, wenn das Ordnungsstrafverfahren nicht oder nicht rasch genug zum Ziele führt. Bei diesem Verfahren können die Organe des Handelsstandes gemäß Anm. 15 zu § 14 mitwirken (auch durch Anträge beim Landgerichte, wenn dieses nach § 143 FGG. einschreitet, obwohl das im § 126 FGG. nicht mit angeordnet ist; vgl. Düringer-Hachenburg I 334). — Lehnt der Registerrichter die von einem Dritten oder einem Organe des Handelsstandes beantragte Löschung ab, so hat der Antragsteller hiergegen die einfache, nicht die sofortige Beschwerde; denn die §§ 142, 143 FGG. treffen nicht zu (OLGR. 5, 445 und 7, 211), während die sofortige Beschwerde im Falle des § 143 Abs. 2 nur dem Inhaber der Firma zusteht.

9. **Die Tätigkeit des Registerrichters kann angeregt werden** durch die Organe des Handelsstandes (vgl. auch § 14 Anm. 15), oder auch durch jeden berechtigten Dritten. Insbesondere wird hierbei der durch den unbefugten Firmengebrauch Verletzte in Frage kommen, der nach Abs. 2 unseres Paragraphen auch ein Klagerecht hat. Anm. 9.

II. (Abs. 2.) **Das Klagerecht des Verletzten gegen unbefugten Gebrauch einer Firma.** Anm. 10.

Dieses Klagerecht, das mit der öffentlichen Ordnung nichts zu tun hat, bewegt sich auf dem Gebiet des Privatrechts, welches allein für den Begriff der Rechtsverletzung maßgebend bleibt (RG. 29, 71; s. a. oben Einl.).

1. **Wer ist der Verletzte? Wer ist also klageberechtigt?**

a) Wer durch den unbefugten Gebrauch der Firma in seinen Rechten verletzt wird. Nicht etwa nur derjenige, dessen Firmenrecht verletzt wird, sondern jeder, dessen Recht durch den unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt wird. **Der § 37 regelt nicht bloß den Schutz der Firma, sondern den Schutz aller Rechte gegen unbefugte Firmierung.** Aber andererseits führt, wie Düringer-Hachenburg (I 141) zutreffend bemerken, der Abs. 2 unseres Paragraphen nicht eine Popularklage ein, die gegen unbefugten Firmengebrauch jedem aus dem Volke zustände. Vielmehr steht das hier gegebene Klagerecht nur demjenigen zu, dessen Rechte durch die unbefugte Firmenführung verletzt werden. Wer ohne diese Voraussetzung auf die Untersagung der unbefugten Firmenführung hinwirken will, sei es, daß er ein rechtliches Interesse hat, das sich nicht gerade als Rechtsverletzung darstellt, oder ein sonstiges Interesse, z. B. ethischer Natur, der mag auf die Tätigkeit des Registerrichters nach Abs. 1 unseres Paragraphen hinwirken (s. Anm. 9 und Anm. 14).

Ergibt der Streit zweier Kaufleute, daß keiner von ihnen zur Führung der Firma befugt ist, so ist die Folge, daß keiner den andern an der Führung hindern kann, daß keiner klageberechtigt ist; denn Voraussetzung des Abs. 2 ist, daß der Kläger in seinen Rechten verletzt wird (RG. in SächsA. 14, 575).

§ 37. Anm. 11. b) **In erster Linie ist allerdings dabei an den Schutz des Firmenrechts gedacht.** Das Firmenrecht ist im Falle des § 1 von der Eintragung nicht abhängig (abweichend OLG. Hamburg in OLGR. 7, 381), wohl aber im Falle des § 2. Ein firmenpflichtiger Kaufmann kann daher, auch wenn er nicht eingetragen ist, gegen einen Kleingewerbetreibenden im Wege des § 37 Abs. 2 wegen Verletzung des Firmenrechts vorgehen, nicht umgekehrt, da letzterer keinen Firmenschutz hat (§ 4; OLG. Breslau im „Recht" 04, 171). Doch wird auch im Falle des § 1 der Vorrang nach Maßgabe des § 30 begründet, so daß der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma durch die Eintragung einer gleichlautenden in seinem Rechte nicht verletzt wird, sofern diese nur in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften gewählt ist (Anm. 2 zu § 30). Andererseits aber wird durch die Eintragung der Wortlaut der Firma derart festgestellt, daß die eingetragene Firma nur in der so verlautbarten Weise geschützt wird (ROHG. 4, 254). Indessen ist hier sofort hinzuzufügen, daß der eingetragenen Firma der Schutz des § 37 Abs. 2 nicht zu versagen ist, wenn die widerrechtlich gewählte Firma nur unerhebliche Abweichungen hat (RG. 37, 59; OLG. Colmar in ZHR. 46, 480).

Anm. 12. c) **In zweiter Linie ist das Namenrecht geschützt** (RG. 37, 59; 56, 190 und bei Holdheim 14, 161). Es kann z. B. Mathias Bauer, der Begründer des bekannten Café Bauer in Berlin, dagegen Einspruch erheben, daß irgend jemand in Leipzig sein Etablissement Café Bauer bezeichnet, und wenn Mathias Bauer dies genehmigt haben sollte, so würde seinem Sohn der gleiche Einspruch zustehen, falls nicht etwa der Fall des § 22 vorliegt (OLG. Hamburg und RG. in ZHR. 46, 480; Bolze 23 Nr. 154). Der Träger des Namens Stobwasser (Sohn des früheren alleinigen Inhabers der Firma C. H. Stobwasser & Co.) ist in seinem Namenrechte verletzt, wenn eine Gesellschaft ihrer Firma den Zusatz: „vormals Betrieb von C. H. Stobwasser & Co." beifügt, ohne ebenfalls das Recht auf diesen Namen zu haben, und bei vorliegendem Interesse klageberechtigt (RG. 56, 190). Auch der Nichtkaufmann, dessen Name unbefugt zur Firmenführung gebraucht wird, hat das Klagerecht (ROHG. 6, 249; RG. 29, 125; OLG. Colmar in DJZ. 99, 280), und ebenso natürlich auch der Kaufmann, selbst wenn er anders firmiert, als der unbefugt firmierende Kaufmann.

Früher nahm man an, daß sich das Namenrecht nur an den Familiennamen knüpfe (OLG. Marienwerder in SeuffA. 48, 3; RG. 29, 125). Allein das BGB. erkennt im § 12 auch das Recht am Vornamen an (Planck Anm. 1 zu § 12 BGB.). Es kann also auch in der Beilegung eines unrichtigen Vornamens zur Firma die Verletzung des Namenrechts eines anderen liegen; und umgekehrt liegt in der Beilegung eines unrichtigen Beinamens eine Verletzung des Namenrechts des befugten Nameninhabers auch dann, wenn andere Vornamen beigelegt sind (für letzteres RG. 7, 280). Endlich wird auch der Name der juristischen Personen als geschützt gelten müssen, obwohl § 12 BGB. im Titel „natürliche Personen" steht (Planck Anm. 6 zu § 12 BGB.). — Wegen des Namenrechts, das den Teilhabern einer Gesellschaft zusteht, vgl. Anm. 16.

Überall ist hier, bei Verletzung des Namenrechts, davon auszugehen, daß das Namenrecht im § 12 BGB., insoweit es sich um den Einspruch gegen den Mißbrauch handelt, nicht unbedingt anerkannt ist, sondern nur insoweit das Interesse des Berechtigten verletzt wird. Der vorliegende § 37 Abs. 2 will aber nicht Rechte begründen, sondern den bestehenden Rechten einen Schutz gegen die in unbefugtem Firmengebrauch liegenden Beeinträchtigungen gewähren (zust. Olshausen 21). Deshalb kann nur dann der Träger des angeblich gemißbrauchten Namens klagen, wenn er ein Interesse hat, der Firmenführung zu widersprechen (vgl. RG. 42, 151). Auch der greift in fremdes Recht ein, der einen an sich ihm zustehenden Namen in der Absicht gebraucht, Verwechselungen mit einer anderen ähnlich lautenden Firma hervorzurufen (OLG. Dresden in SächsA. 14, 249).

Anm. 13. d) **Aber auch jeder, der sonst in seinen Rechten verletzt wird, kann die Klage gegen den unbefugten Firmenführer erheben** (RG. 3, 166). Ob nun jemand in seinen Rechten verletzt ist, muß nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden (RG. 29, 71; oben Anm. 10). Deshalb ist es zutreffend, wenn das RG. (3, 167) ein Recht auf Beseitigung

des von einem Konkurrenten gebrauchten Zusatzes „einzig" in der Firma „einzige Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent Dr. R. Kißling & Co." daraus herleitet, daß auch dem Kläger ein Patent auf einen Apparat zur Entfernung des Nikotins aus dem Tabak erteilt war; diesem Patentrechte widersprach es, daß die Beklagte sich in ihrer Firma als „einzige" Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent usw. bezeichnete. Das war eine täuschende Bezeichnung, widersprach daher den Vorschriften über das Firmenrecht und verletzte gleichzeitig das Patentrecht des Klägers. Auch ein Warenzeicheninhaber kann unter Umständen gegen eine unbefugte Firmenführung Einspruch erheben (Anm. 26). § 37.

e) Indessen muß es doch ein **bestimmtes Recht** sein, welches verletzt ist. Zwar scheint die D. (47) anzunehmen, daß der § 37 in allen Fällen Anwendung findet, wo „berechtigte Interessen" verletzt werden, und auch Düringer-Hachenburg (I 142) stehen auf Grund der in der ersten Sachverständigenkommission zutage getretenen Anschauungen auf diesem Standpunkte. Allein das Gesetz spricht von Rechten, nicht von berechtigten Interessen. Oft ist dies weniger, oft mehr, als berechtigte Interessen. Jedenfalls muß der klare Wortlaut des Gesetzes zugrunde gelegt werden. Schon nach früherem Recht hat das Reichsgericht (RG. 19, 21) scharf betont, was es auch nach jetzigem Recht (RG. in JW. 02, 27 [30]) festhält, nicht wer in seinen Interessen verletzt sei, sondern wer in seinen Rechten verletzt sei, habe das hier fragliche Untersagungsrecht. Der Gesetzgeber, der so oft von berechtigten oder rechtlichen Interessen spricht (vgl. z. B. im HGB. § 9 Abs. 2; in der GBO. § 11; im BGB. §§ 1597 Abs. 2, 2228), hätte, wenn er dies gemeint, auch hier diese Worte gebraucht. Denn der Gegensatz zwischen berechtigten Interessen und Recht ist ihm klar zum Bewußtsein gekommen. Er wird auch in der Rechtsprechung anerkannt (OLGR. 1, 181). Hier darf man den festen Boden nicht verlassen, auf dem das BGB. im § 823 steht. Anm. 14.

Daher kann, namentlich nach jetzigem Recht und in Übereinstimmung mit den sonst vom RG. entwickelten Grundsätzen, nicht gebilligt werden, wenn das RG. (22, 60; Bolze 21 Nr. 149) die Klage jedem Konkurrenten gab, weil der Mißbrauchende „in das Absatzgebiet desselben, das sich dieser in Betätigung des Handelsbetriebes errungen hat, eingreift und ihn daher in dem berechtigten Genusse wirtschaftlicher Güter stört". Der berechtigte Genuß wirtschaftlicher Güter ist immer noch kein Recht, die Störung dieses Genusses noch keine Rechtsstörung oder Rechtsverletzung, ebenso ist das Absatzgebiet kein Recht, ein Eingreifen in dasselbe keine Rechtsverletzung (zust. Olshausen 86). Gegen Beeinträchtigungen dieser Art wenden sich jetzt besondere Schutzgesetze, sie können sich insbesondere als unlauterer Wettbewerb darstellen (vgl. RG. 35, 169; ferner oben Anm. 10 u. 13 sowie unten Anm. 26). Eine weitere Rechtshilfe gewährt hier das Antrags- und Beschwerderecht, durch welches auf das Einschreiten des Registergerichts eingewirkt werden kann (Abs. 1 u. FGG. § 20; vgl. auch Anm. 4 zu § 14). Hiernach kann auf Grund des § 37 Abs. 2 jedenfalls nicht irgend ein Konkurrent klagen auf Beseitigung der Firmenführung „einzig" oder „erste", auch wenn diese Bezeichnungen der Wahrheit nicht entsprechen. Hier müssen eben die anderen Gesetze helfen oder § 37 Abs. 1.

f) Umgekehrt ist auch ein **besonderes Interesse** zur Anstellung der Klage nicht **erforderlich** (RG. 3, 166; 19, 20), außer wo, wie beim Namenrecht, nur dann ein Recht auf Beseitigung der Störung anerkannt wird, wenn ein schutzbedürftiges Interesse besteht (Anm. 12). Anm. 15.

g) **Auch Ausländer** können Ansprüche aus § 37 Abs. 2 erheben. Die Voraussetzungen des ihnen zustehenden Namen- und Firmenrechts richten sich nach ausländischem Recht (OLG. Colmar und Hamburg in ZHR. 46 S. 464 u. 481). — Auch den **Erben** des Verletzten stehen die Rechte zu (BuschA. 36, 200; Hahn § 2 zu Art. 27). — Ebenso haben o. H. G. **das Klagerecht**, wenn ihre Rechte dadurch verletzt werden, daß eine andere Firma unbefugt den Familiennamen ihrer Inhaber führt (RG. 18, 140: „Charlier & Scheibler" klageberechtigt gegen den Kaufmann Froitzheim, handelnd unter der Firma Charlier & Co.). Anm. 16.

2. **Gegen wen kann die Klage gerichtet werden?** Gegen **jeden**, der eine Firma unbefugt gebraucht: Nicht bloß gegen den Kaufmann, der sich einer Firma bedient, die ihm nicht zusteht, sondern auch gegen den Minderkaufmann, auch gegen die Kaufleute des § 2, Anm. 17.

§ 37. auch gegen Nichtkaufleute, auch gegen Scheinkaufleute kraft Eintragung gemäß § 5; auch wenn sonst die Firma eingetragen ist, aber zu Unrecht, z. B. wenn die Eintragung erschlichen ist. Über alle diese Punkte vgl. oben Anm. 1, 2 u. 11.

3. **Klagegrund ist der unbefugte Gebrauch einer Firma.**

Anm. 18. a) **Unbefugt** muß der Gebrauch sein, d. h. es darf nach den Vorschriften über Firmen der Firmenführer zum Gebrauch der betreffenden Firma nicht berechtigt sein; der Ausdruck „unbefugt" ist gleichbedeutend mit dem in Abs. 1, erster Halbsatz angewendeten (s. Anm. 4). Wann eine Firma berechtigt ist, wann unberechtigt, ist in den früheren Paragraphen ausführlich dargelegt. Es kann dies hier selbstverständlich nicht wiederholt werden (vgl. auch Anm. 4). Auch in den Fällen der Verletzung des § 30 — Wahl einer nicht deutlich unterschiedenen Firma — ist das Klagerecht zugegeben (RG. in JW. 00, 552[4]).

Nach diesen früheren Darlegungen richtet sich insbesondere auch die Frage, inwiefern Zusätze berechtigt oder unberechtigt sind, inwiefern sie als täuschend zu betrachten und deshalb unbefugt sind; ob sie schon deshalb vom Standpunkte des Firmenrechts unbefugt sind, weil ein anderer den gleichen Zusatz in seiner Firma hatte (s. über den letzteren Punkt Anm. 8 zu § 18). — Ein unbefugter Gebrauch einer Firma liegt nicht vor, wenn nur einzelne Bestandteile daraus gebraucht werden, denn § 37 gewährt nur der ganzen Firma, unter welcher der Kaufmann auftritt, seinen Rechtsschutz (RG. in JW. 00, 133[12] und in SeuffA. 55 Nr. 147; s. a. Anm. 4). Über den Fall der Erschleichung einer Firmeneintragung s. Anm. 2.

Unter dem unbefugten Gebrauch im Sinne des § 37 Abs. 2 kann aber, wie gesagt, nur **eine Verletzung der Vorschriften über das Firmenrecht verstanden** werden. Düringer-Hachenburg (I 140) wollen die Vorschrift auch dann anwenden, wenn die Firmenführung unberechtigt ist, weil sie irgend einem Privatrechte eines Dritten, z. B. einem vertragsmäßig begründeten, widerstreitet, Makower (I 74) auch dann, wenn in irgendeiner Weise das öffentliche Recht verletzt wird. Allein wenn die Firma nach den firmenrechtlichen Vorschriften berechtigt ist, die Führung aber gleichwohl irgend einem Privatrechte widerstreitet, so ist nicht die vorliegende Vorschrift sedes materiae, sondern es kommen die Rechtsregeln über jenes verletzte Privatrecht in Betracht. Wenn sich z. B. jemand einem Berliner Kaufmann gegenüber verpflichtet hat, unter seinem Namen kein Konkurrenzgeschäft in ganz Deutschland zu errichten, so würde in Breslau und Memel seine Firma firmenrechtlich zulässig sein; indes der Berliner Kaufmann kann ihn auf Unterlassung verklagen, aber nicht auf Grund unseres Paragraphen, sondern auf Grund des geschlossenen Vertrages. Und wenn irgend ein öffentliches Recht verletzt ist, nicht aber das Firmenrecht, so kann wohl die Behörde, die jenes öffentliche Recht zu schützen hat, einschreiten, z. B. die Polizeibehörde, wenn jemand eine aus polizeilichen Gründen verbotene Bezeichnung wählt, die aber firmenrechtlich völlig zulässig ist, nicht aber ein anderer. Unser Paragraph will vielmehr in seinen beiden Teilen lediglich ein Schlußstein der firmenrechtlichen Vorschriften sein und als solcher sagen: Wer diese Vorschriften verletzt, kann von Amts wegen und von jedem, dessen Rechte verletzt sind, angehalten werden, die firmenrechtlichen Vorschriften zu beachten (zust. Olshausen 85).

Anm. 19. Unbefugter Gebrauch ist aber unerläßliche Voraussetzung. Das Betreiben unlauteren Wettbewerbs mit einer berechtigten Firma wird hierdurch nicht getroffen (RG. 20, 71; 29, 61; Bolze 17 Nr. 123). Auf diesem Gebiete helfen vielmehr jetzt § 14 des WarenZG., § 8 des UnlWG. (über diese beiden Gesetze s. Anm. 25) und, soweit die Tatbestände dieser beiden Paragraphen noch eine Lücke lassen, in gewissen besonders krassen Fällen der § 826 BGB., welcher jeden zum Schadensersatz verpflichtet, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt (OLG. Hamburg in OLGR. 7, 381; s. a. Pinner UnlW. 172, 173).

Nur objektiv unbefugt braucht die Firmenführung zu sein; gleichgültig ist die gute oder schlechte Absicht. Weder ist ein Verschulden erforderlich (außer bei der Klage auf Schadens-

ersatz), noch schützt guter Glaube. (Gutgläubiger Erwerb der Firma schützt nicht [RG. 25, 5, betreffend Johann Faber; RG. in JW. 03, 342[2]]; der § 932 BGB. bezieht sich nur auf bewegliche Sachen, nicht auf Rechte.) Aber durch Vereinbarung mit dem Einspruchsberechtigten kann die mangelnde Befugnis hergestellt werden (RG. 29 71; 42, 150; s. a. Anm. 10 und § 18 Anm. 3). § 37.

b) **Gebrauch.** Unter den Gebrauch einer Firma fallen alle Handlungen, die den Willen kundgeben, sich bei dem Betriebe des Handelsgewerbes der Firma zu bedienen (RG. 55, 123). Ein solcher Gebrauch liegt nicht nur dann vor, wenn die Firma zum Abschluß von Handelsgeschäften oder zur Abgabe von Unterschriften verwendet wird (sogenannter juristischer Gebrauch). Denn wenn auch nach § 17 die Firma der Name ist, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, so ist der Gebrauch dieses Namens doch noch in mannigfach anderer Art denkbar, wie z. B. durch Zeitungsinserate, Firmenschilder, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten usw. Verboten ist jeder unbefugte Gebrauch einer Firma, zu welchen kaufmännischen Zwecken er auch immer erfolgt (RG. 36, 14; RG. in OLGR. 1, 451). Anm. 20.

Als unbefugter Gebrauch ist im einzelnen angesehen worden: Abschluß von Handelsgeschäften, Abgabe von Unterschriften, Gebrauch in Zeitungsinseraten, auf Firmenschildern, in Geschäftsanzeigen, Rechnungen, Empfehlungskarten (RG. 5, 111; 36, 14); Preislisten (RG. 29, 61); Betreiben eines Handelsgewerbes in einem Lokal, über welchem eine andere Firmenaufschrift steht (ROHG. 14, 184; RG. 36, 14; vgl. hierzu jedoch Bolze 13 Nr. 122); Vordruck der früheren Firma auf Briefen und Memoranden, wenn auch nur mit einem Nachfolgerzusatz, selbst wenn ferner mit der zeitigen Firma unterzeichnet wird (RG. 5, 110: „Otto Junkerstorff & Co., vormals J. Habbel & Co."; 19, 21): fälschliches Gerieren als Vertreter einer Firma (ROHG. 21, 221); Anmeldung der Firma zum Handelsregister (RG. 22, 58). Gebrauch einer Firma als Telegrammadresse ist Mißbrauch (OLG. Dresden in ZHR. 46, 479). Als unbefugter Gebrauch wird vom RG. nicht erachtet unbefugte Etikettierung von Waren mit fremder Firma (ROHG. 6, 246; RG. 3, 165; Bolze 5 Nr. 201: Benediktiner; RG. 36, 13: Doornkaat; RG. im „Recht" 05, 683: Bezeichnung sog. Leibbinden an Zigarren mit fremder Firma Henry Clay). Dies ist aber nach unserer Grundanschauung über den Begriff „Gebrauch einer fremden Firma" nicht zutreffend (übereinstimmend mit uns KG. in BuschA. 27, 454; Düringer-Hachenburg I 139; Cosack § 16 S. 67). Gegen unbefugte Etikettierung gewährt jetzt das WarenZG. §§ 14 u. 15 Schutz (vgl. z. B. RG. in JW. 95, 542; näheres unten Anm. 26).

Immerhin ist der Gebrauch der Firma zu unterscheiden von bloßen erklärenden Zusätzen (Notifikatorien, RG. 5, 111; 19, 23 u. 25). So ist der Zusatz: „früher Hugo Lissauer" und der Zusatz: „früher Lissauersches Haus" als unbefugter Firmengebrauch, der Zusatz: „im früher Lissauerschen Hause" als zulässiges Notifikatorium erachtet worden (Bolze 16 Nr. 116). Die Bezeichnung „Hermann Langenbachsche Konkursmasse" oder Warenlager der Hermann Langenbachschen Konkursmasse kann bald unzulässiger Firmengebrauch, bald zulässiges Notifikatorium sein, ersteres z. B. dann, wenn derartige Ankündigungen anonym und nach Beendigung des Konkurses erlassen werden. Als nicht unbefugt im firmenrechtlichen Sinne wurde (vom KG.) die Anzeige angesehen: „Verkauf von Waren aus der Xschen Konkursmasse", wenngleich die Waren nur von Mittelspersonen erworben waren.

c) Auch wenn der unbefugte Gebrauch im Auslande erfolgt (z. B. durch Inserate, Warenabsatz im Auslande), findet § 37 Abs. 2 Anwendung (Bolze 9 Nr. 110; Allfeld 174; RG. 18, 32; und in JW. 89, 516[11]). — Die Aufnahme einer ausländischen Firma („Valvoline Oil Company") in die eigene inländische ist unstatthaft, wenn internationale Schutzverträge Platz greifen, z. B. die am 1. 5. 03 in Kraft getretene Pariser Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums (RGBl. 03, 147), selbst wenn die unstatthafte inländische Firma schon vorher bestand (RG. in JW. 04, 365[32]). Anm. 21.

§ 37. 4. Das Ziel der Klage. Was kann der Kläger verlangen?

Anm. 22. a) Unterlassung des ferneren Gebrauchs der Firma. Dies ist im Abs. 2 hervorgehoben.

b) Außerdem aber kann auf Löschung geklagt werden (anders im Falle des Einschreitens des Registerrichters, Abs. 1; s. Anm. 4). Diese Klage ist zwar nicht erwähnt, aber unbedenklich zulässig (RG. 3, 120; 22, 60; 37, 58ff.; OLG. Kiel in OLGR. 6, 38). Sie ist auch nötig, da die Löschung von Amts wegen nur, wenn die Eintragung einer wesentlichen Voraussetzung ermangelt, möglich ist (§ 142 FGG.) und nur eine Befugnis des Richters ist, die Verurteilung überdies das Widerspruchsrecht aus § 142 Abs. 2 FGG. dem Beteiligten nimmt. Der Antrag dieser Löschungsklage ist auf Abmeldung der Firma, d. h. auf Anmeldung, daß sie erloschen bzw. niemals zu Recht bestanden habe, zu richten (OLG. Köln in ZHR. 46, 481 u. 482). Die bloße Klage auf Unterlassung des Gebrauchs führt nicht zu dem Ziele, daß das Register berichtigt wird; auch eine Klage auf Feststellung führt nicht dazu, weil § 16 Abs. 1 nur solche Eintragungen zum Gegenstande hat, bei denen mehrere bei der Eintragung beteiligt sind, d. h. solche Eintragungen, die nur auf Antrag mehrerer erfolgen. Die Zwangsvollstreckung regelt sich nach den §§ 894, 896 CPO. — Ist die Firma noch nicht eingetragen, so kann § 16 Abs. 2 anwendbar werden: die Eintragung der Firma darf nicht gegen den Einspruch desjenigen erfolgen, der eine rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Entscheidung darüber erwirkt hat, daß die Eintragung der Firma unzulässig sei. Damit ist der Kläger gegen die Eintragung einer unbefugt geführten Firma geschützt.

Anm. 23. c) Ob endlich ein Anspruch auf Schadensersatz besteht und unter welchen Voraussetzungen, sagt unser Paragraph nicht. Er läßt nur die sonstigen Vorschriften hierüber unberührt. Das ist in erster Reihe der § 823 BGB., wonach derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, auf Schadensersatz haftet. Das bezieht sich selbstverständlich auch auf die Verletzung des Firmenrechts und auf die Verletzung sonstiger Rechte durch unbefugten Firmengebrauch. Es kann also unter den Voraussetzungen zu 1 und 2 auch auf Schadensersatz geklagt werden, wenn die Verletzung vorsätzlich oder fahrlässig geschah. Außerdem kommen hier noch in Frage die Schutzbestimmungen aus dem Wettbewerbsgesetz und aus dem § 826 BGB. (s. Anm. 19; wonach diese Bestimmungen helfend eingreifen können, auch wenn nicht die Voraussetzungen des Abs. 1 und 2 des § 37 vorliegen). Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs richtet sich jetzt nach §§ 249ff. BGB.; der entgangene Gewinn besonders ist ein solcher, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 BGB.; so auch nach früherem Recht RG. 28, 247; 38, 171).

Die Klagen auf Unterlassung und Schadensersatz stehen dem Verletzten kumulativ zu.

Anm. 24. d) Einstweilige Verfügungen sind ebenfalls zulässig. Sie können z. B. darauf gerichtet werden, daß bei fiskalischen Strafen dem Firmenführer der fernere Gebrauch der Firma untersagt wird, nicht aber auf Eintragung von Vormerkungen in das Register (Anm. 6 im Exk. zu § 8).

Anm. 25. 5. **Beweislast. Verjährung.** Die Beweislast bei einer Klage aus § 37 Abs. 2 regelt sich in der Weise, daß zunächst der Kläger das ihm an der Firma zustehende Recht beweisen muß, so daß die Klage ohne Prüfung des Rechts des Beklagten abzuweisen ist, wenn dem Kläger dieser Nachweis nicht gelingt (RG. in SächsA. 14, 575).

Die Verjährung des Anspruchs aus § 37 Abs. 2 tritt bei fortgesetztem Gebrauch der unberechtigten Firma nicht ein, denn dieser fortgesetzte Gebrauch hat für den zum Widerspruch Berechtigten jederzeit die Neuentstehung des Anspruchs zur Folge (RG. in JW. 02, 27[21]).

Anm. 26. **Zusatz. Abgrenzung des Firmenrechts gegen das Recht des Warenzeichens und gegen die firmenrechtliche Vorschrift des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb.**

1. **Das Warenzeichengesetz** vom 12. Mai 1894 gewährt dem Firmenrecht einen weiteren Schutz in § 14. Man nimmt in der Rechtsprechung vielfach an, daß es keinen unbefugten Gebrauch der Firma enthalte, wenn jemand die Firma eines anderen dazu benutzt, um seine Ware

damit zu versehen (s. Anm. 20). Das Warenzeichengesetz schützt das Firmenrecht auch § 37. nach dieser Richtung, freilich nur bei wissentlichen oder grob fahrlässigen Verletzungen; es gewährt Schadensersatz (§ 14) und im Falle einer Verurteilung auf Grund des § 14 auch das Recht auf Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung bezüglich der im Besitze des Verurteilten befindlichen Gegenstände (§ 19 Ges.).

2. Wer als Warenzeichen ein Wortzeichen (z. B. Salvator, Meteor, Bénédiktine; über die Zulässigkeit s. Seligsohn § 1 Nr. 11ff.) eintragen läßt, kann dadurch bestehende und rechtlich gültige Firmenrechte sicherlich nicht in Frage stellen (§ 13 des WarenZG.; RG. in Str. 30, 13; in Zivs. 48, 233; 54, 42; s. a. Seligsohn § 9 Nr. 1). Umgekehrt kann die Wahl eines Wortzeichens die spätere freie Wahl von Firmen in den durch das Handelsgesetzbuch gewährleisteten Grenzen nicht in Frage stellen. Wer ein Wortzeichen so wählt, daß dasselbe auch die zulässige Bezeichnung einer Firma abgeben kann, kann diese letztere Wahl nicht verhindern. Durch das Wortzeichen kann man die Sprache nicht derart monopolisieren, daß sie nunmehr für die sonstigen Zwecke des Rechtslebens unbrauchbar wird. Auch dies sollte in § 13 des Ges. zum Ausdruck gebracht werden. Es kann dem RG. (in Str. 30, 13 und in Zivs. JW. 01, 727[23]) nicht beigetreten werden, wenn es meint, § 13 lasse die spätere Firmenwahl nur insoweit frei, als es sich um notwendige Bestandteile handelt, nicht aber bei freigewählten Zusätzen nach Art. 16 des alten, § 18 Abs. 2 des neuen HGB., z. B. bei dem Zusatz des Wortzeichens „Kondor" zur Firma: Fahrrad-Werke T & Co. (dem RG. stimmen zu Seligsohn § 13 Nr. 4, Wassermann im gewerbl. Rechtsschutz 6, 351). Nach unserer Ansicht kann auch, wer das Wort „Meteor" oder „Salvator" als Warenzeichen wählt, nicht verhindern, daß eine später gegründete Aktiengesellschaft sich Meteor oder Salvator nennt und auch ihre Waren in dieser Weise bezeichnet. Eine Aktiengesellschaft, deren Firma ähnlich lautet, wie ein eingetragenes Wortzeichen, ist nicht gehindert, sich ihrer ähnlichen Firma zu bedienen, auch mit Abkürzungen (§ 13 des Ges.), allerdings nicht mit derartigen Abweichungen, daß nicht mehr die Führung ihrer Firma, sondern die des ähnlichen Wortzeichens vorliegt. Auch kann gegen eine vom Standpunkte des Firmenrechts unbefugte Firmenführung nach § 37 Abs. 2 Einspruch von einem Warenzeichenberechtigten erhoben werden, dessen Rechte dadurch verletzt werden (s. Anm. 13). Solche Verletzung liegt z. B. nicht vor, wenn die Gesellschaft Meteor ihre Glühstrümpfe so bezeichnet, während das Wortzeichen Meteor für Eisenwaren gewählt war (§ 12 des WarenZG.).

3. **Durch § 8 des UnlWG.** (vgl. noch Müller, Kommentar zum UnlWG. Erl. zu § 8; Pinner Anm. B zu § 8) ist das Firmenrecht nicht nur gegen den geschützt, der sich unbefugt einer ihm nicht zustehenden Firma bedient, sondern auch gegen den, der an sich berechtigt ist, die Firma zu führen (der z. B. in einer anderen Stadt eine gleichlautende Firma oder auch nur gleichlautende Firmenzusätze hat eintragen lassen), der sie aber in einer Weise führt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen herbeizuführen (RG. in JW. 98, 82 und 83; und im „Recht" 02, 23). An sich ist z. B. niemand gehindert, in Hamburg eine Salvatorbrauerei-Aktiengesellschaft zu gründen, auch wenn in München eine solche angesehene Gesellschaft besteht. Aber wenn der Gebrauch der ersteren Firma in jener unlauteren, auf Verwechselungen hinzielenden Weise geschieht, so gewährt § 8 des UnlWG. Schutz: zunächst den Anspruch auf Schadensersatz, dann aber auch auf „Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung" (§ 8). Auf Grund des letzteren Anspruchs kann nicht bloß die Annahme gewisser unterscheidender Zusätze zur Firma, sondern auch die Benutzung der Firma überhaupt und ihre Löschung (abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 25, der indes die frühere Ansicht in den Materialien aufgegeben hat) verlangt werden; die Löschung dann, wenn ohne sie die mißbräuchliche Art der Benutzung nicht verhindert werden kann (RG. in JW. 04, 11[14] und in 05, 410[30] sowie RG. 44, 18). In der Entscheidung 44, 18 wird mit Recht die Löschung des unwahren Firmenzusatzes „gegründet 1781" auf Grund des UnlWG. ausgesprochen, zu Unrecht aber der § 37 Abs. 2 (der frühere Art. 27) als Stütze herangezogen (vgl. auch Anm. 14 oben und den nächsten Absatz).

§ 37. Durch den Gebrauch einer Firma kann aber auch gegen den § 1 des UnlWG. verstoßen werden, wenn nämlich der Gebrauch einer Firma zu einer „unrichtigen Angabe tatsächlicher Art" im Sinne des § 1 Abs. 1 des UnlWG. wird, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Der Verstoß untersteht den im § 1 des UnlWG. ausgesprochenen Folgen; es muß also auch, abgesehen von den sonstigen Folgen, die unrichtige Angabe unterlassen, ihre Löschung kann verlangt werden. (RG. 58, 136: die „Solingen-Dortmunder Vereinsbrauerei A.-G." mit dem Sitze zu Höhscheid mußte den Gebrauch der Ortsbezeichnung „Dortmunder" in ihrer Firma unterlassen, weil dadurch der unrichtige Anschein erweckt wurde, als handele es sich um in Dortmund erzeugtes Bier; der in den Gründen enthaltene Hinweis auf § 37 ist auch hier nicht zutreffend — vgl. den vorigen Absatz —, und geht schon deswegen fehl, weil § 37 sich auf den Gebrauch der ganzen Firma, nicht aber von Teilen einer Firma erstreckt [s. a. Anm. 4 und 18]).

Anm. 27. 4. Über den Schutz des **Etablissementsnamens** durch das UnlWG. und das WarenZG. vgl. § 17 Anm. 6.

Anm. 28. 5. Über die Abgrenzung des Firmenrechts gegen das Namenrecht vgl. oben Anm. 12.

Exk. zu § 37.

Exkurs zu § 37.

Die Firma auf dem Ladenschild.

Anm. 1. 1. Nach Art. 9 I EG. z. HGB. erhält die Gewerbeordnung folgenden § 15a:

> Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.
>
> Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirthschaft anzubringen; ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.
>
> Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in Betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.
>
> Sind mehr als zwei Betheiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Betheiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Betheiligten anordnen.

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift soll eine Art Ergänzung der firmenrechtlichen Vorschriften des HGB. bilden.** Sie will, im Anschluß an den Grundsatz der Firmenwahrheit (§ 17 Anm. 17), im Interesse der Sicherheit des Verkehrs zum Schutz vor Täuschungen, soweit es irgend angeht, dazu beitragen, daß deutlich zu erkennen ist, wer der Inhaber der Firma ist. Die Vorschrift, deren Wert von manchen als sehr problematisch bezeichnet wird (G. Cohn im ABürgR. 12, 206; Opet in ZHR. 49, 58), ist eine durchaus verkehrsnützliche, namentlich für Großstädte.

Die bisherigen Polizeiverordnungen, die diese Materie regeln, sind hiermit aufgehoben. Denn das ist die Tendenz der Vorschrift, daß sie an die Stelle der bisherigen Polizeiverordnungen treten und diese Materie erschöpfend regeln will (D. 36).

Anm. 3. 3. **Die verpflichteten Personen sind:** Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben.

a) **Gewerbetreibende.** Die Bezeichnung ist möglichst weit gewählt, um nicht bloß die Kaufleute, Voll- und Minderkaufleute (D. 36), sondern **alle Gewerbetreibende** (über den Begriff vgl. § 1 Anm. 6ff.) zu umfassen. Deshalb ist die Vorschrift auch in die Gewerbeordnung eingerückt. Indessen scheiden schon nach dem Inhalte der Vorschrift diejenigen Gewerbetreibenden aus, die einen Familiennamen nicht führen, namentlich die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Genossenschaften und diejenigen juristischen Personen, die als Einzelkaufleute ein Gewerbe betreiben. Zweifelhaft wäre es gewesen, ob auch die o. H. G.

und Kommanditgesellschaften unter die Vorschrift fallen. Diesen Zweifel löst aber der Abs. 3 unseres Paragraphen. Eine eigentümliche Stellung aber nehmen die Kommanditgesellschaften auf Aktien ein. Nach unserer Auffassung sind sie juristische Personen; als solche haben sie keinen bürgerlichen Namen, und schon deshalb sollten sie von der Vorschrift ausgenommen sein. Wie man aber auch die Kommanditgesellschaften auf Aktien konstruieren mag, so geht doch das neue HGB. jedenfalls davon aus, daß die Firma der Aktienkommanditgesellschaft in der Regel eine Sachfirma sein, jedenfalls so beschaffen sein soll, daß sie nicht den Anschein erweckt, als seien die Inhaber lediglich persönlich haftende Gesellschafter (§§ 20 u. 22 Abs. 1 Satz 2; Art. 22 Abs. 2 EG. z. HGB.). Und nun sollen im Widerspruch mit dieser Tendenz des HGB. auf den Firmenschildern die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter angebracht werden. **Erl. zu § 37.**

b) **Nur Gewerbetreibende, die unter die Gewerbeordnung fallen,** unterliegen der Vorschrift; Apotheker also nicht, soweit sie sich auf den konzessionspflichtigen Betrieb beschränken. — Auf Gewerbebetriebe im Umherziehen bezieht sich diese Vorschrift nicht, wie die Stellung des § 15a innerhalb des Titels II vom „stehenden Gewerbebetrieb" sowie Tendenz und Inhalt der Vorschrift ergeben. Anm. 4.

c) **Einen offenen Laden oder eine Gast- oder Schankwirtschaft** müssen die Gewerbetreibenden haben, um unter die Vorschrift zu fallen. Die Begriffe Gast- oder Schankwirtschaft sind nicht zweifelhaft. Der „offene Laden" aber umfaßt begrifflich das Geschlossen- und das Offensein zugleich in gewisser, dem Verkehr geläufiger Verbindung. Der „offene Laden" ist ein geschlossener Raum, der aber zum freien Eintritt für das Publikum und zum Betrieb der Geschäfte bestimmt ist und dies auch äußerlich erkennen läßt (zust. Riesenfeld im PrVerwBl. 21, 372). Ein offener Laden liegt z. B. dann nicht vor, wenn die Eingangstür geschlossen ist oder man erst klingeln oder sich erst melden muß usw. An Beispielen wird sich der Begriff am besten klar machen lassen: Ein Kontor ist kein offener Laden, weil es dem Eintritt des Publikums nicht genügend offen steht. Eine offene Verkaufsstatt auf der Straße, eine Bude auf dem Jahrmarkt, ein Automat im Freien sind keine Läden, weil sie wiederum allzu offen sind. Die Lage in den Geschossen des Hauses ist ohne Belang. Ein Kellerlokal, das von der Straße aus zugänglich ist, oder ein Geschäftsraum in einem oberen Stockwerk, der die Merkmale des „Offenseins" trägt, werden als offene Läden zu betrachten sein (L. Cohn bei Gruchot 42, 77). — Vgl. noch § 56 Anm. 2. Anm. 5.

Auf offene Läden Gewerbetreibender, in denen kein Verkauf stattfindet, ist die Vorschrift ebenfalls anwendbar; das Gesetz macht hier keine Ausnahme. Also z. B. auf offene Läden der Pfandleiher, Vermittlungs- und Agenturgeschäfte, der Kommissionäre und Spediteure, der Bank- und Wechselgeschäfte, der Handwerker, der Zeitungsexpeditionen, der Leihbibliotheken usw.

4. **Der Inhalt der Verpflichtung** ist Anm. 6.

a) für alle Gewerbetreibenden: Anbringung ihres Familiennamens (hierüber § 18 Anm. 4) mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen (hierüber § 18 Anm. 5) an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift. Willkürliche Änderungen oder Kürzungen sind unzulässig. Die Angabe, ob die Person verheiratet ist oder nicht, ist nicht erforderlich; auch die Polizeiverordnung kann dies nicht bestimmen (Anm. 2).

b) Ist der Gewerbetreibende ein Kaufmann, der eine Handelsfirma führt, gleichviel ob sie eingetragen ist oder nicht, so hat er zugleich die Firma in der bezeichneten Weise anzubringen. Deckt sich die Firma mit dem ausgeschriebenen Vornamen und Beinamen, so genügt eines. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß der Gewerbetreibende eine Firma mit Recht führt. Ist er Minderkaufmann, oder führt er einen fremden Namen zu Unrecht, so kann er nicht für verpflichtet erachtet werden, diese unzulässige Firma deutlich anzubringen, und so das Unrecht, das er begeht, noch zu vergrößern. Aber er ist selbstverständlich verpflichtet, seinen Vor- und Familiennamen an dem Firmenschild anzubringen. Besonders ist dies wichtig bei Gewerbetreibenden, die nur kraft § 5 als Kaufmann gelten. Anm. 7.

Erl. zu § 37. c) Für o. H. G., Kommanditgesellschaften und Aktien-Kommanditgesellschaften gelten die im Abs. 3 und 4 unseres Paragraphen gegebenen Sondervorschriften. **Die Polizeibehörde** (vgl. § 155 Abs. 2 der GewO.; in Preußen die Ortspolizeibehörde) ist im einzelnen Falle befugt, die Angaben der Namen aller Beteiligten anzuordnen, um bei Gesellschaften mit einer größeren Zahl von Teilhabern zu verhüten, daß nur die Namen von Personen, die bloß zum Schein in das Geschäft aufgenommen sind, in der Aufschrift angegeben werden.

Anm. 8. 5. **Als Folge der Verletzung dieser Pflicht** ist zunächst in der neuen Nr. 14 des § 148 der GewO. (Art. 9 III EG. z. HGB.) eine Geldstrafe bis zu 150 Mk. und im Unvermögensfalle eine Haftstrafe bis zu 4 Wochen angedroht.

Anm. 9. **Außerdem aber fragt es sich: welche zivilrechtlichen Folgen die Verletzung dieser Pflichten hat.** Zunächst kommen die Vorschriften über den Irrtum in Betracht (§§ 119, 121, 123, 124 BGB.). Der Gegenkontrahent kann vielleicht dartun, er hätte, wenn er den wahren Inhaber gekannt hätte, mit diesem nicht kontrahiert. Doch ist im allgemeinen davon auszugehen, daß man, wenn man mit einer Firma kontrahiert, mit dem Inhaber kontrahieren will, wer es auch sei (Anm. 1 zu § 17).

Ferner kann auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB. eine Haftung aus unerlaubter Handlung gegen den vorliegen, der die Verpflichtung zur Offenlegung verletzt hat. Denn die vorliegende Vorschrift dürfte doch sicherlich als ein zum Schutze eines anderen erlassenes Gesetz erachtet werden. Es sollen eben alle die bestimmten Personen geschützt werden, die mit dem Geschäft in Verbindung treten (s. a. L. Cohn bei Gruchot 42, 78[12]).

Vierter Abschnitt.

Handelsbücher.

§ 38.

§ 38. **Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen.**

Er ist verpflichtet, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesendeten Handelsbriefe zurückzubehalten und diese Abschriften sowie die empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren.

Lit.: Goldschmidt, System §§ 30, 31; Beigel, Das allgemeine deutsche Buchführungsrecht, Leipzig 1902; Gehr-Lang, Wesen und System der doppelten Buchführung, 1903 (vgl. ferner für die Aktiengesellschaften Lit.-Angaben bei § 261).

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt die Verpflichtung des Kaufmanns zur Führung von Handelsbüchern.** Die Verpflichtung, die schon im Mittelalter scharf geregelt war (Goldschmidt, Univers. Gesch. 245 ff.), ist öffentlich-rechtlicher Natur: sie ist dem Kaufmann nicht sowohl um seiner selbst willen, als im Interesse der Personen, die mit ihm in rechtliche Beziehungen treten, auferlegt. Dennoch hat der Gesetzgeber einen direkten Zwang zur Erfüllung dieser Pflicht nicht gegeben (lex imperfecta), abgesehen vom Handelsmäkler hinsichtlich des Tagebuchs (§ 103). **Doch liegt ein indirekter, aber sehr scharfer Zwang in den bei eintretendem Vermögensverfall zur Anwendung kommenden Strafvorschriften** (§§ 239—241 der KO.). Indes bedarf es eines Zwanges im allgemeinen überhaupt nicht, weil der Kaufmann in seinem eigenen wohlverstandenen Interesse Veranlassung genug hat, ordnungsmäßige Handlungsbücher zu führen. Denn ohne geordnete Buchführung ist der Zweck eines einigermaßen erheblichen Handelsbetriebs unerreichbar. Auch würde er sich durch Unterlassung der Buchführung eines wertvollen Beweismittels in seinen Prozessen begeben. Die Nichtbefolgung der Vorschrift hat aber für die Kaufmannseigenschaft keine Bedeutung.

1. (Abs. 1.) **Zunächst ist im allgemeinen vorgeschrieben, von wem und wie die Bücher zu führen sind.** § 38. Anm. 1.

a) **Von jedem Kaufmann**, d. h. hier von jedem Vollkaufmann.

α) **Wer Kaufmann** ist, richtet sich nach den früheren Erörterungen. Genossenschaften gelten gemäß § 17 Abs. 2 des GenG. als Kaufleute und sind zur Buchführung verpflichtet (RG. 43, 126). Hervorzuheben ist hier, daß Handelsbücher zu führen sind von der Ehefrau, die Handel treibt, auch wenn sie dies eigenmächtig tut (vgl. Allg. Einleitung Anm. 39 bis 41), auch von Handelsgesellschaften (§ 6), auch von Kaufleuten nach § 2 und nach § 3 Abs. 2, doch nicht von Minderkaufleuten (§ 4), auch nicht von den Mitgliedern der o. H. G. für ihre Privatwirtschaft (vgl. Anm. 3). Dagegen sind der Staat und die inländischen Kommunalverbände, sofern sie Kaufleute sind, zur Buchführung verpflichtet (§ 36; vgl. jedoch § 42). Wer bloß Scheinkaufmann nach § 5 ist, hat keine Buchführungspflicht (vgl. Anm. 4 zu § 5), ebenso wer bloß infolge Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt (vgl. Anm. 6 Erl. zu § 5). Auch ist der Minderjährige, der ohne Zustimmung des Vormundes ein Handelsgewerbe betreibt, kein Kaufmann und unterliegt daher nicht der Buchführungspflicht (Anm. 20 zu § 1), in diesem Falle natürlich auch nicht sein gesetzlicher Vertreter.

β) Überall **beginnt** die Pflicht mit dem Beginn der Kaufmannseigenschaft und endet mit dem Aufhören der letzteren. Wann die Kaufmannseigenschaft beginnt und endet, richtet sich nach anderweit entwickelten Grundsätzen. Sie beginnt — sowohl für Einzelkaufleute als auch für o. H. G. und Kommanditgesellschaften — um dies hier kurz zu wiederholen, bei Kaufleuten nach § 1 mit dem Beginn des Handelsgewerbes (§ 1 Anm. 10a), bei Kaufleuten nach § 2 und nach § 3 Abs. 2 mit der Eintragung. Bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. beginnt die Pflicht mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 200 HGB. und Anm. 7 zu § 239; § 11 GmbHG.; RGSt. 29, 223). **Sie endet** bei Kaufleuten nach § 1 mit dem Aufhören des Geschäftsbetriebs oder mit der Verringerung desselben auf das Maß des Minderhandelsgewerbes (§ 1 Anm. 25), bei Kaufleuten nach § 2 mit dem Aufhören des Geschäfts oder mit der Verringerung desselben auf einen so kleinen Umfang, daß der § 2 nicht mehr Platz greift (s. a. Anm. 3 zu § 31), nach unserer Ansicht auch mit der Löschung der Firma (Anm. 17 zu § 2). Entsprechendes gilt bei den Kaufleuten nach § 3 Abs. 2. Anm. 2.

γ) Der Prinzipal ist nicht verpflichtet, die Buchführung persönlich zu erledigen, **aber er haftet für die Erfüllung dieser Pflicht.** Im Falle der Handlungsunfähigkeit des Prinzipals haften die gesetzlichen Vertreter, und zwar sämtliche. Entgegenstehende Vereinbarungen sind für die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit unerheblich. Anders wenn die hierfür zuständige Behörde den Wirkungskreis abgegrenzt hat, wie das z. B. das Vormundschaftsgericht bei mehreren Vormündern tun kann (§ 1797 Abs. 2 BGB.). So ist der Vormund oder der Vater, der im Namen des Mündels oder Kindes das Geschäft führt, verantwortlich (zust. Düringer-Hachenburg I 149); so auch der Testamentsvollstrecker, der ein ihm vom Erblasser übertragenes Amt führt (Goldmann I 182; vgl. Marcus im SächsA. 8, 3 ff.). Anm. 3.

So sind bei der o. H. G. alle Gesellschafter ohne Rücksicht auf ihre Vertretungsbefugnisse und auf etwaige vertragliche Vereinbarungen verantwortlich. Wenn das Reichsgericht (in St. 13, 308) die Verantwortlichkeit dessen, der abredegemäß fortan nur stiller Gesellschafter sein sollte, ohne daß jedoch seine Mitinhaberschaft gelöscht wurde, verneint hat, so geschah dies deshalb, weil hierin die Auflösung der o. H. G. liegt, die auch ohne Eintragung wirkt. — Zu Unrecht wollen Düringer-Hachenburg (I 150) die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter von der Verantwortlichkeit befreien, weil sie nach § 118 nur ein Recht, keine Pflicht zur Kontrolle hätten, und auch dieses Recht vertraglich ausgeschlossen werden könne. Allein der vorliegende Paragraph legt in öffentlich-rechtlichem Interesse jedem, der Kaufmann ist, die Pflicht zur Buchführung auf. Private Vereinbarungen, die dazu führen, die Erfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht unmöglich zu machen, sind insoweit nichtig, und es tritt diese Unwirksamkeit der in § 118 Abs. 2 vorgeschriebenen an die Seite. —

§ 38. Ist die o. H. G. in Liquidation, so sind für die Aufstellung der Anfangs- und Endbilanz die Liquidatoren verantwortlich (§ 154 Anm. 7). — Die Mitglieder der o. H. G. haben nicht außerdem Bücher zu führen, aus denen ihre private Vermögenslage ersichtlich ist, da sie nur in bezug auf die Gesellschaft Kaufleute, aber nicht Einzelkaufleute sind (Anm. 18 zu § 1).

Bei Aktiengesellschaften sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes und sämtliche Liquidatoren für die Buchführung verantwortlich (PlenEntsch. des RGSt. 13, 235; vgl. auch § 231 Anm. 8 und § 241 Anm. 7). Bei Aktienkommanditgesellschaften gilt dasselbe hinsichtlich der Komplementare; sie sind zwar nicht selbst Inhaber des Handelsgewerbes, aber gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, während die Kommanditisten für die Buchführung nicht haften, da sie weder das eine noch das andere sind. Bei einfachen Kommanditgesellschaften haften die Komplementare, der Kommanditist ist nicht Kaufmann (Anm. 18 zu § 1). — Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind sämtliche Geschäftsführer bzw. ihre Stellvertreter und sämtliche Liquidatoren für die Buchführung verantwortlich (§§ 41, 44, 71 des GmbHG.).

Ehefrauen, die häufig, wenn der Mann in Vermögensverfall geraten ist, ihren Namen zum Betriebe des Handelsgewerbes hergeben, sind in gleicher Weise verantwortlich, auch wenn das Gewerbe tatsächlich vom Manne ausgeübt wird. Denn gibt ihnen das Gesetz einmal die vollen Rechte eines Kaufmanns, so müssen sie auch die Pflichten übernehmen. Daraus folgt, daß umgekehrt der Ehemann in solchem Falle nicht verantwortlich ist (anders bei wirklichen Scheinverhältnissen, vgl. RGSt. 25, 122).

Anm. 4. δ) Doch sind die bezüglichen Strafvorschriften nicht so formell auszulegen, daß beim objektiven Vorliegen des gesetzlich unzulässigen Bücherzustandes unbedingt die Bestrafung eintritt. Vielmehr muß eine schuldhafte Verletzung vorliegen (RGSt. 29, 308). Infolgedessen bleibt dem Kaufmann der Entschuldigungsbeweis frei, daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen sei, der gesetzlichen Pflicht zu genügen (RGSt. 1, 49: Täuschung durch den Mitgesellschafter; s. a. Anm. 2 zu § 239). Andrerseits ist Irrtum über die Verpflichtung, z. B. der Einwand, man habe nicht gewußt, daß man im technischen Sinne Kaufmann sei, unbeachtlich (RGSt. 5, 409; 8, 147), ebenso wie der Mangel der erforderlichen Fähigkeiten (RGSt. 4, 421). Auch die Verhinderung durch Krankheit bietet keinen Entschuldigungsgrund (Rspr. d. RG. in St. 7, 730), es sei denn, die Krankheit wäre derart gewesen, daß man auch für Vertretung nicht sorgen konnte.

Anm. 5. b) **Der Kaufmann hat seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens ersichtlich zu machen,** d. h. ersichtlich nicht bloß für ihn selbst, aber auch nicht gerade für jedermann, sondern für jeden, der sich auf Buchführung versteht, den Sachverständigen (RGSt. 4, 119). Hiernach müssen die Handelsbücher eine doppelte Eigenschaft haben:

α) Die Handelsgeschäfte des Vollkaufmanns in allen Niederlassungen sind einzeln zu buchen, wenn auch nicht gerade nach ihrem speziellen Rechtsgrunde. Das ist nicht üblich und vom Gesetzgeber nicht gewollt; es genügt die Kennzeichnung der wirtschaftlichen Wirkungen, das hergebrachte Kreditieren und Debitieren; daraus ergeben sich die eingetretenen Vermögensänderungen (D. 48). Dies entspricht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (Anm. 6).

β) Außerdem sollen die Bücher die Lage des gesamten Vermögens des Kaufmanns ersichtlich machen, bei einem Einzelkaufmann auch sein außergeschäftliches (a. M. Makower I 77; über offene Handelsgesellschaften vgl. Anm. 3). Es darf also der sonstige Vermögensstand nicht unberücksichtigt bleiben, vielmehr ist er im Ergebnis und in den wesentlichen Veränderungen in den Büchern zu vermerken, so z. B. wenn der Kaufmann Grundstücke besitzt oder auch dann, wenn er neben seinem Vollkaufmannsgeschäft ein Minderkaufmannsgeschäft oder ein überhaupt nicht kaufmännisches Geschäft als Nebengeschäft betreibt (RGSt. 5, 409; 25, 3). Die Buchführung braucht nicht die einzelnen Vorfälle des

Nebengeschäfts zu enthalten; es ist nur eine vollständige Übersicht der Vermögenslage erforderlich (RGSt. 25, 170). Das gleiche gilt, wenn der Kaufmann ein Geschäft selbständig betreibt und daneben ein anderes in o. H. G. (Hahn § 1). Auch den Privatverbrauch müssen die Bücher ersehen lassen.

Indessen reicht nicht etwa jede unterlassene oder unrichtige Buchung zur Bestrafung aus; ein einzelnes Geschäft kann ungebucht, ein Konto mangelhaft sein, ohne daß diese Mängel den Überblick über die gesamte Vermögenslage des Kaufmanns wesentlich zu beeinträchtigen brauchen (RGSt. 29, 308).

γ) Die Buchführung muß sich auf das ganze Handelsgewerbe eines Kaufmanns erstrecken, also auf alle seine Handelsniederlassungen, für welche die Führung von Büchern geboten ist, sowohl auf die Hauptgeschäfte als auch auf die Zweigniederlassungen. Dies bedeutet aber nicht etwa, daß eine gemeinsame Buchführung stattfinden müsse (so Makower I 78, der sich mit Unrecht auf RGSt. 5, 408 beruft). Vielmehr verlangt die praktische Durchführung dieser Pflicht für die Regel, wie Denzler (Filiale 108) mit Recht hervorhebt, daß die Buchführung nach den einzelnen Niederlassungen zerlegt werde. Danach sind bei mehreren Hauptgeschäften für jedes Bücher zu führen. Bei einem Hauptgeschäfte mit Zweigniederlassungen können die Bücher vom Hauptgeschäfte aus mitgeführt werden. Tatsächlich aber wird oft, wo dies praktischer ist, die Buchführung für die Zweigniederlassung auch dieser anheim gegeben; nur daß die Hauptniederlassung schließlich die Ergebnisse zusammenfaßt (vgl. auch Lehmann-Ring Nr. 6).

Bei Aktiengesellschaften ist die Praxis folgende: Größere Aktiengesellschaften, die entweder mehrere Hauptniederlassungen oder eine Hauptniederlassung mit Zweigniederlassungen haben, pflegen getrennte Bücher für die verschiedenen Verwaltungen zu führen (vgl. hierüber Simon: Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 3. Aufl. 98f.). Auch das Zweiggeschäft wird in seiner Buchführung selbständig gestellt (vgl. RGSt. 5, 407). Die Ergebnisse werden auf Grund der von den Zweiggeschäften errichteten Bilanzen beim Hauptgeschäft zusammengefaßt und in dessen Büchern eingestellt (vgl. auch § 39 Anm. 1).

Nach der Natur der Sache werden die gleichen Grundsätze und Einrichtungen, wie sie von der Hauptniederlassung bei der Buchführung befolgt werden, auch von den andern Niederlassungen zu befolgen sein.

ε) **Nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung** ist zu verfahren. Lose Zettel, sog. fliegende Kontos, können z. B. die Führung eines Hauptbuchs nicht ersetzen (RGSt. 17, 302; s. a. § 43 Anm. 2). Andererseits sind Zahl und Gattung der zu führenden Bücher nicht vorgeschrieben, bis auf das Bankdepotbuch (Anm. 8). Nach dem Gegenstande, der Art und dem Umfange des Geschäftes können die Anforderungen verschieden sein (D. 48). Aber auch wenn ein hiernach wesentliches Buch fehlen sollte, so liegt hierin keine Unterlassung der Buchführung — diese liegt nur vor, wenn jede Buchführung fehlt —, sondern nur ein Mangel, der möglicherweise das Merkmal der unordentlichen Buchführung enthält, wenn nämlich dadurch die Übersicht fehlt (RGSt. 30, 170). Anm. 6.

Die Führung von Geheimbüchern, deren Zweck es ist, dem Personal gewisse Geschäftsvorgänge zu verheimlichen, ist erlaubt (P. 56) und in vielfacher Übung.

Was das System anbelangt, so ist ein bestimmtes nicht vorgeschrieben. Es braucht daher nicht gerade eines der anerkannten Systeme angewendet zu werden, wenn nur das tatsächlich angewandte zu einem gleich zuverlässigen Ergebnisse führt (vgl. RGSt. 25, 36). Es genügt jedenfalls die einfache Buchführung. Aber das System der doppelten Buchführung ist vorzuziehen, weil es allein die Kontrolle der Richtigkeit gewährt. Nur muß aus den Büchern selbst eine vollständige Übersicht, ein anschauliches Bild über die Geschäfts- und Vermögenslage gewonnen werden (RGSt. 4, 120). Bei Aktiengesellschaften und Aktien-Kommanditgesellschaften wird durch die Vorschrift, die Gewinn- und Verlustrechnung bekannt zu machen, die doppelte Buchführung geboten, weil eine Gewinn- und Verlustrechnung nur bei dieser möglich ist (Simon a. a. O. 29ff., 61ff.; vgl. a. Anm. 5 zu § 239).

§ 38. Ein Tagnotizbuch (Kontor-Kalender) ist kein Handelsbuch im Sinne des HGB., weil es nicht das Material, für das es bestimmt ist, kaufmännisch geordnet zusammenzufassen hat, was zum Begriff der Handelsbücher gehört, sondern nur zur Aufnahme gelegentlicher Bemerkungen, zur Unterstützung des Gedächtnisses dient und die Aufzeichnungen nicht in sachlich geordneter Weise für das Handelsgeschäft fixiert (Rechtsprechung des RG. in St. 3, 304). Keine Handelsbücher sind ferner die Beibücher und Kontrabücher. Sie werden von Parteien, die in gegenseitiger Geschäftsverbindung stehen, meist in der Art geführt, daß die eine die Einträge macht, die andere das Buch aufbewahrt (Cosack § 15[24]). Sie dienen dazu, um den Verkehr mit den Arbeitern oder mit den einzelnen Kunden zu fixieren und zu kontrollieren. Ihre Bedeutung und Beweiskraft hat ganz andere Ursachen als die der Handelsbücher, sie liegt nämlich in der Aufzeichnung einerseits und der unbeanstandeten Entgegennahme andererseits (ROHG. 14, 260; 2, 273). Endlich sind aus gleichem Grunde keine Handlungsbücher die sog. Kommissionsbücher (ROHG. 15, 171). Siehe auch RGSt. 11, 142, 161).

Anm. 7. 2. (Abs. 2.) **Speziell ist vorgeschrieben, daß ein- und ausgehende Handelsbriefe geordnet zu verwahren sind,** und zwar die ausgehenden in Abschrift.

Geordnet hat die Aufbewahrung zu erfolgen. Nicht gerade notwendig nach der Zeitfolge, auch nach Gegenständen oder Personen. Die Vereinigung der Briefe zu einem Buche ist gleichfalls nicht notwendig. Eine nicht ausreichende Ordnung bei der Verwahrung ist als ein Verschulden im Sinne des § 582 CPO. angesehen worden (RG. in JW. 98, 608[16]). Registerbücher, die zur Aufbewahrung ein- oder ausgehender Briefe in Aufnahme gekommen sind, beruhen meist nicht auf chronologischer Ordnung.

Die Vorschrift hinsichtlich der Kopien, die auch auf abgeschickte Telegramme erstreckt werden muß, ist nicht streng auszulegen: es ist keine wortgetreue Abschrift gemeint, und es muß nicht etwa jeder Brief vorhanden sein; vielmehr genügt auch eine Abschrift des wesentlichen Inhalts, und das Fehlen des einen oder des anderen Briefes enthält kein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift (abweichend Goldmann I 187). Die Abschriften der ausgehenden Handelsbriefe sind beweiserhebliche Urkunden im Sinne des Strafgesetzbuches (RGSt. 35, 145). Das **Kopierbuch** ist nicht mehr obligatorisch.

Die eingehenden Briefe sind im Original zu verwahren. Zu ihnen gehören auch die Telegramme, während die Aufbewahrung sonstiger Belege, wie Quittungen, Rechnungen, Frachtbriefe usw., nicht vorgesehen, gleich wohlaber allgemein üblich ist, weil gerade ihre Aufbewahrung mit Recht für wichtig gehalten wird (Behrend § 42 Anm. 7). Große Geschäfte, insbesondere Aktiengesellschaften, legen auf die Aufbewahrung der Quittungen (Kassenbeläge) besonderen Wert.

Anm. 8. **Zusatz 1.** Im § 1 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 ist noch ein weiteres Handelsbuch, das wir kurz das **Bankdepotbuch** nennen möchten, vorgeschrieben. Dieses Buch ist von jedem Kaufmann zu führen, dem im Betrieb eines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung oder zum Pfand übergeben sind. In das Buch sind diese Wertpapiere einzutragen oder in ihm unter Bezugnahme auf Verzeichnisse zu vermerken. Zur Führung eines solchen Handelsbuchs sind nicht etwa bloß Bankiers verpflichtet, sondern jeder Vollkaufmann, dem im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere zur Aufbewahrung oder zum Pfande übergeben sind (§ 1 u. § 13 des Ges.), hinsichtlich deren nicht die im § 2 des Gesetzes vorgesehene Erklärung abgegeben ist, der Hinterleger oder Pfandgeber sei damit einverstanden, daß der Kaufmann Papiere gleicher Art zurückgewährt. Auch der Staat (z. B. wenn er als Eisenbahnunternehmer Wertpapiere als Kaution empfängt) ist dazu verpflichtet. Ebenso jeder Kaufmann hinsichtlich der Kaution seiner Beamten, z. B. Aktiengesellschaften, die von ihren Vorstands- oder ihren Aufsichtsratsmitgliedern Kautionen empfangen. Es braucht aber nicht gerade ein besonderes Handelsbuch zu obigem Zwecke geführt zu werden, das Buch kann auch andere Eintragungen enthalten (Lusensky, Depotgesetz § 1 Anm. 10).

Bei Zweigniederlassungen kann auch dieses Depotbuch in mehrere Bücher zerlegt werden, deren jeweilige Ergebnisse anläßlich der Bilanz bei der Hauptniederlassung zusammengefaßt werden (s. Anm. 5γ; Denzler 109). § 38.

Über das Aktienbuch vgl. Anm. 1 zu § 222.

Zusatz 2. Handelsbücher, die in Gebrauch genommen sind, **sind der Pfändung nicht unterworfen** (§ 811 Nr. 11 CPO.; RG. 51, 165). Dagegen gehören sie zur Konkursmasse, obwohl diese sonst Gegenstände nicht umfaßt, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen (§ 1 Abs. 3 KO.); der Gerichtsschreiber hat sie zu schließen (§ 122 Abs. 2 KO.). Aber sie dürfen vom Konkursverwalter nur mit dem Geschäft im ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebs unentbehrlich sind, wie § 117 Abs. 2 der KO. ausdrücklich bestimmt. Werden sie nicht in dieser Weise veräußert, so sind sie nach beendetem Konkurse dem Gemeinschuldner zurückzugeben. Anm. 9.

Handelsbücher sind im Sinne des § 23 CPO. als Vermögen anzusehen und begründen den Gerichtsstand des Vermögens (RG. 51, 165; vgl. auch RG. 24, 415).

Zusatz 3. Über die Herausgabe der Handelsbücher bei Veräußerung des Geschäfts vgl. § 22 Anm. 26. — Handelsbücher sind beweiserhebliche Urkunden im Sinne des StrGB. und können daher den Gegenstand einer Urkundenfälschung bilden (RGStr. 4, 4; 34, 131; Litthauer-Mosse § 38[a]). Doch ist die Veränderung eines Eintrags in dem eigenen Handelsbuche durch den Geschäftsinhaber selbst in einer Entscheidung des RG. (in St. 5, 431) nicht als unberechtigt und nicht als Verfälschung einer Urkunde angesehen worden; sie kann aber ebenso wie ein ursprünglicher wahrheitswidriger Eintrag durch den Inhaber den Tatbestand des Betrugs oder Betrugsversuchs erfüllen. — Vgl. wegen der Briefabschriften oben Anm. 7. Anm. 10.

Zusatz 4. Über die **Beweiskraft** der Handelsbücher vgl. Erl. zu § 47. Anm. 11.

Zusatz 5. Übergangsfrage. Hier gilt Entsprechendes wie zu § 39 (Anm. 6 zu § 39). Anm. 12.

§ 39.

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Handelsgewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baaren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände genau zu verzeichnen, dabei den Werth der einzelnen Vermögensgegenstände anzugeben und einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen. § 39.

Er hat demnächst für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs ein solches Inventar und eine solche Bilanz aufzustellen; die Dauer des Geschäftsjahrs darf zwölf Monate nicht überschreiten. Die Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu bewirken.

Hat der Kaufmann ein Waarenlager, bei dem nach der Beschaffenheit des Geschäfts die Aufnahme des Inventars nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn sie alle zwei Jahre erfolgt. Die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung der Bilanz wird hierdurch nicht berührt.

Der Paragraph ordnet die Aufstellung von **Inventar und Bilanz** an und bestimmt die Zeit hierfür, zunächst für den Regelfall (Abs. 1 und 2), sodann für einen Ausnahmefall (Abs. 3). Einleitung.

1. (Abs. 1 und 2.) **Als Regel wird vorgeschrieben, daß Inventur und Bilanz beim Geschäftsbeginn und dann alljährlich** zu ziehen sind. Inventur und Bilanz sind notwendige Bestandteile der Buchführung eines Vollkaufmanns. Sie gehören entweder zu den Handelsbüchern, sofern sie in ein Buch eingetragen werden (§ 41 Abs. 2), oder zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" im Sinne des § 43. Auf sie findet der § 240 Nr. 3 KO. jedenfalls Anwendung (RGSt. 13, 354; Lehmann-Ring Nr. 1). Anm. 1.

§ 39. a) **Begriff der Inventur und der Bilanz.** Die Inventur hat ein genaues Verzeichnis aller Vermögensstücke und Schulden mit Wertangabe zu enthalten. Auch die Firma ist, insonderheit mit Rücksicht auf den Umfang der Kundschaft, als wirkliches Vermögensobjekt schätzbar und kann in die Eröffnungs-Inventur als Aktivum eingestellt werden, insofern sie auf derivativem Wege erworben ward (RG. in JW. 01, 653[12]; s. a. § 40 Anm. 5). Inwieweit auch anderes als das Geschäftsvermögen in die Inventur aufzunehmen ist, darüber siehe Anm. 5 zu § 38; der Einzelkaufmann hat auch sein Privatvermögen zu verzeichnen. Immer aber ist nur das eigene Vermögen des Kaufmanns zu verzeichnen, nicht etwa Vermögen, das ihm nur zur Verwahrung oder als Kaution übergeben ist. Zu dem Vermögen des Mannes gehört nicht das eingebrachte Gut der Frau, wohl aber das gesamte gütergemeinschaftliche Vermögen (§§ 1437 ff. BGB.; § 2 KO.). Zum Vermögen einer Ehefrau gehört jedenfalls das Vorbehaltsgut und das eingebrachte Gut, auch wenn letzteres wegen mangelnder ehemännlicher Zustimmung den Geschäftsgläubigern nicht haftet, wogegen das Gesamtgut zu dem Vermögen der Frau nicht gehört, auch wenn es wegen erfolgter Zustimmung des Mannes den Geschäftsgläubigern haftet (§ 1452 BGB.; § 2 KO.; Düringer-Hachenburg I, 154; abw. Goldmann I 190). Zu den Schulden gehört insbesondere auch das Rückforderungsrecht der Ehefrau auf Heiratsgut (Anm. 7 zu § 40) und ebenso die Einlage des stillen Gesellschafters, soweit sie nicht aufgezehrt ist (das Gegenteil nimmt Puchelt irrigerweise an, Anm. 5 zu Art. 31).

Die Bilanz ist eine summarische Zusammen- und Gegenüberstellung des Aktiv- und Passivbestandes. Als Bilanz im gesetzlichen Sinne ist, wie das Kammergericht (KGA. 3, 82) zutreffend ausführt, nur als eine in Gestalt eines Abschlusses erfolgte Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva zu erachten, aus der allein und unabhängig von andern Büchern und Urkunden eine Übersicht über das Verhältnis des Vermögens und der Schulden des Kaufmanns zu gewinnen ist. Darüber, wieweit zur Erreichung letzteren Zweckes eine Spezialisierung der einzelnen Aktiv- und Passivposten einzutreten hat, entscheiden im einzelnen Falle die Grundsätze der kaufmännischen Übung. So ist z. B. die Spezialisierung der Bilanz durch Angabe der Höhe der Abschreibungen nicht erforderlich (KGA. 2, 239). Andererseits muß bei einer Genossenschaft die Bilanz die einzelnen Bestandteile der Aktiva und Passiva in einer die Übersicht des Vermögensstandes ermöglichenden Weise ersehen lassen (KGJ. 20 A S. 60). Bei Zweigniederlassungen wird es in der Regel genügen, statt die Summen der Aktiv- und Passivwerte einzeln in der Hauptbilanz aufzuführen, lediglich den aus diesen Summen zu Gunsten oder zu Lasten der Hauptniederlassung sich ergebenden Aktiv- oder Passivsaldo in die Hauptbilanz einzusetzen, sofern nur die Bilanz den Charakter eines die Vermögenslage darstellenden Abschlusses wahrt (Denzler 318; Beispiele für in dieser Richtung fehlerhafte Bilanzen bei Simon 101 ff.; vgl. § 38 Anm. 5 zu γ).

Je nachdem die Aktiva oder Passiva überwiegen, ist ein Überschuß oder eine Unterbilanz vorhanden (Gewinn- oder Verlustsaldo), es müßte denn sein, daß zufällig Aktiva und Passiva sich die Wage halten. Die Bilanz stellt den Stand des Vermögens in einem bestimmten Zeitpunkt dar und läßt damit zugleich auch das Ergebnis der Geschäftsführung während der abgelaufenen Periode erkennen, letzteres durch Vergleichung mit den früheren Bilanzen (ROHG. 12, 17). Die Bilanz muß, um als solche zu gelten, die vom Gesetz geforderte Übersicht gewähren und auf wirklichen, nicht fingierten Unterlagen beruhen (Rechtspr. des RG. 4, 594; RGSt. 15, 174).

Anm. 2. b) **Als Zeit der Inventur und Bilanzaufstellung** ist vorgeschrieben:

α) Einmal der Beginn des Handelsgewerbes. **Dies ist die sog. Eröffnungsinventur und Eröffnungsbilanz**; eine Vorschrift, die in der Kaufmannswelt nicht allgemein bekannt ist und selbst von sonst sorgsamen Kaufleuten unbeachtet bleibt. Über den Beginn des Handelsgewerbes s. Anm. 2 zu § 38; wo die Kaufmannseigenschaft erst mit der Eintragung eintritt, wird auch erst dann die Verpflichtung zur Eröffnungsinventur und -bilanz begründet. Hier ist noch hervorzuheben, daß schon die Vorbereitungsgeschäfte den Geschäftsbeginn dar-

stellen (RGSt. 27, 228; OLG. Dresden im SächsA. 8, 167; vgl. ferner die Anm. 15 zu § 123 und § 343, wo weitere Zitate zu finden sind). Wenn eine o. H. G. durch die Aufnahme eines Gesellschafters in ein bis dahin von einem Einzelkaufmann betriebenes Geschäft entsteht, so sind Anfangsinventur und -bilanz zu errichten (RG. v. 27. 2. 98 bei Rudorff II 58). Auch der offene Gesellschafter, der das Geschäft allein übernimmt, hat eine Eröffnungsinventur und eine Eröffnungsbilanz zu machen, sowohl dann, wenn die Übernahme mit dem Firmenrecht erfolgt, als ohne dies (RGSt. 16, 55; 26, 222); nicht auch die o. H. G., aus welcher ein Gesellschafter ausscheidet oder in welche ein Gesellschafter eintritt, überhaupt die o. H. G. dann nicht, wenn sie trotz einer Änderung in den Personen oder in der Rechtsform dasselbe Rechtssubjekt bleibt (§ 105 Anm. 51). Wer bereits ein Gewerbe betreibt, sich aber gemäß § 2 eintragen läßt (Anm. 6), oder wer durch Erbgang ein Handelsgeschäft erwirbt, muß eine Eröffnungsinventur und eine Eröffnungsbilanz machen (RGSt. 28, 428). Desgleichen jeder Kaufmann dann, wenn er nach beendetem Konkurse ein neues Geschäft eröffnet (RGSt. 25, 76), nicht auch dann, wenn er nach beendetem Konkurse das alte Geschäft fortsetzt, was nicht unmöglich ist, da der Konkurs die wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts nicht notwendig zerstört (Anm. 5 zu § 22). Eröffnungsinventur und Eröffnungsbilanz sind auch dann zu machen, wenn der Kaufmann ohne Vermögen seine Geschäfte beginnt, alsdann ist dieser Umstand zu verzeichnen (RGRspr. 4, 316—318) oder wenn das vorhandene Vermögen sich sonst aus den Büchern ergibt (RG. in Str. v. 10. 7. 90 bei Förtsch Anm. 4 zu Art. 29). Die Vorschrift, daß die Eröffnungsabschlüsse **bei Beginn des Geschäfts** zu ziehen seien, bedeutet nicht die Festlegung eines Zeitpunktes, sondern eines Zeitabschnittes, dessen Grenzen schon mit Rücksicht darauf nicht allzueng zu stecken sind, daß die Inventur- und Bilanzaufstellung selbst ein Geschäft ist, welches mit den Vorarbeiten, der Zusammenstellung und den Aufrechnungen naturgemäß einen Zeitaufwand erheischt (RGSt. 27, 227). Jetzt wird diese Annahme durch die Analogie des Abs. 2 Satz 2 unterstützt. Danach bezeichnet der Ausdruck „bei Beginn" nur den ungefähren Zeitpunkt, der sich aber nicht ohne Not allzusehr verschieben darf (RGSt. 28, 430).

§ 39.

β) Weiterhin müssen Inventur und Bilanz für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs gezogen werden. **Das Geschäftsjahr braucht mit dem Kalenderjahr nicht zusammenzufallen.** Es darf kürzer als 12 Monate sein, darf aber 12 Monate nicht überschreiten (zust. KG. in OLGR. 7, 1). Wenn daher z. B. eine Gesellschaft mitten im Kalenderjahre errichtet wird und der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr zusammenfallen soll, so muß die erste Jahresbilanz für den 31. Dezember des Errichtungsjahres gezogen werden. Wenn eine Gesellschaft ihr bisheriges Geschäftsjahr **verlegt**, so darf hierdurch keinesfalls eine Verlängerung der zwölfmonatlichen Dauer erfolgen. Wenn z. B. das Geschäftsjahr bisher am 31. August endete und wenn es durch eine im Mai 1906 erfolgende Änderung auf den 1. Januar verlegt wird, so erreicht das laufende Geschäftsjahr auch am 31. August 1906 sein Ende, und das neue Geschäftsjahr dauert vom 1. September bis zum 31. Dezember 1906. Für dieses letztere kurze Geschäftsjahr muß eine besondere Bilanz gemacht werden. Wenn aber das bisher am 31. August endende Geschäftsjahr im Mai 1906 auf den 1. Juni verlegt wird, so erreicht das laufende Geschäftsjahr am 31. Mai 1906 sein Ende. Für die Zeit bis dahin muß eine Bilanz gezogen werden und die nächste für die Zeit vom 1. Juni 1906 bis zum 1. Juni 1907. — Wegen Bilanzen der Aktiengesellschaften für kürzere Geschäftsperioden vgl. § 260 Anm. 18, § 215 Anm. 3; wegen der Dauer des Geschäftsjahres im **Liquidationsstadium** einer AG. vgl. § 299 Anm. 5.

Anm. 3.

γ) Inventur und Bilanz sind „für den Schluß" **des Geschäftsjahres aufzustellen** und zwar innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechenden Zeit. **Sie brauchen also am Schlusse des Geschäftsjahres nicht beendet zu sein**, wenn dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange nicht tunlich ist. Damit ist eine frühere, aus der abweichenden Fassung des Art. 29 („**demnächst in jedem Jahre**") hergeleitete

Anm. 4.

§ 39. Streitfrage beseitigt. Die jetzige Normierung ist als das mildere Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 2 StGB. anzusehen (RGSt. 34, 38).

Anm. 5. 2. Im Abs. 3 **ist von der Pflicht jährlicher Inventarisierung eine Ausnahme gemacht**, doch eben nur in bezug auf die Inventur, die Bilanz ist auch in diesem Falle jährlich zu ziehen, wie das Gesetz jetzt ausdrücklich hervorhebt. Freilich ist sie dann von geringerem Werte und nicht ohne Schwierigkeit zu fertigen. Doch ist sie möglich. An die Stelle des Sachbefundes auf Grund der Inventur tritt die Bestandaufnahme auf Grund der vorjährigen Inventur, des Lagerbuchs usw. Aber die Inventarisierung aller übrigen Vermögensstücke außer dem Warenlager muß alljährlich erfolgen. — Hat ein Kaufmann, trotzdem es möglich war, nicht alljährlich, sondern nur alle 2 Jahre Inventur gemacht, so ist er gleichwohl nur dann strafbar, wenn dadurch eine unordentliche Buchführung, d. h. eine solche, die keine Übersicht gewährt, entstanden ist (RGSt. 30, 170).

Anm. 6. **Zusatz: Übergangsfrage.** Personen, die vor dem 1. Januar 1900 ein nicht unter § 1 fallendes erhebliches Gewerbe betrieben haben, sich aber nach dem 1. Januar 1900 auf Grund von § 2 (oder § 3 Abs. 2) eintragen lassen, müssen mit der Eintragung eine Eröffnungsinventur und eine Eröffnungsbilanz machen. Denn nunmehr beginnen sie ein Handelsgewerbe. Das gleiche gilt von solchen Gewerbetreibenden, die infolge der teilweisen Änderung in den Kategorien des § 1 am 1. Januar 1900 ohne weiteres Kaufleute geworden sind (übereinstimmend RG. in GoltdA. 48, 365).

§ 40.

§ 40. Die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen.

Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämmtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werthe anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben.

Lit.: Neukamp, Das Dogma von der „Bilanzwahrheit", ZHR. 48, 450 ff..

Einleitung. **Der Paragraph enthält außer der Vorschrift, daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen ist, die Instruktion über den Wertansatz bei Aufstellung der Inventur und Bilanz.**

Anm. 1. I. **Die** (im alten HGB. — Art. 31 — noch nicht enthaltene) **Vorschrift, daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen sei**, ist nicht immer wörtlich zu nehmen. Sie ist dahin auszulegen, daß die Bilanz in der für die Handelsniederlassung des Kaufmanns maßgebenden Währung aufzustellen ist (a. M. Goldmann I 193). Ein Kaufmann in Deutsch-Ostafrika, der seinen Handel auf Grund der dort herrschenden Silberwährung betreibt und seine Bücher in deutschen Rupien führt, kann auch die Bilanz so aufstellen (Simon Bilanzen, 204; a. A. Denzler Filiale, 388). Dagegen ist die Vorschrift auch auf ausländische Firmen zu beziehen, die im Inlande eine Zweigniederlassung haben (anders Düringer-Hachenburg I 155).

Anm. 2. II. **Die Vorschrift über den Wertansatz.** Sie enthält eine Instruktion über den Wertansatz bei der Aufstellung der Inventur und Bilanz. (Für Aktiengesellschaften und AKG. gelten zum Teil abweichende Vorschriften [§§ 261, 320, 413], die mit Absicht nicht verallgemeinert wurden [D. 49]; Beispiel einer Bilanz für Aktiengesf. s. in Anm. 16 zu § 261. — Über die für Versicherungs-Aktiengesellschaften und Versicherungsvereine a. G. geltenden Vorschriften vgl. § 55 des PrivVersG.)

1. **Die Bedeutung dieser Vorschrift** ist die gleiche, die den Vorschriften des Gesetzes über die Buchführung überhaupt zukommt (Einl. zu § 38). Sie ist insofern zwingender Natur, als bei hinzutretendem Vermögensverfall eine durch ihre Nichtbefolgung verursachte Unübersichtlichkeit Strafe nach sich zieht. Gegen das Dogma von der „Bilanzwahrheit" im Sinne der Einstellung der Vermögensstücke zu ihrem wirklichen Werte wendet sich Neukamp

(a. a. O.) mit Recht. Nur insofern darf vom Standpunkte des öffentlichen Rechts die Übersicht nicht beeinträchtigt werden, als das Vermögen durch die unrichtige Bewertung **nicht zu hoch** erscheinen darf, damit keine Täuschung der Gläubiger und keine Selbsttäuschung eintrete (RG. im SächsA. 1, 500). Soweit daher die Übersicht in diesem Sinne beeinträchtigt wird, ist eine Abweichung von der Instruktion unseres Paragraphen einflußlos. Derartige Abweichungen sind durchaus häufig. Insbesondere werden grade von soliden Kaufleuten in durchaus guter Absicht Minderbewertungen und Wertabschreibungen, namentlich auf die Betriebsgegenstände, in einer Höhe vorgenommen, welche die wahre Wertverminderung übersteigen. Die D. (50) erwähnt diese weit verbreitete, zur Stärkung der wirtschaftlichen Grundlagen des Betriebs dienende Handelssitte und findet keinen Anlaß, ihr entgegenzuwirken. Demgemäß enthalten denn auch Gesellschaftsverträge oft bestimmte Abreden über Bilanzansätze, z. B. über einen Prozentsatz bei den Jahresabschreibungen (RG. in JW. 02, 590[14]). Solche Abreden sind gültig, soweit sie nicht gegen das öffentliche Recht verstoßen, d. h. die Übersicht über den Vermögensstand in dem eben gedachten Sinne nicht beeinträchtigen (vgl. RG. im SächsA. 1, 499; unzutreffend Makower I 217). Ungültig aber, soweit sie dagegen verstoßen, d. h. dahin gehen, daß Ansätze über den wahren Wert in die Bilanz aufgenommen werden (§ 134 BGB.; Neukamp 472). Ohne Abrede sind Ansätze unter dem Wert, willkürliche Abschreibungen auch überall dort unbeachtlich, wo Rechte Dritter in Frage kommen; so z. B. wenn es sich um die Berechnung des Gewinnanteils des stillen Gesellschafters handelt, oder um die Auseinandersetzung von Gesellschaftern. § 40.

Kurz zusammenfassend kann man sagen: Minderbewertungen sind vom Standpunkte des öffentlichen Rechts gestattet, vom Standpunkte des privaten Rechts mit Zustimmung der Beteiligten, ohne ihre Zustimmung nicht (vgl. auch hinsichtlich der Aktiengesellschaften Anm. 1 u. 4 ff. zu § 261).

2. **Mit dem Wertbegriff**, den das Gesetz im Auge hat, ist der **objektive Wert** gemeint, den die Vermögensstücke **für das Geschäft** haben (zust. Goldmann I 194), nicht der Wert, wie er sich insgemein bei einer augenblicklichen Zwangsversilberung stellen würde (zust. RG. 43, 127 und bei Bolze 20 Nr. 574), aber auch nicht der auf rein subjektiven Erwägungen oder auf rein subjektiven Eigenschaften des Geschäftsinhabers beruhende. Es darf auch der Ertrag des Geschäfts nicht berücksichtigt werden; die Gegenstände dürfen nicht deswegen, weil sie in einem gut gehenden Geschäft benutzt werden, zu einem höheren, als dem obigen Wert, angesetzt werden (RG. in Gruchot 44, 158). Der objektive Wert für das Geschäft ist es auch, den das ROHG. im Sinne hat, wenn es in seiner Entscheidung 12, 19 sagt: „Der Bilanz liegt die Idee einer fingierten augenblicklichen Realisierung sämtlicher Aktiva und Passiva zugrunde, wobei jedoch davon ausgegangen werden muß, daß in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern vielmehr der Fortbestand des Geschäfts beabsichtigt wird, und daß daher bei der Ermittelung und Feststellung der einzelnen Werte derjenige Einfluß unberücksichtigt zu lassen ist, welchen eine Liquidation auf dieselben ausüben würde." Simon (Bilanzen 297) erblickt in diesem Ausspruche zu Unrecht einen unlöslichen Widerspruch (gegen Simon auch Düringer-Hachenburg I 156 und Goldmann I 194). Anm. 3.

Der Wert, den hiermit das ROHG. zutreffend zugrunde legt (zust. RG. 19, 122), dürfte zum Unterschiede von den anderen in Frage kommenden Wertbegriffen: dem individuellen Wert einerseits, dem gemeinen Versilberungswert andererseits, passend als der **Geschäftswert** der Vermögensbestandteile bezeichnet werden (etwas abweichend Lehmann-Ring Nr. 4).

Nicht der Wert zur Zeit der Aufnahme, sondern der Wert zur Zeit, **für welchen** die Aufnahme gilt, ist maßgebend, wie das Gesetz jetzt deutlich sagt.

3. **Für die Einstellung in die Aktiva ist nicht der Abschluß des betreffenden Geschäfts und auch nicht die juristische Eigentumsfrage das entscheidende Moment**, sondern die tatsächliche Frage, ob eine Sache nach kaufmännischen Anschauungen als zum Vermögen des Buchführers gehörig anzusehen ist (vgl. auch Anm. 28 zu § 261). Ein- und Ausgang werden gebucht (Simon 150 ff.). Wird z. B. ein Kauf auf Zeit abgeschlossen, so wird über den Anm. 4.

§ 40. Kauf selbst in den eigentlichen Handelsbüchern nichts vermerkt (höchstens in den Hilfsbüchern, s. Anm. 8). Erst wenn die Ware geliefert oder bezahlt wird, geschieht eine Buchung. Der Lieferant bucht nämlich den Ausgang, wenn er die Ware absendet, obwohl in diesem Augenblicke das Eigentum noch nicht auf den Besteller übergeht (§§ 447, 269, 929 BGB.); der Besteller bucht den Eingang aber erst, wenn sie ihm abgeliefert ist und er sie geprüft und genehmigt hat, nicht schon in dem Augenblicke, wo er (etwa durch die Faktura) die Nachricht von der Absendung erhält. Dieser Augenblick kann für ihn nicht entscheiden, weil der Verkäufer bis dahin noch die Dispositionsbefugnis hat (§ 433) und der Käufer überdies bis dahin nicht weiß, ob die Ware die vertragsmäßigen Eigenschaften hat. Es ist jedoch nicht die Eigentumsfrage, die für diese seine Buchung entscheidend ist. So war z. B. im preußischen Recht nach § 128 I 11 ALR. der Käufer Eigentümer geworden durch die Absendung der Ware, und doch wurde in gleicher Weise verfahren. Ebenso wird eine Geldsendung vom Absender gebucht mit der Absendung, vom Empfänger erst mit dem Empfange. Das Eigentum entscheidet hier überall nicht, sondern nur der kaufmännische Begriff: Eingang und Ausgang. — Bei der Einkaufskommission ist das vom Kaufmann als Einkaufskommissionär erworbene Gut juristisch sein Eigentum, bilanzmäßig fremdes Vermögen (Simon 154).

Anm. 5. Als Aktiva können gebucht werden **alle Gegenstände, die Gegenstand des Rechtsverkehrs sind**, nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte, aber nicht bloß diese, sondern auch rein wirtschaftliche Güter: ungeschützte Fabrikationsgeheimnisse, das Firmenrecht, die Kundschaft. Indes sind folgende Maßgaben zu beachten. Sachen können stets gebucht werden; Rechte nur dann, wenn zu ihrer Erlangung eine Aufwendung gemacht ist, sei es, daß sie von einem Dritten erworben, sei es, daß zu ihrer Erlangung sonst Aufwendungen notwendig waren, z. B. die Experimentierkosten, die Auslagen für Modelle bei einem Patente und ähnl. (ebenso RG. bei Holdheim 13, 159). Wenn gegen eine einmalige Leistung ein Mietrecht oder Pachtrecht oder Nießbrauchsrecht erworben wird, steht nichts entgegen, das so erworbene Recht als Aktivum einzustellen (s. a. Anm. 8). Rein wirtschaftliche Güter endlich sind nur dann als Aktiva zu buchen, wenn man sie von einem Dritten erwirbt. Kein Einzelkaufmann könnte z. B. seine Firma oder seine Kundschaft plötzlich als Aktivum einstellen, obwohl er Aufwendungen gemacht hat, um sie auf den jetzigen Wertstand zu bringen, wohl aber, wenn er ein Geschäft mit Firma oder Kundschaft erwirbt (übereinstimmend RG. in JW. 01, 653[12]). Willkürliche Abschreibungen braucht sich ein Dritter, der an der Gestaltung der Bilanz interessiert ist, nicht gefallen zu lassen (RG. a. a. O.); aber als willkürliche Abschreibung ist es nicht zu betrachten, wenn nach und nach Abschreibungen erfolgen, welche der Erwägung entsprechen, daß der Wert der erworbenen Firma immer weniger auf der früheren geschäftlichen Tätigkeit des Veräußerers, als vielmehr auf der fortgesetzten Tätigkeit des Firmenerwerbers ruht.

Hiernach sind, um es kurz zusammenzufassen, in die Aktiva einzustellen: bewegliche und unbewegliche Sachen; Rechte, sofern für sie Aufwendungen gemacht sind; rein wirtschaftliche Güter, sofern sie gegen Entgelt von Dritten erworben wurden. Bloße Arbeitskraft und Arbeitspflicht ist kein Aktivum (Simon 173; Behrend I 746). — Vgl. a. Anm. 10 zu § 261 hinsichtlich der Aktiengesellschaften.

Anm. 6. 4. **Für die einzelnen Vermögensbestandteile** gilt unter Zugrundelegung des in Anm. 3 erörterten Wertbegriffes folgendes:

a) **Forderungen** sind nach ihrem gegenwärtigen Werte anzusetzen. Ausländische unter Berücksichtigung des Kursstandes der auswärtigen Währung, betagte unter Berechnung des Zwischenzinses (trotz Petersen-Pechmann, Aktiengesetz 533), alle aber unter Berücksichtigung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners und der sonstigen Aussichten der Realisierung: der Prozeßlage bei einer eingeklagten Forderung, der Möglichkeit der Verfolgung bei ausländischen Schuldnern usw. (ROHG. 12, 17). Verjährte Forderungen sind nicht, wie Gareis-Fuchsberger (133 Note 50), Allfeld (214), Lehmann-Ring (Nr. 6) wollen, unbedingt als uneinbringliche aufzunehmen, denn die Verjährung beseitigt den Anspruch nur, wenn sie

als Einwand geltend gemacht wird. Ehrenhafte Leute pflegen aber diesen Einwand nicht zu erheben, wenn sie an sich den Anspruch anerkennen müssen; nach den größeren oder geringeren Aussichten in dieser Hinsicht ist der Wert der verjährten Forderung abzuschätzen. Auch allgemeine Erwägungen, aus denen sich die Gefahr von Verlusten ergibt, dürfen nicht einflußlos bleiben (RG. 22, 164). Die Buchung kann in allen Fällen, in denen die Forderung nicht als vollwertig geschätzt wird, entweder so erfolgen, daß der wahre Wert der Forderung ins Aktivum oder auch so, daß der Nennbetrag ins Aktivum und die Differenz zwischen Nennbetrag und wahrem Werte ins Passivum gestellt wird (Delkrederekonto). § 40.

Über die Behandlung klagloser Differenzgeschäfte in der Bilanz vgl. Anm. 17 zu § 261.

b) Auch für Schulden ist der wirkliche Wert, der sich mit dem Nennwerte nicht zu decken braucht, einzustellen, wie das Gesetz jetzt ausdrücklich vorschreibt. Daraus folgt, daß selbstverständlich auch Gefälligkeitsverbindlichkeiten jeder Art, insbesondere auch Gefälligkeitswechsel, nicht außer Ansatz bleiben dürfen, aber ebensowenig andere Verbindlichkeiten mit solidarischer oder eventueller Haftung. Es kann aber andererseits die Mithaftung von Solidarverpflichteten oder gar Prinzipalverpflichteten, sowie das Vorhandensein von Regreßansprüchen bei der Schätzung nicht ohne Einfluß bleiben (zust. Düringer-Hachenburg I 158). Ein als Zahlung erhaltener und mit Giro weiter gegebener Wechsel wird regelmäßig nicht zu buchen sein, weil der Haftung auf der einen Seite das Regreßrecht auf der andern gegenübersteht. Das wird anders, sobald letzteres fraglich wird. Verkauft ein Kaufmann sein Grundstück, auf dem eine Hypothek von 50000 Mark haftet, die aber durch den Wert des Grundstücks gedeckt ist, und übernimmt der Erwerber diese Hypothek, so wird der Veräußerer, obwohl er weiter haftet, diese Schuld unter seine Passiven nicht aufzunehmen haben (Simon, Bilanzen 108). Anm. 7.

Betagte Verbindlichkeiten sind nach ihrem zeitigen Werte zu buchen, Obligationen insbesondere nicht unbedingt zum Rückzahlungsbetrage. Beträgt dieser mehr als der Emissionskurs, so bildet der Unterschied einen Teil der Vergütung für die Kapitalsnutzung; dieser Unterschied ist auf die einzelnen Jahre zu verteilen. Ist z. B. der Rückzahlungskurs 100% und der Emissionskurs unter Pari, so verfährt die Praxis richtig so, daß sie den Paribetrag in die Passiva und die Differenz der beiden Obligationsbeträge als Disagiokonto in die Aktiva stellt. Entsprechend wird zu verfahren sein bei Emission zu Pari und Rückzahlung über Pari. Ein solcher Aktivposten ist zulässig, wenn er auch kein wahres Aktivum darstellt, sondern nur einen Bewertungsposten bildet, einen Korrektivposten gegen ein zu hoch angesetztes Passivum (Simon 429 ff.). Es kann freilich überall dasselbe Ergebnis dadurch erreicht werden, daß die Obligation zu dem wirklich gefundenen Werte eingestellt wird (Förtsch 452). Das HypBankG. v. 13. 7. 99 hat hinsichtlich der Hypothekenpfandbriefe besondere Bestimmungen getroffen (vgl. namentlich die §§ 25, 26).

Unter den Passiven ist auch die Einlage des stillen Gesellschafters zu buchen (Anm. 1 zu § 39), ebenso auch die in das Eigentum des Geschäftsinhabers übergegangene Barmitgift der Ehefrau. Nicht aber ist, was Kaufleute oft unrichtig buchen, bei einer o. H. G. die Barmitgift, die der eine Gesellschafter bei seiner Verheiratung erhält und in die Geschäftskasse legt, zu den Passiven der Gesellschaft derart zu rechnen, daß die Frau dafür erkannt wird; vielmehr ist in solchem Falle Schuldner der Frau ihr Ehemann, während dem Geschäfte gegenüber das Geld die Erhöhung der Einlage des verheirateten Gesellschafters bildet, was besonders im Konkursfalle einen wesentlichen Unterschied macht. Nur dann kann die Frau erkannt werden, wenn sie wirklich Gläubigerin werden sollte, wenn sie etwa das Geld als Darlehn der Gesellschaft gegeben hat.

c) Für schwebende Rechtsverhältnisse (Rechte und Verbindlichkeiten) gilt folgendes. Rechtsanspruch und Buchforderung decken sich nicht immer, ebenso nicht immer rechtliche Verpflichtung und Buchschuld, weil nach der Natur der Buchführung im allgemeinen nur Ein- und Ausgänge gebucht werden. Nicht die Verträge als solche werden eingetragen, wenigstens nicht in Anm. 8.

§ 40. die allgemein gebräuchlichen Handlungsbücher, allenfalls in Hilfsbücher zur Unterstützung des Gedächtnisses (vgl. z. B. das Verkaufs-Brouillon in der Entscheidung des ROHG. 9, 119), vielmehr werden sie für die Buchführung erst erheblich, wenn von einer Seite erfüllt wird, wenn die Ware geliefert oder der Preis gezahlt wird (s. a. Anm. 4). So werden z. B. auch die Gehaltsansprüche der Angestellten und die Mietsverpflichtungen aus auf längere Zeit abgeschlossenen Verträgen nur insoweit als Passiva gebucht, als sie etwa rückständig sind. Soweit sie sich auf die Zukunft beziehen, wird davon ausgegangen, daß der Verpflichtung das Recht als gleichwertiger Faktor gegenübersteht, wodurch beide sich ausgleichen und für die Buchung nichts übrig bleibt (über die Buchung von Mietsrechten usw. als Aktiva s. Anm. 5). Indessen werden schwebende Rechtsverhältnisse nicht immer außer acht zu lassen sein, sie können durch ihre Eigenart schon jetzt einen der Buchung werten greifbaren Vorteil oder umgekehrt eine Last des Geschäfts darstellen, und können alsdann entsprechend gebucht werden und in der Bilanz erscheinen. Es kommt vor allem auf die Verhältnisse des Falles an und auf die Frage, ob nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung eine Buchung am Platze ist (ROHG. 24, 71: Lieferungsverträge; Lizenzverträge). Besonders bei Auseinandersetzungen wird dieser Gesichtspunkt eine Rolle spielen. In einem solchen Falle hat das eben zitierte Urteil die Buchung zugelassen. In regelmäßigen Fällen, wo es sich nicht um Veräußerung des Geschäfts oder Auseinandersetzung handelt, sondern um Weiterbetrieb durch denselben Inhaber erfolgt allerdings eine solche Buchung nicht (so mit Recht Makower I 82). Aber bei der Auseinandersetzung kommt es darauf an, einen Saldo zu finden, der dem gegenwärtigen Stande der gesamten Vermögenslage möglichst nahe kommt. Das kann nur geschehen, wenn auch die laufenden Abschlüsse mit in den Kreis der Betrachtung gezogen werden, soweit nach menschlicher Berechnung das Ergebnis ihrer Abwicklung sich voraussehen läßt (vgl. auch Anm. 17 zu § 261).

Anm. 9. d) **Bewegliche und unbewegliche Gegenstände** kommen zu dem Geschäftswert zum Ansatz, wie er in Anm. 3 erläutert ist. Er braucht sich mit dem Erwerbswert keineswegs zu decken, kann durch Verbesserung höher oder durch Wertverminderung niedriger als dieser sein. Bei Verkaufsgegenständen deckt er sich mit dem gegenwärtigen Markt- oder Börsenpreise, sofern ein solcher vorhanden ist, sonst mit dem anderweit zu ermittelnden objektiven Verkaufswerte (ROHG. 12, 18; RG. 19, 119). Üblich sind, besonders bei dauernden Anlagen, periodische Abschreibungen nach Prozenten. Gegen sie ist nichts einzuwenden, solange sie der wahren Wertminderung mindestens gleichkommen. Für die Aktiengesellschaften gelten Sonderbestimmungen (§ 261), die aber nicht auf alle Kaufleute auszudehnen sind (D. 49).

§ 41.

§ 41. Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind sie zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

Der Paragraph enthält Formalvorschriften über Inventur und Bilanz.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Vorschrift der Unterzeichnung** und zwar durch den Prinzipal selbst. Eine Vertretung gibt es in dieser Hinsicht nicht, auch nicht durch den Prokuristen. Bei Handelsgesellschaften müssen alle Gesellschafter unterschreiben. Das ist ihre öffentlich-rechtliche Pflicht, aber auch ihre privatrechtliche Befugnis und ihre privatrechtliche Pflicht gegenüber den anderen Gesellschaftern. Dieses Recht und diese Pflicht können prozessualisch geltend gemacht werden (BuschA. 7, 349). Die Pflicht insbesondere anlangend, so setzt sie Richtigkeit der Inventur und Bilanz voraus. Doch wird man bei Verweigerung der Unterschrift eine Be-

mängelung im einzelnen verlangen können; der Prozeß bewegt sich dann nur um die Richtigkeit. Die Anerkennung der Bilanz ist wichtig wegen der Gewinnverteilung im Bilanzjahre und in späteren Jahren, da auf die Unrichtigkeit einer einzelnen Position einer anerkannten Bilanz später nicht zurückgekommen werden kann, dies deshalb nicht, weil die Anerkennung der Bilanz Vertragsnatur hat (Bolze 12 Nr. 503). Die Anfechtung der Bilanz aus allgemeinen Gründen (wesentlichem Irrtum, Betrug usw.) ist natürlich, wie bei allen Verträgen zulässig (RG. in JW. 03, 28 [28]). Auch der ausgeschiedene Gesellschafter muß die in die Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft fallende Bilanz unterschreiben. Bei der Aktiengesellschaft müssen alle Vorstandsmitglieder, bei der Kommanditgesellschaft und bei der KAG. alle Komplementare unterschreiben (vgl. auch Anm. 10 zu § 239). § 41.

Doch ist die Unterschrift nicht derart wesentlich, daß ohne sie die Bilanz als nicht vorhanden anzusehen wäre. Ob sie gleichwohl als gezogen zu betrachten ist, entscheiden die Umstände bei ihrer Aufstellung (RGSt. 7, 89; 8, 425; RG. in JW. 98, 438 [16]).

2. (Abs. 2.) Die hier gestattete gesonderte Aufstellung der Bilanz bezweckt die Möglichkeit der Versendung an zerstreut wohnende Gesellschafter. Dauer der Aufbewahrung? § 44. Anm. 2.

§ 42.

Unberührt bleibt bei einem Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes die Befugniß der Verwaltung, die Rechnungsabschlüsse in einer von den Vorschriften der §§ 39 bis 41 abweichenden Weise vorzunehmen. § 42.

Der vorliegende Paragraph gibt eine erleichternde Ausnahmevorschrift für die Rechnungsabschlüsse gewisser öffentlicher Korporationen.

1. Die Ausnahmevorschrift bezieht sich nur auf die Rechnungsabschlüsse, d. h. die Inventur und die Bilanz. Im übrigen gelten die Vorschriften dieses Abschnitts. Hinsichtlich der Bücher bedurfte es einer Ausnahmevorschrift nicht, weil für die Handelsbücher nur die allgemeine Vorschrift gilt, daß sie nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Buchführung zu führen sind. Was darunter zu verstehen ist, entscheidet im Einzelfall die Art und der Umfang des Geschäfts. Die von einer Behörde geführten Bücher werden in Anbetracht des behördlichen Charakters des Buchführers genügen; ihre Buchführung, die sog. kameralistische, unterscheidet sich meist von der kaufmännischen. Auch die Rechnungsabschlüsse müssen jedenfalls die Ergebnisse des Betriebs für das Berichtsjahr in klarer Weise ergeben. Anm. 1.
2. Nur das Reich, die Bundesstaaten und inländische Kommunalverbände sind in dieser Weise bevorrechtet; welche Behörden dazu gehören, darüber s. Einl. zu § 36. Anm. 2.
3. Die Bücher und die Rechnungsabschlüsse brauchen sich nicht auf das ganze Vermögen des Staats oder des Kommunalverbandes zu beziehen — das kann die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein —, sondern nur auf das betreffende Handelsgewerbe (Laband in DJZ. 98, 394). Anm. 3.
4. Wie steht es mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit? Diese ist mit der staatsrechtlichen Stellung der gesetzlichen Vertreter der hier in Frage kommenden öffentlichen Korporationen nicht vereinbar und fällt hier fort. Hoffentlich wird aber die Frage überhaupt niemals praktisch werden. Anm. 4.

§ 43.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen. § 43.

Die Bücher sollen gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

§ 43. **An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittelst Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, auch dürfen solche Veränderungen nicht vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.**

Der Paragraph bestimmt **die äußere Form der Handelsbücher**; er gibt Ordnungsvorschriften (vgl. Anm. 5).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) Die Handelsbücher und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen müssen in einer lebenden Sprache und mit den Schriftzeichen einer solchen abgefaßt sein.

In einer lebenden Sprache, also nicht bloß in deutscher Sprache, aber, wie anzunehmen ist, auch nicht in jeder lebenden Sprache (so Goldmann I 200), sondern nur in einer solchen, die dem allgemeinen Zwecke der Handelsbücher, eine Vermögensübersicht auch für Dritte zu gewähren, nicht als absolutes Hindernis entgegensteht. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß jede durch erreichbare Dolmetscher zu übertragende lebende Sprache gewählt werden kann. Die hebräische Sprache darf als ausgeschlossen gelten (P. 48; Hahn § 1 zu Art. 32); doch dürfte durch Blau (ArchBürgR. 23, 177) dargetan sein, daß es eine lebende Sprache ist. Das gleiche muß von der altgriechischen und lateinischen Sprache gelten.

Die **Schriftzeichen** einer lebenden Sprache sind diejenigen, in denen diese Sprache gebräuchlicher Weise niedergeschrieben wird. Also z. B. für die deutsche auch die für sie häufig angewandten lateinischen Lettern (Cwiklinski bei Gruchot 26, 389). Als ausgeschlossen ist auch hier die jüdisch-deutsche, sogenannte Rabbinerschrift, d. h. diejenige Schrift, welche in hebräisch gezogenen Lettern die deutschen Worte wiedergibt, zu erachten. Die **Stenographie wird** nicht genügen; nicht deshalb, weil sie eine Abkürzung von Schriftzeichen ist, wie Düringer-Hachenburg (I 161) annehmen — denn das trifft nicht zu, die Stenographie kürzt nicht ab, sondern sie schreibt kurz, vermöge besonderer Regeln, die eine kürzere Schreibart ermöglichen —, sondern deshalb, weil sie nicht das ist, was der Gesetzgeber unter den Schriftzeichen einer lebenden Sprache versteht. Anders Puchelt-Förtsch zu Art. 32 Nr. 2 und Margoninsky (in DIZ. 99, 356). Letzterer will die stenographischen Schriftzeichen zulassen, weil sie durch Sachverständige jederzeit entziffert werden können. Allein unter den Schriftzeichen einer lebenden Sprache kann man füglich nur solche verstehen, die allgemein üblich sind. Das sind „die" Schriftzeichen der Sprache. So lange die Stenographie nicht in allgemeiner Anwendung ist, können ihre Zeichen nicht als „die" Schriftzeichen der betreffenden Sprache gelten. Alles von den Schriftzeichen Gesagte bezieht sich auch auf die Abschrift der abgesendeten Handelsbriefe, da sie zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" gehören. — Über die Wahl der Ziffern ist ebenfalls nichts gesagt. Es können sowohl die arabischen, als auch die römischen Ziffern gebraucht werden. Desgleichen ist die Währung dem Kaufmann freigestellt, nur die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen (§ 40).

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Die Bücher sollen gebunden und foliiert oder paginiert sein.** Die frühere Mußvorschrift ist beseitigt. Wenn also sonst ordnungsmäßige Bücher eine Übersicht gewähren, so kann deshalb keine Bestrafung erfolgen, weil sie nicht gebunden sind. **Lose Zettel**, selbst wenn sie, wie bei den Buchhändlern die fliegenden Konti, üblich sind, sind nicht zulässig (RGSt. 17, 301). Denn sie stellen keine ordnungsmäßige Buchführung dar.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) Regelwidrige Lücken und Unleserlichmachung von ursprünglichen Eintragungen sind unzulässig. Rasuren sind unbedingt verboten (abweichend 6./7. Aufl.). An sich sind Korrekturen nicht verboten, nur die Leserlichkeit dürfen sie nicht beeinträchtigen. Zwischen den verschiedenen Abteilungen eines Buches darf ein Zwischenraum gelassen werden (ROHG. 18, 233).

Anm. 4. 4. Der Gebrauch der Tinte ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Daher können auch Bleistiftaufzeichnungen gemacht werden, soweit sie keine Unübersichtlichkeit erzeugen (ROHG. 18, 231).

Zusatz. Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften, über die dieser Paragraph nichts sagt, **schwächen** einmal die Beweiskraft — in welchem Maße entscheidet der einzelne Fall, vgl. Erl. zu § 47 —, sie können aber auch so erheblich sein, daß sie den Tatbestand der unordentlichen Buchführung im strafrechtlichem Sinne ausmachen (RGSt. 17, 302); sie können endlich unter Umständen auch den Tatbestand einer Urkundenfälschung bilden (RGSt. 4, 4). § 43. Anm. 5.

§ 44.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher bis zum Ablaufe von zehn Jahren, von dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren. § 44.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe und der Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

Der Paragraph regelt die **Aufbewahrungspflicht.**

1. Sie **dauert** 10 Jahre: bei Handelsbüchern, datierend vom Tage der letzten Eintragung, bei Handelsbriefen, wie angenommen werden muß, vom Tage des Eingangs oder Ausgangs eines jeden Briefes, bei Bilanzen vom Tage der Aufstellung (Delius in ZHR. 46, 53). Die Frist läuft für jedes Buch und für jeden Brief besonders. Bei einer o. H. G. beginnt die Frist nicht etwa mit der Beendigung der Liquidation, vielmehr sind auch hier diese Fristen maßgebend (Delius a. a. O.). Näheres über die Aufbewahrung in diesem Falle zu § 157, und über die Aufbewahrung bei Aktiengesellschaften in Liquidation zu § 302 Abs. 2. Anm. 1.
2. Sie ist zu erfüllen auch **nach aufgelöstem Handelsgeschäft.** Anm. 2.
3. **Vernichtung** der **Handelsbücher** (nicht der Korrespondenzen) vor der Zeit führt bei hinzutretendem Vermögensverfall **Bestrafung** herbei (§§ 239, 240 KO.). — Vgl. auch § 9 des DepG. Anm. 3.
4. Auf **Belege** (Fakturen, Wechsel, Quittungen) findet die Aufbewahrungsvorschrift keine Anwendung (P. 49 u. 936; Puchelt-Förtsch Anm. 4 zu Art. 33; Hahn § 1 zu Art. 33). Anm. 4.
5. Der **Ablauf** der Frist befreit nicht von der Pflicht zur Vorlegung der noch vorhandenen Bücher (vgl. Anm. 3 zu § 45). Anm. 5.

§ 45.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen. § 45.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt.

Der vorliegende Paragraph regelt die Editionspflicht hinsichtlich der Handelsbücher.

1. **Das Editionsrecht der CPO. bleibt daneben bestehen.** Das bringt Abs. 2 unseres Paragraphen deutlich zum Ausdruck. Das Editionsrecht der CPO. ist im § 422 CPO. enthalten. Dieser lautet: Anm. 1.

   Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.

   Zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche diese prozessuale Vorschrift im Auge hat, gehört insbesondere § 810 BGB. Dieser lautet:

   Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist, oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

§ 45. Außerdem gehören dazu die Vorschriften, vermöge deren auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses (Eigentum, § 952 BGB.; Auftrag, Geschäftsführung, Gesellschaft, Errungenschaftsgemeinschaft [RG. 50, 337] usw.) die Vorlage der Urkunde verlangt werden kann.

Was insbesondere den § 810 BGB. betrifft, so ist schon nach dem bisherigen Recht angenommen worden, daß die Handelsbücher nicht allgemein und gegenüber jedermann eine gemeinschaftliche Urkunde sind, wohl aber sind sie es insoweit, als der einzelne Eintrag ein zwischen dem Kaufmann und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet (RG. 20, 45). Beispiele: Die Handelsbücher des Geschäftsherrn beurkunden, indem sie die provisionspflichtigen Geschäfte beurkunden, nicht Rechtsverhältnisse, die zwischen ihm und dem Kommissionär oder dem Agenten gemeinschaftlich sind (vgl. die Erl. zu § 91). Dagegen hat der Bürge für den Beweis der Zahlung des Hauptschuldners Anspruch auf Vorlegung der Handelsbücher des Gläubigers, da § 810 dem Hauptschuldner für den Beweis der Zahlung zur Seite steht und der gleiche Rechtsbehelf daher auch dem Bürgen gewährt werden muß (RG. 56, 112). — Wegen des commis interessé vgl. § 65 Anm. 5f.

Anm. 2. 2. **Das Editionsrecht des vorliegenden Paragraphen unterscheidet sich ganz erheblich von dem Editionsrecht der CPO.**

a) **Einerseits geht es weit über das Editionsrecht der CPO. hinaus.** Denn auch ohne ein Recht auf Vorlegung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts kann sie nach unserem Paragraphen beantragt und bewilligt werden. Ja der Richter kann auch von Amts wegen ganz nach seinem Ermessen (RG. im SächsA. 14, 90) die Vorlegung anordnen.

Dadurch sollte aber nicht eine Abweichung von den Regeln der Beweislast begründet werden, sondern nur eine Abweichung von den Regeln über die Beweismittel. Nur dann, wenn bestimmte Behauptungen aufgestellt und der Richter sie für ausreichend substantiiert und erheblich hält, darf er von dem freien Ermessen des vorliegenden Paragraphen Gebrauch machen und die Vorlegung der Handelsbücher auch dort anordnen, wo nach bürgerlichem Recht ein Recht auf Vorlegung nicht besteht und ohne daß die Partei sich auf dieses Beweismittel beruft. Dagegen darf das hier dem Richter gegebene Recht nicht dazu dienen, zu einer Durchmusterung der Bücher zu führen, um dem Gegner Material zur näheren Begründung seiner Behauptung zu geben (vgl. RG. in JW. 96, 699[34] u. 02, 545[19]).

Das Gericht kann sich auch mit einem vorgelegten Buchauszuge und einem notariellen Zeugnis begnügen und von der Vorlegung der Bücher selbst, z. B. mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Vorlegung der an einem entfernten Orte befindlichen Bücher, Abstand nehmen RG. 15, 379).

Anm. 3. b) **Andererseits haften dem Editionsrecht unseres Paragraphen erhebliche Beschränkungen an.**

α) Einmal bezieht es sich nur auf diejenigen Bücher, die ein Vollkaufmann führt. Der Editionsberechtigte braucht allerdings kein Kaufmann zu sein, aber der Editionsverpflichtete. Zum Beweise der streitigen Kaufmannseigenschaft kann der § 45 Abs. 1 nicht verwendet werden, weil er voraussetzt, daß diese feststeht, denn er handelt, wie der ganze Abschnitt 4, von der Vorlegung der Handelsbücher; zu diesem Beweise bedarf es eines Editionsantrages nach der CPO. mit gehöriger Begründung. Die vom Vollkaufmann geführten Bücher sind auch dann vorzulegen, wenn es sich um Bücher handelt, deren Führung über seine gesetzliche Pflicht hinausgeht (vgl. ROHG. 2, 130). Dagegen unterliegen dieser Vorlegungspflicht nicht die Minderkaufleute (übereinst. RG. in JW. 03, 421[7]) oder sonstige Gewerbetreibende, z. B. auch solche nicht, die unter § 2 fallen, die aber noch nicht eingetragen sind. Wohl aber unterliegen ihr die Personen, die gemäß § 5 als Vollkaufleute gelten. Sie mögen strafrechtlich für unterlassene Buchführung nicht verantwortlich sein (Anm. 4 zu § 5). Hier ist ihre zivilrechtliche Stellung im Rechtsverkehr in Frage, und in dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß sie die Folgen ihres kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr über sich ergehen lassen müssen. Das gleiche gilt von denen, die in anderer Weise, als durch Eintragung, im Rechtsverkehr kaufmännisch auftreten (Erl. zu § 5).

β) **Ferner bezieht es sich nur auf Handelsbücher, nicht auch auf Handelsbriefe, weder auf eingehende, noch auch auf ausgehende.** Die Handelsbriefe, auch wenn sie wohlgeordnet aufbewahrt und zusammengeheftet werden, sind kein Handelsbuch, auch das Kopierbuch gilt jetzt nicht mehr als solches (Anm. 7 zu § 38). **§ 45.** Anm. 4.

γ) **Endlich aber bezieht es sich nur auf Handelssachen,** d. h. auf diejenigen Rechtssachen, in denen Rechtsverhältnisse verhandelt werden, welche das HGB. regelt (Allgemeine Einleitung Anm. 5). Dabei ist es, wenn die betreffende Sache eine im HGB. geregelte Materie, ein im HGB. wurzelndes Rechtsverhältnis betrifft, natürlich gleichgültig, ob zur Ergänzung andere Rechtsquellen (BGB., andere Reichsgesetze, auch Landesgesetze, Gewohnheitsrecht) herangezogen werden müssen, und sich der Streit nur um diese Punkte bewegt. Düringer-Hachenburg (I 162) sagen das Gegenteil (im Ergebnis übereinst. Siegel, die Vorlegung von Urkunden im Prozesse, Jena 04, 98 ff.). Sie finden, daß die hier vertretene Meinung jetzt wenigstens im Gesetze keinen Anhalt habe. Allein dieser Anhalt liegt darin, daß das HGB. gar nicht beabsichtigt haben kann, dem Vollkaufmann auch in reinen Familienprozessen oder in einem Prozesse, den er nach Einstellung des Gewerbebetriebs aus einem Rechtsverhältnisse führt, das mit seinem Gewerbebetrieb außer allem Zusammenhange steht, die Verpflichtung aufzuerlegen, seine Handelsbücher dem Gegner zu offenbaren. Das HGB. will lediglich die Handelssachen regeln. Anm. 5.

3. **Die Folgen der Nichterfüllung der Editionspflicht** sind im Falle zu 1 durch § 427 CPO. geregelt: Anm. 6.

> Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen . . ., nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.

Bezieht sich dieser Paragraph auch auf die Nichtbefolgung der Vorlegungspflicht nach unserem § 45 HGB.? Wir möchten dies bejahen, da der vorliegenden Vorschrift die der CPO. als Muster gedient hat. Es sollte dem juristischen Wesen und den rechtlichen Folgen nach die gleiche Pflicht ausgesprochen werden; nur die Voraussetzungen und der Umfang der Pflicht sollten verschieden sein.

4. **Über die Beweiskraft der Handelsbücher** s. Erl. zu § 47. Anm. 7.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Vorschrift bezieht sich auch auf alle am 1. Januar 1900 anhängig gewesenen Streitigkeiten. Die Kopierbücher, die vor dem 1. Januar 1900 geführt wurden, sind in anhängigen Prozessen als Handelsbücher zu betrachten, da sie es früher waren. Anm. 8.

§ 46.

Werden in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt, so ist von ihrem Inhalte, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeignetenfalls ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offen zu legen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist. **§ 46.**

Der vorliegende Paragraph ordnet an, in welcher Weise von dem Beweismittel der vorgelegten Handelsbücher Gebrauch zu machen ist. Er bezweckt, den Vorlegenden möglichst davor zu schützen, daß der Prozeßgegner unnötig Einblick in seine Geschäftsverhältnisse gewinnt. Einleitung.

1. **Die Vorschrift bezieht sich auf alle Fälle,** in denen die Vorlegung von Handelsbüchern erfolgt, also nicht bloß auf die gemäß § 45 Abs. 1, sondern auch auf die in Gemäßheit des *bürgerlichen Rechts* angeordnete Vorlegung. Anm. 1.

2. **Von dem Inhalt der Bücher, soweit er den Streitpunkt betrifft,** ist unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen. Der übrige Inhalt ist nur dem Gericht, nicht auch dem Prozeßgegner offen zu legen, und auch dem Gericht nur, soweit es zur Prüfung der ordnungs- Anm. 2.

§ 46. mäßigen Führung der Bücher notwendig ist. Geht dies schon aus den Teilen hervor, die den Streitpunkt enthalten, so kann die Vorlegung der übrigen Handelsbücher verweigert werden. Das Gericht kann zu seiner Beihilfe Sachverständige zuziehen (ROHG. 7, 75); diesen sind die Bücher in dem gleichen Umfange vorzulegen, wie dem Gericht.

Anm. 3. 3. **Die Stelle in den Büchern, auf die es ankommt, hat die beweispflichtige Partei anzugeben** (RG. 1, 424). Gleichwohl wird man ihr auch zu diesem Zwecke nicht gestatten können, die Bücher einer allgemeinen Durchmusterung zu unterziehen. Vielmehr wird man jene Angabepflicht möglichst allgemein auffassen und sich damit begnügen müssen, daß die beweispflichtige Partei die Stelle bezeichnet, an der bei einer ordnungsmäßigen Buchführung die Buchung stehen kann. Alsdann wird das Gericht, nötigenfalls unter Zuziehung des Sachverständigen, die Stelle zu suchen haben.

Anm. 4. 4. **Über den Ort der Vorlegung** bestimmt das HGB. nichts. Hierfür greifen §§ 355, 434 CPO. Platz, wonach die Vorlegung einer Urkunde in der Regel in der mündlichen Verhandlung erfolgen muß; wenn aber die Vorlegung bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgnis des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gericht geschehe.

§ 47.

§ 47. **Bei Vermögensauseinandersetzungen, insbesondere in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftstheilungssachen, kann das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher zur Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalt anordnen.**

Anm. 1. 1. Der vorliegende Paragraph will lediglich anordnen, daß bei allen Vermögensauseinandersetzungen die Vorlegung **des ganzen Inhalts der Handelsbücher** erfolgen kann. Solche Auseinandersetzungen können z. B. infolge der Schenkung eines Vermögens oder des Bruchteils eines solchen oder infolge eines Leibrentenvertrages vorkommen (D. 52; hinsichtlich der Errungenschaftsgemeinschaft vgl. RG. 50, 337). Der Paragraph will nun nicht irgend einem Gericht (Prozeßgericht, Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit) ein nicht bestehendes Recht auf Anordnung gewähren. Er will vielmehr das Recht nur dort, wo es besteht, dahin festlegen, daß es sich auf die Anordnung der Vorlegung des ganzen Inhalts der Handelsbücher erstreckt. Die beschränkende Vorschrift des § 46 soll in diesem Falle keine Anwendung finden.

Anm. 2. 2. Auch ist nur gesagt, daß das Gericht den ganzen Inhalt vorlegen lassen kann; es darf aber auch dahinzielende Anträge ablehnen. Dies richtet sich nach freiem Ermessen (RG. 20, 45). Ob es nur auf Antrag oder auch von Amts wegen Anordnungen treffen kann, ist hier ebenfalls nicht gesagt. Das richtet sich gleichfalls nach den sonst geltenden Grundsätzen.

Anm. 3. 3. **Jedenfalls aber setzt der Paragraph nicht einen bestehenden Rechtsstreit voraus**, noch kann allgemein gesagt werden, daß in den hier bezeichneten Fällen die Vorlegung nur im Wege der Klage erzwungen werden kann (so D. 52; Makower I 88). In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen vielmehr die Anordnung erfolgen kann, richtet sich nach anderen Grundsätzen.

Exk. zu § 47.

Exkurs zu § 47.

Die Beweiskraft der Handelsbücher.

Einleitung. **Das HGB. enthält über die Beweiskraft der Handelsbücher keine Vorschriften.** Die betreffenden Art. 34, 35 und 36 des alten HGB. waren schon aufgehoben durch § 13 EG. zur CPO. Sie werden im folgenden wiedergegeben, der Grund für die Wiedergabe ergibt sich aus Anm. 3.

„Art. 34. Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher liefern bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann. Erl. zu § 47.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Maß der Beweiskraft beizulegen, ob in dem Falle, wo die Handelsbücher der streitenden Theile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Theils eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei.

Ob und inwiefern die Handelsbücher gegen Nichtkaufleute Beweiskraft haben, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

Art. 35. Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach der Lage der Sache geeignet erscheint.

Art. 36. Die Eintragungen in die Handelsbücher können, unbeschadet ihrer Beweiskraft, durch Handlungsgehilfen bewirkt werden."

Diese Beweisregeln waren getragen von einer, wenn auch nicht mehr engherzigen, so doch immer noch formalen Theorie, indem sie vorschrieben, daß den Büchern regelmäßig nur unvollständige Beweiskraft zukomme, ausnahmsweise volle oder gar keine Beweiskraft. Mit dem Inkrafttreten der neuen Prozeßgesetze und der sie beherrschenden freien Beweistheorie war die Aufhebung dieser formellen Beweisregeln geboten. Es kommen jetzt § 286 CPO. und die Vorschriften über den Urkundenbeweis zur Anwendung.

Doch ist zu beachten, daß eben nur die formellen Beweisregeln beseitigt sind. **Die Beweiskraft der Handelsbücher ist bestehen geblieben**, d. h. die Möglichkeit, durch die Handelsbücher für und gegen den Buchführer prozessuale Beweise zu führen (RG. 6, 347; s. a. Bolze 8 Nr. 933).

Darüber ist folgendes erläuternd zu bemerken:

1. **Der innere Grund der Beweiskraft der Handelsbücher** und die bevorzugte Glaubwürdigkeit, die ihnen von jeher beigemessen wurde, beruhen darauf, daß die kaufmännischen Bücher wegen der Geschlossenheit und des Ineinandergreifens der Beurkundungen in sich selbst eine hohe Gewähr der Wahrheit enthalten, daß sie regelmäßig — wenigstens beim Vollkaufmann — die Bedeutung einer objektiven Bekundung für die Rechtsbeziehungen zu Dritten haben, nicht lediglich im eigenen Interesse gemachte Einträge enthalten (RG. in JW. 03, 421[7]). Es ist nicht allein, wie das ROHG. (4, 408) annimmt, die Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Buchführung, welche die Beweiskraft der Bücher erzeugt (vgl. dagegen ROHG. 7, 98; s. a. Allfeld 177 ff.). Anm. 1.

2. **Der Umfang der Beweiskraft** erstreckt sich auf alle vom Kaufmann geführten Handelsbücher, nicht nur auf diejenigen, die ihm gesetzlich vorgeschrieben sind und zur Gewährung der Vermögensübersicht notwendig gehören, sondern auch auf die neben ihnen gebräuchlichen Hilfsbücher (vgl. z. B. das Verkaufsbrouillon, ROHG. 9, 119), nicht aber auf Gegenbücher, Beibücher, Kontobücher, da diese Bücher nicht zu den Handelsbüchern gehören. Diese Bücher können aber durch die tatsächlichen Verhältnisse zu einem wirksamen Beweismittel und zu gemeinschaftlichen Urkunden werden (Anm. 6 zu § 38; ROHG. 15, 172, — Kommissionsbuch —). Anm. 2.

   Der Umfang der Beweiskraft erstreckt sich ferner auf den ganzen Inhalt der Bücher, insbesondere auch auf die Stellen, die zugunsten des Buchführers sprechen, ja auch negativ kann aus der Nichteintragung einer Tatsache auf deren Nichtexistenz geschlossen werden (ROHG. 7, 98; 18, 98). Endlich beweisen die Bücher nicht bloß hinsichtlich der Eintragungen, die sich auf das Rechtsverhältnis der Parteien beziehen, sondern auch hinsichtlich dessen, was im Verkehr mit Dritten geschehen ist, z. B. über gemachte Auslagen, über den Umfang des Schadens bei nicht geschehener Lieferung durch Bezugnahme auf die mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte (Allfeld 188).

3. **Für den Grad der Beweiskraft** ist das freie richterliche Ermessen maßgebend. Bei Büchern mit Rasuren und Korrekturen kommt jetzt § 419 CPO. zur Anwendung (aber § 43 — Anm. 3 Anm. 3.

Erl. zu § 47. und 5 — ist zu beachten). Die früheren Vorschriften des alten HGB. (oben die Einleitung) sind dabei noch immer als wertvolle Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen beachtenswert. Im einzelnen ist hier zu bemerken, daß, wenn auch der Kaufmann seine Eintragungen gegen sich gelten lassen muß, der Beweis des Irrtums nicht ausgeschlossen ist (ROHG. 20, 339f.).

Das Briefkopierbuch bzw. die sonst angelegte Sammlung der Briefabschriften beweist zunächst nur, daß die darin enthaltenen Briefe geschrieben und zur Absendung fertig gestellt sind; daß sie abgesandt sind, ist daraus allein nicht zu entnehmen (Behrend § 42 Anm. 50 geht darin zu weit), am allerwenigsten, daß sie auch angekommen sind. Für die Absendung wird man vielleicht eine Vermutung aufstellen dürfen, eine Vermutung für die Ankunft eines Briefes auf Grund der vermuteten Absendung aber geht jedenfalls zu weit (Allfeld 186). Doch wird das Kopierbuch bzw. die sonst angelegte Abschriftsammlung von wertvoller Bedeutung, wenn an sich feststeht, daß an einem bestimmten Tage ein Brief abgesandt und angekommen ist und nur sein Inhalt zweifelhaft ist.

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48.

§ 48. Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittelst ausdrücklicher Erklärung ertheilt werden.

Die Ertheilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesammtprokura).

Lit.: Laband, Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen HGB. in ZHR. 10, 183ff.; Felix Bie, Über die Kollektivprokura, Leipzig 1894. — Über die nicht handelsrechtliche Lit. s. Erl. zu § 58.

Anm. 1. **Vorbemerkung zum fünften Abschnitt.** Der 5. Abschnitt handelt vom handelsrechtlichen Stellvertreter, der 6. Abschnitt vom Handlungsgehilfen. Hier im 5. Abschnitt wird die juristische Stellvertretung, der Auftrag und die Vollmacht zur Vertretung des Prinzipals beim Abschluß von Rechtsgeschäften, im 6. Abschnitt der Inhalt des Dienstvertrages behandelt. Dabei sind der Stellvertreter und der Handlungsgehilfe zwei Begriffe, die weder notwendig vereint sein müssen, noch sich ausschließen. Der Stellvertreter braucht nicht notwendig Handlungsgehilfe zu sein (Anm. 3 zu § 59), der Handlungsgehilfe nicht notwendig auch bevollmächtigt zu sein (Buchhalter, Korrespondent). Doch kann dieselbe Person beides sein, und unter Umständen liegt in der Anstellung als Handlungsgehilfe an sich schon die Handlungsvollmacht (Verkäufer, Reisende, Kassierer).

Bei der Stellvertretung insbesondere ist streng zu unterscheiden: der Auftrag und die Vollmacht. Der Auftrag ist das innere Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, aus welchem die Vollmacht ihren Ursprung herleitet; Vollmacht ist die äußere, Dritten gegenüber in die Erscheinung tretende Seite des Auftrags, die Legitimation. Beide brauchen sich nicht zu decken, die Vollmacht kann kraft gesetzlicher Vorschrift über den Auftrag hinausgehen. So z. B. wenn der Prokurist bestimmte Instruktionen für seine Geschäftsführung erhält. Diese haben, da die Prokura unbeschränkbar ist, für Dritte keine Rechtswirksamkeit, für das innere Verhältnis bleiben sie gültig. Es kommt z. B. häufig vor, daß dem Prokuristen nur die Führung der Kassengeschäfte anvertraut wird.

Hinsichtlich der Bezeichnung „Auftrag" ist zu erwähnen, daß das BGB. freilich unter Auftrag nur ein unentgeltliches Verhältnis versteht (§ 662 BGB.). So war es auch im gemeinen Recht. Die Rechtssprache kann aber dieses Wort oder das Wort Mandat zur Bezeichnung der inneren Beziehungen zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber auch bei entgeltlichem Verhältnis nicht entbehren und wird sich sicherlich auch in Zukunft seiner bedienen. Auch die Gesetzessprache bedient sich dieser Ausdrucksweise (§ 66 BörsG.).

Der vorliegende Paragraph handelt von der Bestellung der Prokura (Abs. 1) **und von der Zulässigkeit der Gesamtprokura** (Abs. 2). Er gibt, anders als der frühere Art. 41, keine Begriffsbestimmung der Prokura. — Die Prokura war nach dem preußischen Entwurf zum HGB. von 1861 unbekannt (Gareis § 22). **§ 48.**

1. **Der Begriff der Prokura.** Das Gesetz tut Recht daran, sich einer Begriffsbestimmung zu enthalten. Die Prokura fällt unter den allgemeinen Begriff der Handlungsvollmacht und unterscheidet sich von jeder anderen vom Kaufmann erteilten Vollmacht durch ihren in § 49 bestimmten weiten Umfang. Nicht richtig wäre es, zu sagen, die Prokura sei diejenige Vollmacht, die den Bevollmächtigten zur unbeschränkten Vertretung des Prinzipals berechtigt. Auch die früher beliebte Bezeichnung „alter ego des Prinzipals" kann nur mit Vorsicht aufgenommen werden. Denn auch die Prokura läßt Beschränkungen zu (§§ 49 Abs. 2, 50 Abs. 3). Anm. 2.

2. **Wem kann die Prokura erteilt werden?** Wer kann Prokurist sein? Prokurist kann sein, **wem überhaupt Vollmacht erteilt werden kann.** Der Prokurist darf also nicht geschäftsunfähig, kann aber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und also selbständig verpflichtungsunfähig sein (§ 165 BGB.). Er darf nicht unter 7 Jahren oder geisteskrank, wohl aber kann er minderjährig, gewaltunterworfen, Kaufmann oder Nichtkaufmann, weiblichen Geschlechts, verheiratet sein. Daß er zwar Handlungsgehilfe sein kann, aber nicht zugleich Handlungsgehilfe zu sein braucht — man denke z. B. an die Prokura der Ehegattin oder eines Gewerbegehilfen (z. B. eines Technikers) — folgt aus unserer Vorbemerkung (vgl. ROHG. 16, 290). Er muß aber vom Prinzipal verschieden sein, ein Erfordernis, das beim stillen Gesellschafter ohne Zweifel vorhanden ist (RG. 31, 39). Kann ein von Vertretung ausgeschlossenes Mitglied einer o. H. G. zum Prokuristen bestellt werden? Hierüber Anm. 4 zu § 125. Die Frage ist dort verneint. Auch das Mitglied einer Erbengemeinschaft kann nicht Prokurist sein, wenn die Erbengemeinschaft eingetragen ist. Aber der Kommanditist kann Prokurist sein (RG. 31, 39; vgl. Anm. 6 zu § 164 und Anm. 4 zu § 170). Der Bestellung eines Gemeinschuldners zum Prokuristen für das Geschäft eines Dritten steht nichts entgegen (vgl. aber Anm. 4). Anm. 3.

3. **Wer kann Prokura erteilen? Dies muß der Inhaber des Handelsgewerbes oder sein gesetzlicher Vertreter** (Vormund, Vater, Vorstand einer juristischen Person; vertretungsberechtigter offener Gesellschafter) sein. Weder ein Prokurist, noch ein Handlungsbevollmächtigter können Prokura erteilen. Der Inhaber des Handelsgewerbes, für welche die Prokura erteilt wird, muß **Vollkaufmann** sein. Also muß er entweder ein Handelsgewerbe nach § 1 betreiben, aber nicht in den engen Grenzen des § 4, da er sonst Minderkaufmann ist (über die von einem Minderkaufmann erteilte Prokura s. Anm. 24 zu § 4), oder er muß ein Handelsgewerbe nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 betreiben und eingetragen sein. Betreibt er ein Gewerbe, das als Handelsgewerbe oder als Vollhandelsgewerbe nicht betrachtet werden kann, ist er aber gleichwohl eingetragen, so ist er zwar nicht Kaufmann, aber er gilt für die Dauer seiner Eintragung in zivilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann, und deshalb ist auch die von ihm bestellte Prokura eine wirkliche Prokura (§ 5). Gilt er nur infolge seines Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann (Erl. zu § 5), so gilt die von ihm bestellte Prokura nicht als wirkliche Prokura. Auch Handelsgesellschaften können Prokura erteilen (§ 116 und Anm. 6 dort), auch Aktiengesellschaften (§ 232), auch Kommanditgesellschaften (§ 161 Abs. 2) und Aktien-Kommanditgesellschaften (§ 320 Abs. 3), wie die Judikatur noch besonders entschieden hat (ROHG. 7, 412), endlich auch juristische Personen. Nicht aber Gesellschaften und juristische Personen während ihrer Liquidation, wie dies bei der Aktiengesellschaft und Aktien-Kommanditgesellschaft ausdrücklich bestimmt ist (§§ 298 Abs. 4; 320 Abs. 3), sich aber von selbst aus der allgemeinen Erwägung ergibt, daß die Vertretungsmacht des Liquidators eine beschränktere ist, als die des Prokuristen (ROHG. 13, 224; Makower I 89; Düringer-Hachenburg I 175). — Eingetragene Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften können nach § 42 des GenG. (Fassung v. 20. Mai 1898) keine Prokura erteilen, wohl aber die Gesellschaften m. b. H. (§ 47 Nr. 7 des GmbHG.). Anm. 4.

§ 48. Daß die Firma des Prinzipals in allen Fällen eingetragen sein müsse, folgert Schulze-Görlitz (452) mit Unrecht aus § 51. — Ein Gemeinschuldner kann für das zur Konkursmasse gehörige Geschäft keine Prokura erteilen, aber auch der Konkursverwalter nicht.

Für den etwa geschäftsunfähigen Inhaber des Handelsgewerbes kann sein gesetzlicher Vertreter die Prokura erteilen. — Nach innen ist die Prokuraerteilung oft an beschränkende Voraussetzungen geknüpft; der Vormund z. B. bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — §§ 1643, 1822 Nr. 11 BGB.; der Vorstand einer Aktiengesellschaft der Zustimmung des Aufsichtsrats — § 238 HGB. Ob dies auf die Gültigkeit der Prokurabestellung von Einfluß ist, hängt von anderen Grundsätzen ab (bei der aktienrechtlichen Vorschrift des § 238 ist das z. B. nicht der Fall, vgl. Anm. 8 daselbst). Und der gutgläubige Dritte ist in allen diesen Fällen im Falle der Eintragung der Prokura durch § 15 geschützt. — Der ordnungsgemäß bestellte Prokurist ist im Rahmen der Prokura den Beschränkungen aus den §§ 1821 ff., 1643 BGB. nicht unterworfen, er kann z. B. ohne Genehmigung des Gerichts Geld auf Kredit aufnehmen (Mosse-Litthauer § 48[1]; zum Teil abweichend Cosack § 21 S. 107).

Anm. 5. 4. (Abs. 1.) **In welcher Weise erfolgt die Bestellung der Prokura?** Das Gesetz sagt lediglich: mittels ausdrücklicher Erklärung. Es sagt nicht, wie diese Erklärung zu lauten hat. Die früher im Art. 41 hervorgehobenen Erteilungsarten werden jetzt als Beispiele gelten können. Die Prokura kann danach erteilt werden durch eine ausdrücklich als Prokura bezeichnete Vollmacht oder durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen oder endlich durch die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen. (Diese letztere Ermächtigung muß natürlich ausdrücklich erfolgen.) Außerdem aber fällt jede andere Form darunter, die das Erfordernis der ausdrücklichen Erteilung erfüllt. Sicher wird also genügen, wenn der Kaufmann erklärt, er erteile einem Dritten Vollmacht zu seiner Vertretung nach Maßgabe des § 48 oder des § 49 HGB. Stillschweigendes Geschehenlassen aber genügt nicht, also nicht die fortgesetzte Duldung der Firmenzeichnung als Prokura (wohl aber wird darin unter Umständen die Erteilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht zu erblicken sein).

Anm. 6. Sonst aber ist über die Form der Erklärung nichts vorgeschrieben. Es ist daher die schriftliche Bestellung, aber auch die mündliche zulässig (vgl. § 167 Abs. 2 BGB.). Wo aber kraft besonderer Vorschrift der urkundliche Nachweis der an sich formlos bestehenden Vollmacht verlangt wird, gilt dies auch für die Prokura (so § 30 der GBO.).

Die Prokura bedarf zu ihrer gültigen Bestellung nicht der Eintragung. Indes bietet die Eintragung so erhebliche Vorteile (Anm. 7, 8), daß sie allgemein üblich ist. Soll die Prokura eingetragen werden, so bedarf es für die Anmeldung der im § 12 vorgesehenen Form (vgl. a. § 51).

Anm. 7. Ein Vertragsrecht kann wirksam nicht dahin begründet werden, daß jemand sich verpflichtet, eine bestimmte Person zu seinem Prokuristen, und sei es auch nur auf Zeit, zu bestellen (RG. 27, 35; s. a. § 52 Anm. 2).

Auf die Prokura findet auch die Bestimmung des § 174 BGB. Anwendung, wonach bei einseitigen Rechtsgeschäften der Empfänger der Willenserklärung eine schriftliche Vollmacht verlangen und mangels Vorlegung die Erklärung zurückweisen und dadurch unwirksam machen kann. Hauptsächlich wird sich dies auf Kündigungen, Mängelanzeigen, Fristsetzungen, Wahlrechtsausübungen, Mahnungen beziehen. Die Vorschrift findet nach § 174 BGB. dann keine Anwendung, wenn der Machtgeber den Dritten von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Für die Prokura tritt noch, um die Anwendbarkeit des § 174 auszuschließen, der Fall hinzu, daß sie eingetragen und bekannt gemacht ist. Denn alsdann muß nach § 15 Abs. 2 der Dritte die Tatsache, d. h. hier die Erteilung der Prokura, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte, noch kennen mußte. Allerdings setzt der § 174 BGB. an sich voraus, daß der Bevollmächtigte wirklich von dem Machtgeber in Kenntnis gesetzt wurde, bloßes anderweites Wissen genügt nicht (Planck). Allein nach

§ 15 Abs. 2 HGB. muß der Dritte die eingetragene und veröffentlichte Tatsache einfach gegen sich gelten lassen, dies ersetzt nicht bloß jedes Wissen, sondern auch jede andere sonst erforderliche Art der Kundgebung der betreffenden Tatsache, hier also die besondere Benachrichtigung durch den Machtgeber an den Dritten (so auch Düringer-Hachenburg I 168). Dagegen ersetzt die sonstige allgemeine Bekanntmachung der Prokura die besondere Benachrichtigung nicht, auch wenn sie dem Dritten bekannt gewesen ist (§§ 171 und 174 BGB.). Dem Verlangen auf Vorzeigung der Prokuraerteilung, wo es hiernach begründet erscheint, dürfte genügt werden durch Vorzeigung des Registerauszugs über die Erteilung der Prokura. (Nach Lehmann-Ring [§ 49] ist § 174 BGB. auf den Prokuristen überhaupt nicht anwendbar.) **§ 48.**

Wie jede Vollmachtserklärung kann die Prokura sowohl dem Bevollmächtigten, wie dem Dritten gegenüber erklärt werden (§ 167 Abs. 1 BGB.), auch kann durch Erklärung gegenüber dem Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung erklärt werden, daß ein Bevollmächtigter bestellt sei (§ 171 BGB.). Wenn sie durch besondere Mitteilung dem Dritten gegenüber erteilt oder die Erteilung durch Mitteilung dem Dritten kundgegeben ist, so gilt sie dem Dritten gegenüber; wenn durch öffentliche Bekanntmachung erklärt ist, daß eine Bevollmächtigung erteilt ist, so gilt dies jedem Dritten gegenüber. Unter öffentlicher Bekanntmachung wird man hier das gleiche verstehen, wie in Anm. 27 zu § 25, insbesondere Zirkulare und Eintragung in das Handelsregister. Dagegen ist die Prokura nicht etwa nur durch Eintragung wirksam (Anm. 6). Auch wird man angesichts des § 171 BGB. nicht mehr wie früher (vgl. 5. Aufl. § 5 zu Art. 41) annehmen können, daß die einmalige Erklärung einer dritten Person gegenüber die Prokura jedem Dritten gegenüber wirksam macht (vgl. über alles dies auch Anm. 4ff. zu 54). Anm. 8.

5. (Abs. 2.) **Die Gesamtprokura** (früher wurde sie Kollektivprokura genannt). Sie ist, da sie einen Schutz gegen Vertrauensmißbrauch bietet, sehr häufig. Sie enthält keine Ausnahme von der in § 50 ausgesprochenen Unbeschränkbarkeit der Prokura, wie Puchelt (102) u. Gareis-Fuchsberger (143 Note 22) annehmen, vielmehr liegt eine und zwar eine volle Prokura vor, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (ebenso RG. in JW. 98, 482[21]; Bie 13; vgl. auch über die Gesamtvertretung bei der o. H. G. § 125 Anm. 5ff.). Das ergibt jetzt der Zusammenhang der §§ 48, 49 u. 50 ganz deutlich. — Auch ihre Bestellung muß ausdrücklich als gemeinschaftliche erfolgen (vgl. Abs. 1). Doch liegt in der Anordnung einer Gesamtzeichnung die Anordnung einer Gesamtvertretung überhaupt (so RG. 24, 27; KGJ. 15, 98). — Die Gesamtprokura wird oft mehr als zweien derart erteilt, daß je zwei (oder mehr) gemeinschaftlich zur Vertretung befugt sind. — Der Prinzipal kann sich nicht Gesamtprokura (etwa mit einem Dritten) erteilen (s. Anm. 3). Anm. 9.

a) Die Gesamtprokura bezieht sich auf **Rechtsakte aller Art**, auch auf mündliche (ROHG. 3, 183), aber auch nur auf Stellvertretung im Handeln. Wo es sich dagegen um **das Wissen einer Tatsache** handelt, da ist die Kenntnis auch nur eines Gesamtprokuristen genügend, z. B. um die Unredlichkeit des Prinzipals zu begründen (Bolze 1 Nr. 1186; 4 Nr. 807; 16 Nr. 231 gegen Ring Anm. 3 zu Art. 229). Haben daher zwei Gesamtprokuristen namens des Prinzipals einen Rechtsakt vorgenommen und fällt auch nur einem hierbei ein betrügerisches Verhalten zur Last, so hat der Prinzipal diesen Betrug zu vertreten (vgl. RG. in JW. 99, 46[47]; und in PosMSchr. 7, 142); aber natürlich nicht auch dann, wenn überhaupt nur ein Gesamtprokurist handelnd aufgetreten ist. Diese Grundsätze ergeben sich jetzt auch aus der Analogie der Bestimmungen in den §§ 125 Abs. 2 Satz 3 (s. dort Anm. 12 weitere Rechtsprechung), 150 Abs. 2 Satz 2, 232 Abs. 1 Satz 3 HGB.; § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG.; § 171 Abs. 3 CPO. Vom Wissenmüssen gilt übrigens nicht das gleiche. Infolgedessen ist der allgemeine Satz aufzustellen, daß Erklärungen Dritter dem einen von mehreren Gesamtprokuristen gegenüber wirksam abgegeben werden können (RG. 53, 231; Düringer-Hachenburg I 176).

b) **Die Ausübung der Gesamtprokura.** Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämtlichen Gesamtprokuristen mitwirken. Fälle dringender Gefahr sind nicht aus- Anm. 10.

§ 48. genommen (Bie 43). Brauchen sie auch nicht gerade den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vorzunehmen, so muß doch immerhin sich der Rechtsakt als ein von allen Gesamtberechtigten geschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (Behrend § 125 Anm. 10). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurteilen, ob im einzelnen Falle bei nicht gleichzeitigem Handeln der Gesamtprokuristen dennoch ein verpflichtender Akt vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht unzulässig (ROHG. 16, 33; Bolze 8 Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (ROHG. 6, 392; 12, 34; 17, 402), wie z. B. wenn der eine Gesamtprokurist verhandelt, der andere Teil zuhört und nicht widerspricht oder sich nachträglich vom Gegenkontrahenten den Abschluß berichten läßt und nicht widerspricht. Überall muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht ein Internum der Gesamtberechtigten bleiben (RG. 40, 19 u. in JW. 98, 164[33]). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht (Bolze 4 Nr. 807).

Anm. 11. c) **Der Beweis dieser Mitwirkung** ist von dem zu führen, der ein Recht darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Erbietung des Beweises, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des andern Gesamtprokuristen abgegeben, vielmehr muß dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (ROHG. 17, 402; Bolze 8 Nr. 548).

Anm. 12. d) Ein Gesamtprokurist, der ohne Mitwirkung des andern handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich (RG. 6, 214; Bolze 18 Nr. 229; jetzt § 179 BGB.; vgl. Erl. zu § 58 Anm. 49 ff.). — Es ist hierbei jedoch das im folgenden (zu e, f, g) Gesagte wohl zu beachten.

Anm. 13. e) **Die vorherige Auftragserteilung** oder die **nachträgliche Zustimmung** kann, wenn sie im Einzelfalle nicht als gehörige Mitwirkung im Sinne des zu b Gesagten genügt, in anderer Weise von Bedeutung werden. Sie kann sich als Erteilung einer Handlungsvollmacht oder als Ratihabition darstellen. In diesem Sinne ist auch eine allgemeine Ermächtigung von rechtlicher Bedeutung. Festzuhalten aber ist, daß in solchem Falle der Gesamtprokurist nicht als solcher handelt, sondern Handlungsbevollmächtigter ist und nur als solcher handeln kann (Bie 43), was im Einzelfalle einen erheblichen Unterschied bedeuten kann. Auch eine Postvollmacht können Gesamtprokuristen einem von ihnen übertragen. Alles dies ergibt sich jetzt auch aus der Analogie der §§ 125 Abs. 2 Satz 2 und 232 Abs. 1 Satz 2 (vgl. Anm. 10 ff. zu § 125 und die Erl. zu § 232; s. a. § 35 GmbHG. und Staub Anm. 16 zu diesem § 35). Mit Unrecht betrachten Düringer-Hachenburg (I 176) die Vorschrift des § 232 Abs. 1 Satz 2 als Ausnahme und deshalb die Analogie als ausgeschlossen. Die hier aufgestellten Grundsätze haben schon früher gegolten; sie folgen nur den Regeln über die Handlungsvollmacht, und, wenn sie im neuen HGB. bei gesellschaftlichen Gesamtvertretungen besonders geregelt sind, nicht aber auch bei der Gesamtprokura, so geschah das wohl, weil man es für zweifelhaft erachtete, ob die Grundsätze auch dort sich aus der Natur der Sache von selbst ergeben. Nichts spricht für das Vorliegen einer Ausnahmevorschrift (ebenso Makower I 90). Auch das RG. (48, 58) steht auf dem hier vertretenen Standpunkte; es erklärt ausdrücklich, daß das Gesetz im § 232 Abs. 1 HGB. nur diejenige Rechtsanschauung wiederholt, die schon unter der Herrschaft des alten HGB. Anerkennung gefunden hatte. — Eine solche Ermächtigung kann auch durch konkludente Handlungen, z. B. durch fortgesetzte Duldung (RG. 48, 58), erfolgen und ist in gleicher Weise widerruflich, wie die gewöhnliche Handlungsvollmacht.

Anm. 14. f) Sonach ist die Erteilung einer Handlungsvollmacht an einen Gesamtprokuristen zulässig (RG. bei Holdheim 9, 277; oben Anm. 13). So z. B., wenn der Prinzipal einem Gesamtprokuristen die Entgegennahme von Börsenaufträgen in seinem Geschäftslokale allein überläßt. Seine selbständigen Rechtshandlungen in diesem Geschäftskreise binden alsdann den Prinzipal. Auch durch konkludentes Verhalten des Prinzipals kann die in der Gesamtprokura enthaltene Beschränkung teilweise oder auch ganz aufgehoben werden, so z. B., wenn

der Prinzipal duldet, daß ein Gesamtprokurist sich fortgesetzt als Einzelprokurist geriert (vgl. eine ähnliche Erscheinung in der Erl. zu § 125). § 48.

g) Auch gesetzliche Vollmacht zu der einzelnen in Frage kommenden Handlung kann der Gesamtprokurist haben (z. B. Zahlung im Laden, § 56). Zur Entgegennahme gerichtlicher Zustellungen wird man ebenfalls einen Gesamtprokuristen als bevollmächtigt ansehen dürfen (§ 171 Abs. 3 CPO.; oben Anm. 9; zustimmend OLG. Stettin in OLGR. 3, 122; so auch Bie 46). Anm. 15.

h) An anderer Stelle, nämlich Anm. 5 zu § 50, ist behandelt die Bestellung einer Vertretungsbefugnis derart, daß ein Prokurist mit Gesellschaftern oder mit Vorstandsmitgliedern gemeinsam handelt. Anm. 16.

i) Was das innere Verhältnis der Gesamtprokuristen untereinander betrifft, so sind sie an sich nicht von einander abhängig und zu gemeinsamem Handeln verbunden; sie brauchen einander auch nicht in der inneren Geschäftsführung zu überwachen (OLG. Colmar in OLGR. 7, 381). Anm. 17.

Zusatz: Übergangsfrage. Die vor dem 1. Januar 1900 erteilten Prokuren bleiben für die Folgezeit gültig, auch dann, wenn sie nicht ausdrücklich erteilt wurden (vgl. Anm. 5). Anm. 18.

§ 49.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. § 49.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt ist.

Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht wird hier normiert, und zwar in positiver (Abs. 1) und in negativer Abgrenzung (Abs. 2). Ausgeschlossen ist die Vertretung durch den Prokuristen, wo es überhaupt keine Vertretung gibt, z. B. bei der Eidesleistung. Einleitung.

Die Bestimmung des Umfangs der Prokura betrifft aber nur die Legitimation nach außen, nicht das Verhältnis zum Prinzipal. Auf etwaige Überschreitung der dem Prokuristen in Wirklichkeit erteilten Instruktionen und Beschränkungen kann sich der Prinzipal nicht berufen; dem Prinzipal aber ist der Prokurist für solche Überschreitung verantwortlich. Als Prinzip ist festzuhalten: die Prokura besagt nichts über die Stellung, die der Prokurist bezüglich der Geschäftsführung im Verhältnis zum Prinzipal einnimmt (RG. 30, 21).

1. (Abs. 1.) **Positiv wird bestimmt,** daß die Prokura **zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.** Nicht der Betrieb des betreffenden Handelsgeschäfts ist gemeint, sondern irgend eines Handelsgewerbes (ROHG. 13, 224; anders § 54 bei der Handelsvollmacht). „Ein Weinhändler, von einer Reise zurückkehrend, kann sich als Bankier wiederfinden“ (Thöl I § 56). Und nicht bloß Rechtshandlungen, die gewöhnlich dazu erforderlich sind, sondern auch die ungewöhnlichen und selten vorkommenden fallen in den Bereich der Prokura, aber auch nur insoweit der Betrieb sie mit sich bringt, so daß die Einstellung des Betriebs oder der Verkauf des Handelsgeschäfts dem Prokuristen nicht zusteht, weil das der Betrieb nicht mit sich bringt (ROHG. 23, 28; wogegen der Verkauf des Fabrikinventars nicht im gleichen Widerspruche mit der Aufgabe des Prokuristen steht — Bolze 2 Nr. 675; Hahn § 3). Somit stehen die Worte: „**mit sich bringt**“ für: „mit sich bringen **kann**“ (P. 951; Makower I 91). Dem Prokuristen steht nicht zu die Löschung oder Veränderung der Firma (im Ergebnis zust. Opet in ZHR. 49, 100), nicht endlich die Errichtung letztwilliger Verfügungen. Zu den gerichtlichen Angelegenheiten, deren Besorgung ihm zusteht, gehört auch die Prozeßführung (ROHG. 21, 342), die Stellung von Strafanträgen in Angelegenheiten des Geschäfts, soweit nach Lage der Umstände angenommen werden Anm. 1.

§ 49. kann, es entspreche die Stellung des Antrages dem wirklichen Willen des Prinzipals (RGSt. 15, 144), und mit der gleichen Maßgabe die Erhebung des Einspruchs in Übertretungssachen, welche das Geschäft betreffen (zust. Lehmann-Ring § 49; dagegen Allfeld 253 und Goldmann I 226). Zu den außergerichtlichen Angelegenheiten gehört auch die Zeichnung von Aktien, die Vertretung der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegenüber den Kommanditisten (ROHG. 7, 412), die Einziehung rückständiger Einlagen von den Gesellschaftern, die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft (a. A. Denzler 199), die Gründung von Zweigniederlassungen (a. A. Denzler), der Ein- und Austritt als Mitglied einer Genossenschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht aber auch die Aufnahme dritter Personen als offene Gesellschafter (OG. Wien bei Nowak 6, 31). — Soweit diese Geschäfte Zeichnungen zum Handelsregister im Gefolge haben (z. B. bei der Errichtung von Filialen), kann der Prokurist den Geschäftsherrn nicht vertreten (vgl. § 12 Anm. 4). Aber hieraus ist nicht zurückzuschließen, daß jene Geschäfte nicht durch die Prokura gedeckt werden (so Denzler 127, der versehentlich von der „Anmeldung" statt von der „Zeichnung" spricht), vielmehr müßte z. B. der Prinzipal für die aus Anlaß der Errichtung der Filiale begründeten Verbindlichkeiten aufkommen. — Auskünfte über die Kreditwürdigkeit gehören zum gewöhnlichen Handelsbetriebe (RG. 20, 194); der Prinzipal haftet daher für Dolus des Prokuristen hierbei (Gruchot 44, 1062).

Insbesondere ist der Prokurist im Gegensatz zum Handlungsbevollmächtigten (§ 54) zur Aufnahme von Darlehen, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und zur Prozeßführung ermächtigt, ferner zum Abschluß von Vergleichen, Rechtsverzichten, Versicherungsverträgen, auch zu Schenkungen, soweit sie der Geschäftsverkehr mit sich bringt, auch zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Ausstellung von Dienstzeugnissen (OLG. Hamburg in OLGR. 3, 410), sowie zur Bestellung und Entlassung von Bevollmächtigten, obwohl dies jetzt nicht mehr besonders hervorgehoben ist. Zu solchen Bevollmächtigten gehören auch Prozeßbevollmächtigte, sowie Generalhandlungsbevollmächtigte, aber nicht Prokuristen (§ 48).

Auch zur Veräußerung von Hypotheken ist der Prokurist ermächtigt, woran auch der Umstand nichts ändert, daß die Hypothek auf den bürgerlichen Namen des Firmeninhabers eingetragen ist. Die Zugehörigkeit zum Handelsvermögen zu prüfen, ist der Grundbuchrichter beim Einzelkaufmann nicht berechtigt und nicht verpflichtet. Selbst wenn die Hypothek zum Privatvermögen gehört, kann die Veräußerung zum Handelsbetriebe gehören, da sie ja geschehen kann, um die Betriebsmittel zu vermehren (KG. in KGBl. 99, 83).

In Fällen, wo eine Spezialvollmacht erforderlich ist, braucht sie dem Prokuristen nicht gegeben zu werden. Eine ausdrückliche Vorschrift, wie sie in Art. 42 des alten HGB. enthalten war, wurde unnötig, weil das BGB. die Spezialvollmacht nicht vorgesehen hat. Sollte in einem andern Reichsgesetze eine solche vorgesehen sein, so wird sie für den Machtbereich der Prokura überflüssig. — Vgl. aber auch Anm. 2.

Ob der Prokurist auch mit sich selbst kontrahieren kann, darüber s. Anm. 10 ff. im Exk. zu § 58.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Negativ ist bestimmt, daß der Prokurist nicht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ermächtigt ist.** Dazu gehört vielmehr eine „besonders erteilte Befugnis" (die sog. Immobiliarklausel), die entweder gleichzeitig mit der Prokuraerteilung oder nachher erteilt werden kann (P. 952). Sie braucht nicht ausdrücklich, sie muß nur besonders erteilt, d. h. es muß ersichtlich sein, daß der Prokurist auch zur Belastung von Grundstücken ermächtigt sein soll. Es genügt aber, wenn dies aus den Umständen ersichtlich ist (Johow 15, 97). Eine Form ist jedenfalls nicht vorgeschrieben, auch hier nicht, wo es sich um Grundstücksgeschäfte handelt (vgl. die Vorschrift in § 167 Abs. 2 BGB.). Unter Belastung ist die dingliche gemeint, z. B. mit Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff.), Nießbrauch (§§ 1030 ff.), Reallasten (§§ 1105 ff.), Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden (§§ 1113 ff. BGB.) usw. Zur Belastung gehört nicht die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken, weil diese nach dem BGB. keine dingliche Wirkung hat (Crome in JheringsJ. 37, 1 ff.; Planck Anm. 2 in der Vorbem. von § 535 BGB.; Dernburg II § 215[18]; anders wenn man, wie Cosack —

§ 21[35a] — der Miete und Pacht dingliche Wirkung zuschreibt). Zur Veräußerung gehört die Einräumung des Miteigentums (§ 1008 BGB.). **Wohl befugt ist aber der Prokurist zum Erwerbe und zur Entlastung von Grundstücken.** Bestellung einer Restkaufgelderhypothek bei Erwerb eines Grundstücks ist ihm durch diesen Paragraphen nicht verboten, das ist eine Erwerbsmodalität (zust. Dernburg I § 167[4]; OLG. Dresden in BuschA. 47, 62). Das RG. (DJZ. 05, 818) will diese Befugnis auf Grund des neuen Reichsrechts auf die obligatorische Verpflichtung beschränken, nicht aber auf die dingliche Belastung ausdehnen. Mit Unrecht. Denn der Erwerbsakt ist nicht auf ein Grundstück schlechthin, sondern auf ein gleichzeitig mit einem Pfandrecht zu beschwerendes Grundstück gerichtet. Trennt man hier die obligatorische und dingliche Seite, so macht man dem Prokuristen den Erwerb von Grundstücken tatsächlich fast unmöglich. — Den Grundstücken stehen auch im Sinne dieses Paragraphen die ihnen gleich behandelten Rechte gleich, z. B. das Erbbaurecht (§ 1017 BGB.). § 49.

3. **Die besondere Ermächtigung eines Prokuristen zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken** ist keine neben der Prokura hergehende selbständige Handlungsvollmacht, sondern — wenn erteilt — eine schon durch den Ausdruck des Gesetzes (Abs. 2) vorgesehene mögliche Erweiterung der Prokura, ein möglicher Bestandteil derselben; sie ist kein naturale, aber ein accidentale negotii. Jene Ermächtigung ist auf Anmeldung einzutragen, weil das Register zur Aufnahme von Prokuren, also auch ihrer Erweiterungen bestimmt ist; sie wäre es nicht, wenn sie Handlungsvollmacht wäre (so zutreffend RG. in RJA. 3, 231). Anm. 3.

Eine Erweiterung der Prokurabefugnis eigener Art liegt in der Bestellung eines Prokuristen gemeinschaftlich mit Gesellschaftern oder Vorstandsmitgliedern (vgl. hierüber § 50 Anm. 5).

4. Nicht legitimiert ist der Prokurist ferner zu solchen Rechtsakten, die **eine Vertretung überhaupt nicht zulassen,** weil sie von den Gesetzen als höchst persönliche Akte des Inhabers des Handelsgewerbes angesehen werden, z. B. Eidesleistung für den Prinzipal (§ 478 CPO.), Unterschrift der Bilanz, Prokuraerteilung, Zeichnung nach § 12 (Anm. 4 dort), Abgabe der Gründererklärung nach § 191, Deklaration zur Selbsteinschätzung (RGSt. 29, 93). Anm. 4.

§ 50.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam. § 50.

Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.

Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

Der Paragraph stellt die in der **Prokura** enthaltene Vollmacht als **unbeschränkbar** hin.

1. (Abs. 1.) **Die Unbeschränkbarkeit ist als Prinzip aufgestellt.** Das Prinzip gilt: Anm. 1.

a) **nur gegen Dritte.** Mit dieser Seite beschäftigt sich der Paragraph allein. Für das innere **Verhältnis** zwischen dem Prinzipal und dem Prokuristen entscheidet der Auftrag (RG. 30, 21; **Anm.** 1 zu § 48). Die Überschreitung des Auftrags macht den Prokuristen dem Chef gegen-

§ 50. über verantwortlich. Das Geschäft aber bleibt gültig, und weder der Prinzipal noch der Dritte können sich auf die Überschreitung berufen.

Anm. 2. b) **Gegenüber Dritten aber besteht die Unbeschränkbarkeit absolut** (sog. absolute Vollmacht, P. 74). Eine Beschränkung darf daher nicht eingetragen werden (KGJ. 12, 30). Die dennoch eingetragene Beschränkung ist unwirksam; sie kann nach § 142 FGG. **von Amts** wegen gelöscht werden. Auch die Kenntnis des Dritten von der vorhandenen Beschränkung macht sie nicht wirksam. Es sei denn, daß **Kollusion** vorläge. Diese aber ist nicht schon in jeder Kenntnis der Beschränkung zu finden (ROHG. 6, 131), sondern ist erst dann vorhanden, wenn der Prokurist seine nach außen unbeschränkte Legitimation mißbraucht, um absichtlich zum Nachteil des Prinzipals zu handeln, und der Dritte bei der Verwirklichung dieser Absicht wissentlich mitwirkt (RG. 9, 148; Bolze 4 Nr. 447). Näheres über die Kollusion bringt die Anm. 15 zu § 126.

Anm. 3. 2. (Abs. 2 u. 3.) **Gibt es Ausnahmen von dem Prinzip der Unbeschränkbarkeit?** Beschränkungen in bezug auf Summen, Gegenstände, Geschäftszweige, Orte oder durch Hinzufügung von Bedingungen und Befristungen sind unwirksam.

a) **Keine Ausnahme,** sondern eine durch den innigen Zusammenhang zwischen Prokura und Firma gerechtfertigte Erscheinung ist es, wenn ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt (s. hierüber § 13 Anm. 3 ff. und § 17 Anm. 3), **einen Prokuristen nur für das unter einer Firma betriebene Geschäft bestellt.** Das jetzige HGB. tat nicht recht, seine Ausdrucksweise so zu wählen, als läge darin eine Beschränkung der Prokura. Man darf aus dieser Ausdrucksweise nicht die Folgerung ziehen, als müßte diese Beschränkung besonders eingetragen werden. Sie ergibt sich vielmehr dadurch von selbst, daß die Prokura für eine bestimmte Firma erteilt wird (Anm. 5 zu § 53; vgl. die Gegenausführungen Denzlers 201 ff.). Betreibt dagegen der Kaufmann mehrere Geschäfte unter einer Firma (eine Aktiengesellschaft z. B. kann nur eine Firma führen, Anm. 12 zu § 22), so bezieht sich die Prokura auf alle Etablissements. Die Bestellung eines Prokuristen lediglich für eine Zweigniederlassung (hierfür schlägt Denzler 205 die Bezeichnung „Filialprokura" vor) wäre hiernach bedenklich, da das Gesetz die Prokura für eine von mehreren Niederlassungen eines Kaufmanns nur zuläßt, wenn die Niederlassungen verschiedene Firmen haben, während die Zweigniederlassung eine absolut verschiedene Firma von der der Hauptniederlassung nicht haben darf (Anm. 10 zu § 30). Um dieses Bedenken zu beseitigen, bestimmt Abs. 3, daß **im Sinne dieser Vorschrift** eine Firmenverschiedenheit schon durch einen Zusatz begründet wird, der das Geschäft als Zweigniederlassung bezeichnet (z. B. „Filiale Stettin", OLGR. 3, 122). Infolgedessen kann auch eine Akt.-Ges., obwohl diese nur eine Firma haben kann, einen besonderen Prokuristen für eine Zweigniederlassung bestellen. Denn ein solcher Zusatz begründet zwar keine wirkliche Firmenverschiedenheit, aber doch eine solche im Sinne des vorliegenden Paragraphen.

Anm. 4. b) **Nicht als Ausnahme betrachtet das Gesetz ferner das Institut der Gesamt-Prokura;** s. Anm. 9 ff. zu § 48.

Anm. 5. c) Zulässig aber ist nach dem Gesetze eine Prokura derart, daß bei Vorhandensein mehrerer vertretungsberechtigter Gesellschafter oder mehrerer vertretungsberechtigter Vorstandsmitglieder **der Prokurist nur zusammen mit einem Gesellschafter oder einem Vorstandsmitgliede** vertretungsberechtigt sein soll. Dies war nach Staubs Ansicht unter der Herrschaft des alten HGB. nicht zulässig, wohl aber nach der Rechtsprechung (vgl. RG. 40, 17). Jetzt folgt es aus den §§ 125 Abs. 3 (s. dort Anm. 15), 232 Abs. 2 (s. dort Anm. 17). Man kann diese Gesetzesbestimmungen nicht etwa dahin auffassen, daß die betreffenden Gesellschafter und Vorstandsmitglieder in dieser Weise in ihrer Vertretungsbefugnis beschränkt werden könnten, daß aber der betreffende Prokurist in solchem Falle alleiniges Vertretungsrecht habe. — Wenn nur **ein** Gesellschafter oder nur **ein** Vorstandsmitglied Vertretungsbefugnis hat, ist die hier behandelte Bestellung eines Prokuristen zur Vertretung zusammen mit dem Gesellschafter oder Vorstandsmitglied unzulässig (s. § 125 Anm. 15). — Der **Umfang** dieser Kollektivberechtigung

aber richtet sich nach dem Umfange der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter oder der Vorstandsmitglieder, so daß darin in gewissem Sinne eine Erweiterung der Vertretungsbefugnis des Prokuristen liegt (übereinstimmend KGJ. 15, 97; Makower I 90; Goldmann I 229; während Düringer-Hachenburg I 170 darin eine Beschränkung der Vollmacht der Vorstandsmitglieder oder Gesellschafter sehen). — Näheres über diese Vertretungsform s. Anm. 16 zu § 125; s. a. § 49 Anm. 3. § 50.

§ 51.

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt. § 51.

1. **Die Vorschrift bestimmt, wie der Prokurist die Firma zu zeichnen hat.** Der frühere Art. 44 fügte noch hinzu, daß bei einer Gesamtprokura jeder Prokurist der, mit dem die Prokura andeutenden Zusatz versehenen Firmenzeichnung seinen Namen beizufügen habe. Diese letztere Vorschrift ist als selbstverständlich weggefallen (D. 54). Man wird also annehmen müssen, daß sie auch jetzt gilt. Anm. 1.

Die übliche Prokurazeichnung lautet z. B. für den Prokuristen A. Müller der Firma J. Guttentag:

ppa. J. Guttentag
A. Müller oder J. Guttentag
ppa. A. Müller

Makower (I 93) hält mit Unrecht nur die zweite Form für zulässig.

2. **Die Vorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift** oder, wie Thöl (202) treffend bemerkt, nur ein Wunsch des Gesetzgebers, kein Rechtssatz. So ist sie auch vom ROHG. stets aufgefaßt worden. Wiederholt hat es ausgesprochen, daß von der Beachtung der hier vorgesehenen Form die Rechtsbeständigkeit der Zeichnung nicht abhängt, daß der Prinzipal vielmehr auch verpflichtet wird, wenn die Firma ohne Zusatz gezeichnet ist (Bd. 10, 56; 12, 133; Dernburg I § 167), oder wenn die Formvorschrift nur teilweise befolgt ist, z. B. p. p. ohne den Namen des Prokuristen (18, 99), oder der Name des Prokuristen mit vorgedruckter Firma (14, 319), oder endlich gar der Name des Prokuristen allein. Nur muß stets aus den Umständen hervorgehen, daß der Prokurist als solcher gehandelt habe (ROHG. 15, 76; Gierke § 28). Auf dem gleichen Standpunkte steht das Kammergericht (KGJ. 11, 37; 13, 171) und das RG. (30, 405; 50, 60); vgl. auch RG. 28, 118. Alles das gilt sogar, wie aus den zit. Entscheidungen (ROHG. 10, 56 und 18, 99) hervorgeht, für Formalakte wie Wechsel, soweit die für diese Formalakte geltenden Sondervorschriften nicht entgegenstehen; bei Wechseln muß z. B. der Name oder die Firma des Akzeptanten, des Ausstellers und der Indossanten geschrieben sein, und nur darüber wird gestritten, ob dieser Vorschrift auch dadurch genügt ist, daß die Firma gestempelt und die Unterschrift des Vertreters geschrieben ist (nach RG. 47, 165 genügt es; zust. J. u. M. Stranz, WO. Art. 4 Anm. 28; abweichend Staub, WO. Art. 95 § 8d; § 126 Anm. 17). Im übrigen aber kommt es nur darauf an, daß ausdrücklich oder nach den Umständen für den Prinzipal gehandelt werden sollte (§ 164 BGB.). Auch § 126 BGB., der bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform zur Gültigkeit der schriftlichen Form „eigenhändige" Unterschrift des Ausstellers verlangt, hat hieran nichts geändert, da hiermit nur gefordert ist, daß der Aussteller (also der Kontrahent selbst oder sein Vertreter, — § 167 Abs. 2 BGB. —) eigenhändig unterschreibt (oder unterkreuzt), während darüber, ob der Vertreter seinen oder des Prinzipals Namen zu unterschreiben hat, hier nichts gesagt ist. In dieser Hinsicht ergibt sich vielmehr aus § 164 BGB., daß der Vertreter auch in diesem Falle ausschließlich mit dem Namen des Prinzipals zeichnen kann. Ebenso RG. 50, 51: hier wurde das vom Prokuristen geschriebene Akzept: „Angenommen A. Küster" („A. Küster" lautete die Firma des Prinzipals) als der Formvorschrift des § 126 BGB. genügend erklärt. Anm. 2.

Daraus folgt, daß die Erklärung des Prokuristen (abgesehen von Formalakten) auch mündlich und stillschweigend erfolgen kann, ja auch das Zusammenwirken der Gesamtprokuristen kann auf konkludenter Handlung beruhen (Anm. 10 zu § 48). Anm. 3.

§ 52.

§ 52. Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Ertheilung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Die Prokura ist nicht übertragbar.

Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph behandelt drei verschiedenartige Materien: 1. die Widerruflichkeit der Prokura (Abs. 1), 2. ihre Nichtübertragbarkeit (Abs. 2), 3. das Nichterlöschen durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts (Abs. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Widerruflichkeit der Prokura.** Sie ist das notwendige Gegengewicht gegenüber der Unbeschränktbarkeit der Prokura.

a) Ohne diese Vorschrift wäre die in der Prokura liegende Vollmacht nicht absolut einseitig widerruflich; vielmehr wäre dies dann nicht der Fall, wenn sich die Unwiderruflichkeit aus dem der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ergeben würde (§ 168 BGB.). Um diese Folge für die Prokura zu beseitigen, ist der vorliegende Paragraph gegeben. — Ein teilweiser Widerruf ist unwirksam und nur soweit zulässig, als Beschränkungen der Prokura überhaupt zulässig sind (§ 49 Abs. 2; so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 1). — Der Widerruf kann für jeden Termin erfolgen, der Termin jederzeit geändert werden.

Anm. 2. b) **Ein Verzicht auf die Widerruflichkeit** oder ihr vertragsmäßiger Ausschluß entweder für immer oder auf eine bestimmte Zeit sind ungültig (ROHG. 23, 326; RG. 3, 186; Bolze 15 Nr. 209; D. 54), wie es infolge der Vorschrift unseres Paragraphen auch kein Klagerecht auf Erteilung einer vertraglich zugesagten Prokura gibt (ROHG. 5, 349; RG. 27, 35; s. a. § 48 Anm. 7). Jedoch können nach innen Gesellschafter andere Vereinbarungen treffen, z. B., daß der Widerruf einer Prokura nur bei Zustimmung aller Gesellschafter zulässig sei; über Bedeutung und Folgen solcher Abrede vgl. RG. 2, 34.

Anm. 3. c) **Wie erfolgt der Widerruf der Prokura?** Nach § 168 BGB. erfolgt der Widerruf einer Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vollmacht gelten soll. Wendet man dies auf die Prokura an, so erfolgt der Widerruf nur durch Erklärung gegenüber dem Prokuristen. Die andere Widerrufsart ist hier nicht ausführbar, weil die Prokura zur Vertretung gegenüber jedem Dritten berechtigt. — Die Widerrufserklärung hat Dritten gegenüber nur Wirkung unter den Voraussetzungen des § 15. Danach ist § 171 Abs. 2 BGB. („die Vertretungsvollmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung des Widerrufs in derselben Weise erfolgt ist, wie die Vollmachtsübertragung") hier nicht anwendbar, weil hier die handelsrechtliche Sondervorschrift über die Wirkungen eintragungsbedürftiger Erklärungen im Falle der Eintragung und Nichteintragung an die Stelle der bürgerlichrechtlichen tritt (Düringer-Hachenburg I 171; s. auch Anm. 5 zu § 53). Über den Widerruf bei der o. H. G. vgl. § 116 Anm. 7 ff.

Der gesetzliche Vertreter des Prinzipals braucht nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Widerruf der Prokura einzuholen.

Anm. 4. d) **Der Widerruf berührt das Vertragsverhältnis nicht, daher auch nicht den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung,** wie das Gesetz hervorhebt. Aber auch sonstige Folgen kann der Widerruf haben. So wird sicherlich durch die Entziehung der Prokura das Dienstverhältnis ein wesentlich anderes, eine Änderung, die sich der Prokurist nicht ohne Grund gefallen zu lassen braucht. Kann er auch auf Belassung der Prokura nicht klagen, so kann ihm die Entziehung doch andere Rechte geben: Auflösung des Dienstverhältnisses (s. die Erl. zu § 71); Entschädigung (z. B. auch für Wohnungsrechte, RG. 22, 38 und in JW. 94, 19[47]; s. auch ROHG. 5, 349), und da die Ansprüche auf vertragsmäßige Entschädigung gewahrt bleiben, ist auch ein etwaiger Anspruch auf Vertragsstrafe

gewahrt. Die Entschädigung wird z. B. dann eine Rolle spielen, wenn die vertragsmäßige **§ 52.** Vergütung mit der Ausübung der Prokura in untrennbarem Zusammenhange steht, z. B. bei Gewährung einer Dienstwohnung (RG. 22, 39).

Selbstverständlich aber kann der Grund der Prokuraentziehung gerechtfertigt oder sogar so beschaffen sein, daß der Prinzipal gleichzeitig zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses überhaupt befugt erscheint.

e) **Kann der Prokurist selbst die Prokura zu jeder Zeit niederlegen?** Das Gesetz sieht dies Anm. 5. nicht besonders vor. Vielmehr greift in dieser Hinsicht § 168 BGB. Platz, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse richtet: ein durch Dienstvertrag angestellter Prokurist bleibt daher, wenn der Prinzipal die Prokura nicht früher widerruft, Prokurist bis zur rechtmäßigen Beendigung des Dienstverhältnisses. Er kann die Prokura nicht selbständig niederlegen und dadurch zum Erlöschen bringen. Es kann aber durch Vertrag dies Recht zur jederzeitigen Niederlegung der Prokura vereinbart sein; aber auch dann darf dies — zur Vermeidung des Schadensersatzes — ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit geschehen (§§ 675, 671 Abs. 2).

2. (Abs. 2.) **Die Prokura ist nicht übertragbar.** Der Prokurist kann die ihm übertragene Anm. 6. Prokura nicht auf andere übertragen, auch nicht — und darin geht diese Bestimmung offensichtlich weiter, als die entsprechende Bestimmung betreffend die Handlungsvollmacht: § 58 — mit Einwilligung des Prinzipals. Will der Prinzipal erreichen, daß die Prokura auf eine andere Person übergeht, so mag er eine neue Prokura erteilen und dem ersten Prokuristen die Prokura entziehen. Andererseits ist nur gemeint, daß die Prokura mit ihrer gesamten Machtfülle nicht übertragen werden kann. Die Bestellung von Handlungsbevollmächtigten ist dem Prokuristen nicht verwehrt (Anm. 1 zu § 49).

3. (Abs. 3.) **Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Prinzipals.** Diese Bestimmung Anm. 7. ist im großen und ganzen überflüssig, da schon nach dem BGB. (§§ 168, 672, 675) eine auf Auftrag oder Dienstvertrag beruhende Vollmacht durch den Tod des Prinzipals im Zweifel nicht erlischt. Die vorliegende Vorschrift geht insofern weiter, als sie bestimmt, daß jede Prokura, *auf welchem Rechtsgrunde sie auch immer beruhen möge*, durch den Tod des Machtgebers nicht erlischt, und zwar nicht bloß im Zweifel, sondern überhaupt, natürlich aber nur so lange, als die Parteien nicht etwas anderes bestimmen. Hier tritt der Unterschied zwischen Auslegungsvorschrift und Dispositivvorschrift hervor, den Planck I 23 hervorhebt (s. a. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 44). „Im Zweifel" bedeutet eine Auslegungsregel: die Vorschrift greift Platz, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Parteien etwas anderes gewollt haben. Eine Dispositivvorschrift greift auch dann Platz, wenn keine der Parteien etwas anderes gewollt hat und es zu einer abweichenden Vereinbarung nicht gekommen ist. Bei der Vollmacht wäre das anders: Diese soll nur „im Zweifel" den Tod des Prinzipals überdauern; wenn aber beide Teile dies nicht gewollt haben, so liegt der Fall nicht vor.

Es kann aber, wie hieraus ersichtlich ist, *Gegenteiliges vereinbart werden*, Anm. 8. freilich **nur mit Wirkungen inter partes.** Dritten gegenüber gilt eine solche Beschränkung nicht, auch wenn sie eingetragen wurde, auch wenn der Dritte sie kannte, bis zur Grenze der Kollusion (Anm. 2 zu § 50).

Zusatz. Sonstige Erlöschungsgründe der Prokura.

1. **Tod des Prokuristen.** Bei der eigenartigen Machtfülle, welche die Prokura enthält, wird Anm. 9. man annehmen, daß sie durch den Tod des Prokuristen erlischt (ebenso Düringer-Hachenburg I 168). Bei gewöhnlichen Vollmachten ist dies nicht notwendig der Fall (Anm. 67, 68 im Exk. zu § 58).

2. **Endigung des die Prokura begründenden Rechtsverhältnisses.** Dieser für alle Vollmachten Anm. 10. geltende Erlöschungsgrund (§ 168 BGB.; Anm. 66 im Exk. zu § 58) gilt auch hier, aber es kann selbstverständlich dem Dritten das Erlöschen nur unter den Voraussetzungen des § 15 entgegengehalten werden.

§ 52. Anm. 11. 3. **Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und Verschollenheit des Prinzipals?** (Siehe hierüber Anm. 72 im Exk. zu § 58.)

Anm. 12. 4. **Der Konkurs des Prinzipals.** Der Konkurs hat das Erlöschen der Prokura schon deshalb zur Folge, weil im Hinblick auf § 7 der KO. das Fortbestehen der Prokura begriffswidrig wäre; die Rechtshandlungen des Vertreters können nämlich nicht mehr Kraft haben, als die des Vertretenden (ROHG. 24, 193; Dernburg I § 167[12]). Dazu tritt häufig der das Erlöschen der Prokura bewirkende Umstand, daß mit dem Konkurse für die Regel die Einstellung des Gewerbebetriebs verbunden ist (Anm. 25 zu § 1). Über Einstellung des Gewerbebetriebs s. noch die folgende Anm. Endlich greift noch die positive Bestimmung des § 23 Abs. 1 und 2 KO. hier ein, wonach ein Mandat (Auftrag, Dienst- und Werkvertrag zur Geschäftsbesorgung) durch Konkurs des Prinzipals erlischt. Damit erlischt auch die auf dem Mandate beruhende Prokura (vgl. auch § 70 Anm. 28).

Handelt der Prokurist gleichwohl, so sind seine Handlungen nicht nur gegenüber den Konkursgläubigern nichtig nach § 7 der KO., da das Handeln des Bevollmächtigten als Handeln des Gemeinschuldners gilt, sondern auch der Gemeinschuldner wird persönlich durch sie nicht verpflichtet (Jaeger, KO. § 23 Anm. 10 und 12; Anm. 73 im Exk. zu § 58). Der Schutz des § 15 HGB. kommt dem Dritten zum Nachteil der Konkursgläubiger nicht zustatten (§ 32 HGB.), nur der gute Glaube auf die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 7 KO.).

Anm. 13. 5. **Einstellung des Gewerbebetriebs** bringt die Firma zum Erlöschen und dadurch auch die Prokura (RG. 12, 11). (Unter Umständen wird man allerdings annehmen müssen, die Prokura verwandle sich in eine gewöhnliche Vollmacht, nämlich in die Vollmacht zur Vornahme der zur Abwickelung erforderlichen Geschäfte.) Der Erteiler hört durch die Einstellung des Gewerbebetriebes auf, Kaufmann zu sein; auch wenn er im Register eingetragen ist, kann doch der Einwand, daß er überhaupt kein Gewerbe betreibe, erhoben werden (§ 5). Aber natürlich kann dies dem Dritten nur unter den Voraussetzungen des § 15 entgegengehalten werden.

Anders, wenn der Geschäftsinhaber nicht überhaupt aufhört, Gewerbetreibender zu sein, sondern nur der Charakter des Geschäfts sich dahin gestaltet, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe oder wenigstens kein Vollhandelsgewerbe mehr ist. In diesem Falle gilt der Eingetragene als Vollkaufmann, solange er eingetragen ist, und solange besteht auch die von ihm erteilte Prokura (§ 5; Anm. 4 zu § 48).

Anm. 14. 6. **Löschung der Firma** an sich bringt die Prokura ebenfalls nicht zur Erlöschung (zust. Opet in ZHR. 49, 110; anders Düringer-Hachenburg I 183). Denn die Prokura setzt nicht eine eingetragene Firma voraus. Es kommt daher in solchen Fällen darauf an, ob der Gewerbebetrieb eingestellt ist. Anders natürlich dort, wo die Eintragung zur Kaufmannseigenschaft gehört (§§ 2, 3 Abs. 2). Eine andere Frage ist, ob das Erlöschen der Firma, d. h. des Firmenrechts, die Prokura zur Aufhebung bringt; darüber s. § 53 Anm. 6. Eine Änderung der Firma hat das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge (Düringer-Hachenburg I 183). Ebenso bringt die Löschung der Prokura an sich dieselbe nicht zur Aufhebung.

Anm. 15. 7. **Wird das Geschäft veräußert,** so erlischt die Prokura ebenfalls (zust. Lehmann-Ring Nr. 3). Sie gilt nur für denjenigen Inhaber des Handelsgewerbes, der sie bestellt hat. Der neue Prinzipal wird durch die von seinem Vorgänger erteilte Prokura nur verpflichtet, wenn er sie ausdrücklich aufrecht erhält (§ 48). Sie muß in diesem und ähnlichen Fällen, z. B. wenn aus dem Geschäft eines Einzelkaufmanns eine o. H. G. entsteht, eigentlich gelöscht und wieder eingetragen werden. Doch wird nichts entgegenstehen, von dieser umständlichen Formalität abzusehen, wenn der Prinzipal bei der Anmeldung des Firmeninhaber-Wechsels erklärt, daß die Prokura für ihn gelten soll. Daraus folgt zugleich, daß sich der neue Firmeninhaber auch ohne Löschung und Wiedereintragung die Prokura gemäß § 15 entgegenhalten lassen muß. Das KG. freilich (OLGR. 11, 378) verlangt außer der auf Erneuerung gerichteten Erklärung des Prinzipals noch eine Eintragung im Handelsregister, daß die Prokura neu erteilt sei, bezw. bestehen bleibe; es genügt ihm nicht, die frühere Prokura nicht zu löschen.

§ 53.

Die Ertheilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts § 53.
zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Prokura als Gesammtprokura ertheilt, so muß auch dies zur Eintragung angemeldet werden.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise wie die Ertheilung zur Eintragung anzumelden.

Die Eintragung der Prokura und ihres Erlöschens. Die Prokura ist die einzige Handlungsvollmacht, die eintragungspflichtig und -fähig ist. **Die Eintragung der Prokura ist aber nicht wesentlich für ihre Erteilung und ihre Existenz,** sondern nur als Ordnungsvorschrift angeordnet, und umgekehrt ist eine nicht angemeldete, sondern nur durch das Versehen des Registerbeamten eingetragene Prokura rechtsunverbindlich (ROHG. 23, 285). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Die Anmeldung liegt dem Inhaber des Handelsgewerbes ob,** oder, wie aus § 48 sich ergibt, dessen gesetzlichem Vertreter. Auch die Ermächtigung aus § 49 Abs. 2 muß eingetragen werden (vgl. dort Anm. 3). Die Anmeldung erfolgt nach der Erteilung (vgl. RG. 22, 59). Bei Handelsgesellschaften sind die Personen, welche die Gesellschaft nach außen zu vertreten berechtigt sind, zur Anmeldung legitimiert, nicht notwendig alle Gesellschafter (s. § 126 und per arg. e contr. § 125 Abs. 4) oder alle Vorstandsmitglieder, da auch hier nichts Gegenteiliges angeordnet ist (Anm. 5 zu § 12). (Ob der Nachweis der Zustimmung des Aufsichtsrats bei Anmeldung der Prokura seitens einer Aktiengesellschaft notwendig ist, hierüber vgl. Anm. 8 zu § 238.) Zum Register der Zweigniederlassung braucht trotz § 13 die Prokura dann nicht angemeldet zu werden, wenn sie sich auf die Zweigniederlassung nicht bezieht, eine Beschränkung, die unter den Voraussetzungen als § 50 Abs. 3 zulässig ist (Anm. 3 dazu). — Ist eine Prokura als Gesamtprokura erteilt, so muß auch dieses angemeldet werden. Erfolgt die Eintragung des Gesamtcharakters nicht, so kann er dem dritten Gutgläubigen nicht entgegengehalten werden (§ 15). Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Der Prokurist hat seine Firmenzeichnung einzureichen,** und zwar hat er nach dem Wortlaut des Gesetzes „die Firma nebst seiner Namensunterschrift" zu zeichnen (die üblichen Formen s. § 51 Anm. 1), ein Stempeldruck der Firma genügt nicht. Das gilt auch für die Aktiengesellschaft (KGJ. 11, 37). Im übrigen siehe über die Form § 12. Anm. 2.

3. (Abs. 3.) **Das Erlöschen ist in gleicher Weise von dem Prinzipal anzumelden,** und zwar **jedes Erlöschen.** Die einzelnen Erlöschungsgründe sind zu § 52 behandelt. Die Erlöschung ist nur dann einzutragen, wenn die Prokura eingetragen war. Die Prokura braucht ferner nicht gelöscht zu werden, wenn sie wieder erteilt wird, ehe sie gelöscht ist, so auch im Falle eines Wechsels in der Firmeninhaberschaft (s. aber Anm. 15 a. E. zu § 52). Doch ist die Löschung in jedem Falle wichtig wegen der Wirkungen des § 15. **Die Anmeldung des Erlöschens liegt dem Prinzipal ob** (Anm. 1). Dem Prokuristen wird man aber ein Recht zugestehen müssen, zumal in den Fällen eigener Kündigung, auf Bewirkung der Anmeldung hinzuwirken, sowohl durch Anträge beim Registergericht (Anm. 4 zu § 14), als auch durch Klage gegen den Prinzipal. Anm. 3.

Zusatz 1. Über die Form der Anmeldung der Prokura (ob sie durch Bevollmächtigte erfolgen kann usw.), darüber s. zu § 12. Anm. 4.

Zusatz 2. Über die Folgen der Eintragung und Nichteintragung der Prokura verhält sich die allgemeine Bestimmung des § 15. Es gelten daher die dort gegebenen Erläuterungen. Hinzuzufügen ist folgendes: Anm. 5.

1. Da Beschränkungen der Prokura, insbesondere auch Zeitbeschränkungen und Bedingungen, auch dann nicht gelten, wenn sie eingetragen sind, so ist, wenn die

§ 53. Prokura durch Ablauf der Zeitbestimmung oder durch Wegfall der Bedingungen erlischt, das Erlöschen auch in diesem Falle einzutragen.

Die Beschränkung der Prokura auf eine von mehreren Niederlassungen mit verschiedenen Firmen ist keine eigentliche Beschränkung. Es besteht, wie schon im § 50 ausgeführt ist, ein derartiger Zusammenhang zwischen Firma und Prokura, daß man die Erteilung der Prokura für die durch eine bestimmte Firma umgrenzte Verwaltungssphäre nicht als Beschränkung der Prokura auffassen kann. Es liegt vielmehr eine naturgemäße Grenzbestimmung einer an sich mit weiteren Grenzen ausgestatteten Vollmacht vor. Demgemäß gilt diese Umgrenzung, auch ohne daß sie besonders als solche bei der Eintragung gekennzeichnet ist, gegen jeden Dritten (vom KG. in OLGR. 6, 2 für zweifelhaft erklärt; s. a. Anm. 3 zu § 50).

Über die Folgen der Nichteintragung einer Gesamtprokura s. oben Anm. 1.

Anm. 6. 2. **Aus dem Erlöschen (Aufhören) der Firma, des Firmenrechts** (nicht zu verwechseln mit der Löschung der Firma, s. § 52 Anm. 14) **folgt auch das Erlöschen der Prokura** (a. M. Makower I 95) und ebenso aus der eingetragenen Liquidation einer Handelsgesellschaft. Deshalb muß, wer diese Umstände kannte oder kennen mußte, auch das Erlöschen der Prokura gegen sich gelten lassen (s. a. Anm. 13 zu § 52). Nicht das gleiche gilt, wenn man den Tod des Prinzipals kennt (hierüber Anm. 7 u. 8 zu § 52).

Anm. 7. 3. **Der § 15 kann auch auf das innere Verhältnis zwischen Prokuristen und Prinzipal entsprechende Anwendung finden.** Denn es kann vorkommen, daß die Prokura lischt, ohne daß der Prokurist dies weiß. Es ist ihm z. B. das Dienstverhältnis durch öffentliche Zustellung gekündigt worden (§ 132 Abs. 2 BGB.).

Anm. 8. 4. **Auf Handlungsbevollmächtigte findet der § 15 keine Anwendung** (ROHG. 4, 302). Hierüber im Exk. zu § 58.

Anm. 9. 5. **Wohl aber bezieht sich der § 15 auch auf nicht eingetragene Prokuren.** Diese müssen, wenn ihr Erlöschen dem gutgläubigen Dritten gegenüber gelten soll, zunächst eingetragen, alsdann wieder gelöscht werden (Anm. 4 zu § 15).

Anm. 10. 6. Daß die Eintragung der Prokura auch die Vorlegung der Vollmacht nach § 174 BGB. ersetzt, darüber s. Anm. 7 zu § 48.

Exk. zu § 53.

Exkurs zu § 53.

Ergänzungen zur Lehre von der Prokura.

Anm. 1. I. **Über die Wirkungen der Stellvertretung.** Hier gilt das Prinzip der direkten Stellvertretung. Es greift das allgemeine Prinzip des § 164 BGB. Platz. Der Art. 52 des alten HGB., der das Prinzip für die handelsrechtliche Vollmacht und für die Prokura besonders aussprach, konnte infolgedessen fortfallen.

Im einzelnen gilt hier das gleiche, wie bei der Handlungsvollmacht (Anm. 1 ff. im Exk. zu § 58).

Anm. 2. II. **Die Frage, ob und wann der Prokurist mit sich selbst kontrahieren kann,** richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Vollmacht (Anm. 10 ff. im Exk. zu § 58).

Anm. 3. III. **Über die Haftung des Prinzipals für Versehen und Arglist des Prokuristen** gelten die gleichen Grundsätze, wie über die Haftung für Versehen der Bevollmächtigten überhaupt (Anm. 26 ff. im Exk. zu § 58). — Für die Stempelstrafe ist der Prokurist verantwortlich (RGSt. 31, 336; Anm. 33 im Exk. zu § 58).

Anm. 4. IV. **Handelt der Prokurist im eigenen Namen,** so entstehen die gleichen Rechtsfolgen, wie wenn ein sonstiger Bevollmächtigter in eigenem Namen handelt (Anm. 38 im Exk. zu § 58).

Anm. 5. V. **Handelt jemand als Prokurist, ohne Prokurist zu sein,** so sind die Rechtsfolgen die gleichen, wie wenn sonst jemand als Pseudovertreter auftritt (Anm. 39 ff. im Exk. zu § 58). Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn jemand als Einzelprokurist handelt, während er nur Gesamtprokurist ist.

§ 54.

Ist Jemand ohne Ertheilung der Prokura zum Betrieb eines Handels- § 54. gewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung ist der Handlungsbevollmächtigte nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist.

Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte.

Der vorliegende Paragraph handelt von dem Begriff und dem Umfange der Handlungsvollmacht.

1. **Begriff der Handlungsvollmacht.** Eine Handlungsvollmacht liegt vor, wenn Anm. 1. jemand einen anderen **ohne Erteilung der Prokura** zum Betriebe eines Handelsgewerbes („Generalvollmacht", s. a. Anm. 16) oder zur Vornahme einer bestimmten, zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften („Artvollmacht") oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte („Einzelvollmacht") ermächtigt. An sich umfaßt das Wort: Handlungsvollmacht im sprachlichen Sinne auch die Prokura, im engeren und gesetzlichen Sinne jedoch nicht. Die Handlungsvollmacht kann vom Kaufmann nur in bezug auf sein Handelsgeschäft erteilt werden, wie — trotz der nicht ganz klaren Fassung des Gesetzes — von der herrschenden Meinung zutreffend angenommen wird, sonst würde der Maßstab des im Verkehr „Gewöhnlichen" versagen. Zu beachten ist aber, daß alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig (§ 344) gelten, wie Düringer-Hachenburg (I 184) mit Recht hervorheben. Wenn der Kaufmann eine Vollmacht zweifellos nicht für sein Geschäft erteilt, und dies dem Dritten bekannt ist, so kann sich der Dritte auf die handelsrechtlichen Bestimmungen, z. B. über den Umfang der Handlungsvollmacht, nicht berufen.

2. **Wem kann Handlungsvollmacht erteilt werden?** Darüber ist nichts gesagt. Die zivilrecht- Anm. 2. lichen Vorschriften sind daher hier maßgebend (Anm. 3 zu § 48). Insbesondere ist es nicht erforderlich, wie hier nochmals kurz hervorgehoben sei, daß der Handlungsbevollmächtigte zugleich Handlungsgehilfe ist oder in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht (ROHG. 7, 299; RGZ. 22 A S. 78). Auch ein Freund oder die Ehefrau des Prinzipals können Handlungsvollmacht erhalten oder auch ein Gesellschafter, z. B. der stille Gesellschafter, oder der Agent (RGZ. a. a O.), oder ein Gewerbegehilfe, der andere als kaufmännische Dienste leistet (§ 59). Mehreren Personen kann auch **Kollektivhandlungsvollmacht** erteilt werden, sowohl gemeinschaftlich, wie auch jeder besonders; wann das eine, wann das andere gewollt ist, ist Auslegungsregel. Es hängt von dem in die äußere Erscheinung getretenen Willen des Prinzipals ab (Anm. 5 u. 6).

3. **Wer kann Handlungsvollmacht erteilen?** Jeder Kaufmann, nur ein Kaufmann, aber Anm. 3. auch ein Minderkaufmann (anders bei der Prokura, Anm. 4 zu § 48). Für den Prinzipal kann auch der Prokurist Handlungsvollmacht erteilen (Anm. 1 zu § 49). Auch kann der Handlungsbevollmächtigte eine begrenzte Vollmacht erteilen, wenn dies der Betrieb der ihm

§ 54. übertragenen Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Anm. 1 zu § 58) oder wenn er hierzu besonders ermächtigt ist.

Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften dürfen keine Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetriebe bestellen (auch keinen Prokuristen, § 42 Abs. 2 des GenG.; s. a. § 48 HGB. Anm. 4).

Anm. 4. 4. **In welcher Weise erfolgt die Ermächtigung, d. i. die Erteilung einer Handlungsvollmacht?** Dies richtet sich jetzt nach dem BGB. Der § 167 BGB. bestimmt hierüber: „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll". Einer Form bedarf es nicht (vgl. unten Anm. 14). Die bevollmächtigende Erklärung kann schriftlich oder mündlich, auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Der Vollmachtserteilung gleich gilt nach § 171 BGB. die Kundgebung durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung, daß eine Vollmacht erteilt sei; auf Grund einer solchen Kundgebung ist der hierbei als Vertreter Bezeichnete dem Dritten bzw. jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Eine Kundgebung solcher Art bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird.

Anm. 5. Alles dies entspricht auch dem, was schon früher im Handelsrecht nach allgemeinen Grundsätzen gegolten hat. **Im Handelsverkehr wird besonders wichtig die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung erfolgen soll.** Diese Erklärung kann nämlich auch eine stillschweigende Erklärung sein, eine Erklärung durch konkludente Handlungen (vgl. Planck Vorbem. I 1 u. 3 vor § 116 BGB.). **Eine solche konkludente Handlung liegt insbesondere dann vor, wenn jemand sich einem Dritten gegenüber als Bevollmächtigter geriert und der Prinzipal dies in einer Weise geschehen läßt, die im redlichen Rechtsverkehr nur als Bevollmächtigung aufgefaßt werden kann.**

Für diese konkludente Vollmachtserteilung gilt folgendes:

Anm. 6. **Ob** der Prinzipal Vollmacht erteilt und **welchen Inhalt** er ihr gibt, das richtet sich nach dem in die äußere Erscheinung tretenden Verhalten des Prinzipals. Die **Vollmacht** ist wohl zu unterscheiden vom **Auftrag**. Dieser berührt das innere Verhältnis des Prinzipals zum Vertreter, während die Vollmacht die Legitimation gegenüber Dritten bestimmt (vgl. Anm. 1 zu § 48). Maßgebend ist also, ob und wie die Bevollmächtigung in die äußere Erscheinung tritt (vgl. Bolze 3 Nr. 436; 7 Nr. 344; RG. 50, 76 — **Vollmacht** des Agenten zum Abschluß von Versicherungsverträgen, wenn er befugt ist, die Police allein zu unterzeichnen und auszuhändigen). Hiernach richtet sich insbesondere der Umfang der erteilten Handlungsvollmacht: ob es sich um eine allgemeine Handlungsvollmacht oder um eine Vollmacht zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften handelt, und welche Art von Geschäften hier überall gemeint ist. Zu allen denjenigen Rechtshandlungen, die innerhalb dieses Umfanges der Vollmacht liegen, ist der Vertreter Dritten gegenüber legitimiert. Insoweit kann sich der Dritte mit dem Vertreter einlassen. Beschränkungen, die sich hieraus nicht ergeben, dem Vertreter aber gleichwohl auferlegt sind, berühren den Dritten nicht (vgl. Abs. 3 unseres Paragraphen).

Anm. 7. **Diese Grundsätze führen zu nachstehenden praktischen Folgen:**

a) Wenn ein Prinzipal es zuläßt, daß ein anderer sich als sein Handlungsbevollmächtigter geriert, z. B. Briefe als Handlungsbevollmächtigter zeichnet usw., so liegt darin die Erteilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht (RG. 1, 8; vgl. auch 50, 76). Ebenso wenn Liquidatoren ihrem Angestellten den Firmenstempel zur Verfügung stellen und zulassen, daß er Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts abgibt (Bolze 3 Nr. 436). Im letzteren Falle wurde der Angestellte für bevollmächtigt erachtet, eine Anweisung auf Schuld zu akzeptieren.

Anm. 8. b) Hat der Bevollmächtigte in den Grenzen der gesetzlichen Vollmacht gehandelt, so gereicht es dem Prinzipal und nicht dem Dritten zum Nachteil, wenn der Bevollmächtigte aus Irrtum, aus Mißverständnis der ihm vom Prinzipal erteilten Anweisung dem Willen des Prinzipals entgegengehandelt hat. Das berührt lediglich

Seite, den Auftrag (RG. 1, 9; 30, 30). Das gleiche gilt bei absichtlicher Zuwiderhandlung gegen die Instruktion. Anders nur, wenn der Dritte annehmen mußte, der Bevollmächtigte handle gegen seine Instruktion (Anm. 22). § 54.

c) Aus dem Verhalten des Prinzipals bei der Ausführung früherer durch den Bevollmächtigten abgeschlossener Geschäfte sind Folgerungen auf den Umfang der Vollmacht zulässig (ROHG. 10, 142). Anm. 9.

d) **Praktisch sehr wichtig ist die Frage nach der Inkasso-Vollmacht.** Jeder Bevollmächtigte besitzt sie, zu dessen Tätigkeitskreis die Einkassierung gewöhnlich gehört (vgl. Abs. 1 unseres Paragraphen). Aber abgesehen hiervon kann eine Bevollmächtigung zur Einkassierung aus dem Verhalten des Prinzipals entnommen werden. Ein solches Verhalten liegt nicht in der bloßen Tatsache, daß der Prinzipal die dem Gehilfen eingehändigte Zahlung unbeanstandet und ohne Widerspruch in Empfang nahm; denn eine ihm überbrachte Zahlung kann der Prinzipal entgegennehmen, durch wen immer sie ihm geschickt wird, er hat keine Veranlassung, sie zu beanstanden und gegen sie zu protestieren (ROHG. 19, 127; während ROHG. 9, 104 und 13, 211 von anderen Anschauungen ausgehen). Wohl aber liegt es darin, daß der Gehilfe ganz gewöhnlich in Abwesenheit des Prinzipals für diesen Geldzahlungen in Empfang nimmt (RG. bei Puchelt Anm. 3), ebenso darin, daß der Gehilfe mit Duldung des Prinzipals wiederholt Gelder gegen Blankoquittung abgehoben hat (ROHG. 11, 33), oder darin, daß der Prinzipal eine regelmäßige Vertretung des abwesenden Kassierers durch die Kontoristen wissentlich duldet (RG. in SeuffA. 36, 78). Es kommt in solchen Fällen nicht darauf an, ob der Gehilfe allgemein oder im einzelnen Falle den Auftrag hatte, einzukassieren, weil eben für das Vorhandensein der Vollmacht nur die äußeren Umstände entscheidend sind. — (Über die Inkasso-Vollmacht des Quittungsüberbringers vgl. Exk. zu § 58 Anm. 16 ff., über die des Reisenden § 55 Anm. 4—11, über die des Ladenpersonals § 56.) Anm. 10.

e) Der Dritte darf, wie das ROHG. in einer Entscheidung (10, 143) ausführt, wenn keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen, dem Vertreter trauen hinsichtlich der ausgesprochenen oder tatsächlichen Angaben desselben über den Umfang seiner Vollmacht; ein Mißbrauch seitens des Vertreters ist im Zweifel von dem Prinzipal zu vertreten. Die Entscheidung ist richtig aus dem oben in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkte, daß für den Dritten die äußere Erscheinung der Vollmacht maßgeblich ist, und weil dieser Gesichtspunkt hier zutraf. Ohne weiteres darf der Dritte dem Handlungsbevollmächtigten nicht trauen. Hier lag der Fall so, daß eine Handelsfrau ihren Ehemann zu Einkäufen bei ihr bekannten Firmen bevollmächtigt und daß der Ehemann auf Grund dieser Vollmacht bei verschiedenen Firmen Waren eingekauft hatte. In die äußere Erscheinung trat nur die Bevollmächtigung zu Einkäufen; die Beschränkung, daß dies nur bei Firmen, die der Beklagten bekannt waren, geschehen sollte, trat nicht in die Erscheinung, und aus diesem Grunde galt der Ehemann Dritten gegenüber zu Einkäufen überhaupt bevollmächtigt (ähnlich lag der Fall Bolze 7 Nr. 344; vgl. auch ROHG. 5, 207; 16, 127; 23, 348). Anm. 11.

f) Dem Dritten, der **gegen den ihm bekannten Inhalt** der Handlungsvollmacht mit dem Handlungsbevollmächtigten Geschäfte schloß, steht kein Anspruch gegen den Prinzipal zu (ROHG. 12, 279); ebenso, wenn er den Inhalt hätte kennen sollen (ROHG. 5, 209; 20, 122). Vgl. unten Anm. 22. Anm. 12.

g) **Ein Kaufmann, der Fernsprechanschluß hat,** ermächtigt durch dieses Verhalten seine Angestellten **nicht** zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten oder zur Abgabe aller Erklärungen, die tatsächlich durch den Fernsprecher abgehen, ebensowenig zur rechtsgeschäftlichen Entgegennahme aller telephonischen Mitteilungen. Dies mit Recht die jetzt herrschende Meinung (vgl. Meili in DJZ. 98, 457 und Frankenburger in DJZ. 04, 843; Goldmann I 246; OLG. Hamburg in DJZ. 97, 288; LG. Frankfurt a. O. im Recht 01, 495; LG. I Berlin in KGBl. 94, 26, und 97, 68). Die entgegengesetzte (von Staub 6./7. Aufl. Anm. 11 und von einzelnen Gerichten, z. B. LG. I Berlin und OLG. Braunschweig, beide in ZHR. 40, 450, ver- Anm. 13.

§ 54. tretene) Meinung hat im Gesetz keine Stütze und ihren letzten Grund in der Annahme, das Telephon sei eine außergewöhnliche Einrichtung, deren Gefahren der Inhaber des Fernsprechanschlusses tragen müsse. Das Telephon hat aber aufgehört, eine außergewöhnliche Einrichtung zu sein. Es haftet daher der Inhaber eines solchen Anschlusses weder dafür, daß kein Unberufener das Telephon benutzt, noch trägt er die Folgen entstandener Täuschungen oder Irrtümer, noch binden ihn Erklärungen, zu denen er keine Ermächtigung erteilt hat. Selbstverständlich ändert sich dies, wenn derjenige, der das Telephon benutzt, kraft einer ihm etwa sonst für den Inhaber des Anschlusses innewohnenden Vertretungsmacht handelt.

Die Frage nach den Folgen tatsächlich vorgekommener Irrtümer und Mißverständnisse richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 119 bis 122 ff. BGB.

Eine durch den Fernsprecher übermittelte Erklärung wird sofort wirksam, wenn der, dem gegenüber sie abzugeben ist, als Hörer am Empfangsapparat steht, sonst gilt sie als in dessen Abwesenheit abgegeben und wird in dem Zeitpunkte, in welchem sie ihm zugeht, wirksam (§ 130 BGB.), es sei denn, daß eine zum Empfange befugte Person die Erklärung entgegennimmt.

Der mittels Fernsprecher von Person zu Person gemachte **Vertragsantrag** gilt gemäß § 147 Abs. 1 Satz 2 als einem Anwesenden gemacht und kann daher nur sofort angenommen werden. Befindet sich der, für den die Erklärung bestimmt ist, nicht als Hörer am Empfangsapparat, so gilt der Antrag als einem Abwesenden gemacht (§ 147 Abs. 2 BGB.), es sei denn, daß eine zum Empfange befugte Person die Erklärung entgegennimmt. (Weiteres in Erl. zu § 361.)

Anm. 14. 5. **Daß eine Form der Ermächtigung nicht vorgeschrieben ist**, ergibt sich aus dem in Anm. 4 ff. Gesagten. Auch wenn das Rechtsgeschäft selbst, das der Vertreter vornehmen soll, an eine Form geknüpft ist, ist die Vollmacht formfrei (§ 167 Abs. 2 BGB.). Sie kann hiernach auch mündlich erfolgen, auch durch konkludente Handlungen. **Eine Registrierung der Vollmacht** ist nicht vorgesehen und kann daher nicht erfolgen. Würde sie dennoch erfolgen, so hätte sie nicht die Bedeutung des § 15.

Anm. 15. **Eine Art Ausnahme von der Formfreiheit der Vollmacht** ist es aber, wenn § 174 BGB. bestimmt:

„Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem Anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt, und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Anderen von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hatte."

Diese Vorschrift gilt auch im Handelsrecht (vgl. auch Anm. 10 zu § 232), und es ist auch hier zu betonen, daß das Zurückweisungsrecht nur dann wegfällt, wenn der Machtgeber den Dritten von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Es fällt nicht etwa schon dann weg, wenn der Dritte die Vollmacht hätte kennen müssen, nicht einmal dann, wenn er sie kannte. Bei Kündigungen, Wahlrechtsausübungen, Mängelanzeigen usw. kann dies von praktischer Wichtigkeit werden und unter Umständen sehr störend sein. Die Neuerung ist daher wohl zu beachten. Beim Prokuristen hatten wir gesehen, daß das Zurückweisungsrecht schon dann wegfällt, wenn die Prokura eingetragen ist (Anm. 7 zu § 48). Die Wirkung der Eintragung fällt aber bei der Handlungsvollmacht weg, da sie, wie gesagt, keine eintragungsfähige Tatsache ist.

Auf anderem Gebiete liegt und keine Ausnahme von der Formfreiheit der Vollmacht ist das Erfordernis formellen Nachweises der Vollmacht für gewisse Akte öffentlich-rechtlicher Natur (grundbuchliche Eintragungen, §§ 29, 30 GBO.; Anmeldung zum Handelsregister, § 12 HGB.).

Anm. 16. 6. **Umfang der Handlungsvollmacht.** Der zugeteilte Geschäftskreis (s. auch Anm. 1) ist entweder der Betrieb des ganzen Handelsgewerbes, wie beim römischen institor, oder die Vornahme einer bestimmten Art von Geschäften (Beispiele: Kassierer, Zahlkellner, Omnibusschaffner, die Fahrkarten verkaufen, Fabrikdirektoren, Versicherungsinspektoren, Werkführer,

Reisende [§ 55], Agenten [§§ 86, 87]; vgl. Behrend § 53 Anm. 6), oder endlich die Vornahme einzelner Geschäfte, also auch eines einzelnen Geschäfts (ROHG. 1, 252; 16, 131; Düringer-Hachenburg I 184; Goldmann I 244; anders hinsichtlich eines einzelnen Geschäfts RG. in Bolze 9 Nr. 215 und in JW. 98, 75[32]; Cosack § 21[3]; Lehmann-Ring Nr. 11). **§ 54.**

7. **Die Wirkung der Erteilung einer Handlungsvollmacht** ist die Berechtigung zu allen Geschäften, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Anm. 17.

a) **Der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes** — im Gegensatz zum Prokuristen, der zu allem berechtigt ist, was der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Der Handlungsbevollmächtigte ist ermächtigt zu allem, was in dem Betriebe des betreffenden vom Prinzipal geführten Handelsgewerbes üblich ist (vgl. auch Anm. 1). Hält sich der Handlungsbevollmächtigte in diesen Schranken, so kommt es auf die allgemeine Üblichkeit in Geschäften gleicher Art nicht mehr an (ROHG. 6, 153).

b) **Die Vornahme derartiger Geschäfte.** Daraus folgt, daß der Handlungsbevollmächtigte nicht nur die Geschäfte abschließen, sondern auch die später notwendigen Verhandlungen, sowie die auf die Ausgleichung von Schwierigkeiten bei der Ausführung abzielenden führen darf, was sich auch auf die Vollmacht zu einzelnen Geschäften bezieht (StrA. 69, 348). Anm. 18.

c) **Gewöhnlich mit sich bringt.** Der Handlungsbevollmächtigte darf im Gegensatz zum Prokuristen nichts tun, was im Geschäftsbetriebe ungewöhnlich und selten ist, aber alles das, was der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt; ob darunter Zahlungsempfangnahme, Fristbewilligungen, Vergleichsabschlüsse, Nachlässe usw. verstanden werden, beantwortet sich nach der Natur des betreffenden Handelsgewerbes, der betreffenden Stellung, der Verkehrsbedürfnisse und der kaufmännischen Gebräuche (ROHG. 6, 400). Auch wenn die betreffende Geschäftsart, z. B. der Abschluß von An- oder Verkaufsgeschäften in den Rahmen der konkreten Handlungsvollmacht fällt, kann das einzelne Geschäft, z. B. infolge der ungewöhnlichen finanziellen Tragweite, aus dem Rahmen der Vollmacht herausfallen (RG. in JW. 04, 475[20]: Vertrag über die Lieferung einer Seilbahn unter Festsetzung des Gegenwerts auf 81 000 Mk. für das von dem Bevollmächtigten vertretene Steinkohlenbergwerk; RG. 52, 89: Verkauf von 3300 Kubikmeter Hölzer zum Preise von 45 Mk. 25 Pf. durch einen Reisenden; beide Male unter Würdigung der Einzelumstände). Anm. 19.

Für ungewöhnlich hat das ROHG. (1, 251) bei einem zum Abschluß eines Kaufgeschäfts über Wertpapiere mit schwankendem Kurse legitimierten Bevollmächtigten die Prolongation des Engagements erklärt. Ebenso ist von der Rechtsprechung die Annahme eines Wechsels an Zahlungsstatt für ungewöhnlich erklärt worden (Hofgericht Gießen in ZHR. 2, 402). Für gewöhnlich bei einem generellen Handlungsbevollmächtigten gilt die Untersuchung und Beanstandung, sowie die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der ankommenden Warensendungen (ROHG. 15, 305). Zu den gewöhnlichen Vorkommnissen im kaufmännischen Geschäftsleben gehört die Auskunftserteilung über Kreditwürdigkeit (RG. 20, 194 und in JW. 99, 831[15]); deshalb fällt sie jedenfalls in den Rahmen der allgemeinen Handlungsvollmacht (vgl. noch Anm. 20).

Zu unterscheiden sind übrigens oft die Handlungen selbst und die mit ihnen verknüpften Präjudize. In der Zahlungsempfangnahme liegt z. B. oft ein Rechtsverzicht; die Empfangnahme der Zahlung durch den Bevollmächtigten begründet aber den Rechtsverzicht nicht ohne weiteres (Hahn § 11 zu Art. 47; Anm. 4 zu § 56).

8. **Als außerhalb der Handlungsvollmacht liegend und daher besonderer Vollmacht bedürftig** ist vom Gesetze bezeichnet die Befugnis zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken (über diese Begriffe usw. vgl. § 49 Anm. 2); zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, also auch die zu Girierungen, außer zu Girierungen nach Protest oder als Prokura-Indossament oder ohne Obligo; zur Aufnahme von Darlehen, wozu die Benutzung des Bankkredits aber nicht gehört (Puchelt Anm. 6 zu Art. 47); zur Prozeßführung. Die besondere Vollmacht muß nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend geschehen Anm. 20.

§ 54. (JW. 01, 844[27]; Anm. 2 zu § 49), muß ferner nicht einzeln, sondern kann auch ein für alle Male erfolgen (Bolze 6 Nr. 325).

Das sind die Fälle, in denen **jeder** Handlungsbevollmächtigte einer besonderen Vollmacht bedarf. Auch der General-Handlungsbevollmächtigte bedarf dieser besonderen Vollmacht. **Auch daß das eine oder das andere der hier ausgeschlossenen Rechtsgeschäfte in dem betreffenden Handelsbetrieb üblich ist,** begründet keine Befreiung von dem Erfordernisse der Sondervollmacht.

Außerdem bedarf der Handlungsbevollmächtigte einer besonderen Vollmacht zu allen in seinem speziellen Tätigkeitskreise ungewöhnlichen Geschäften. Bei der Auslegung solcher besonderer Vollmachten darf man nicht engherzig vorgehen. So ist z. B. die Vollmacht des Prinzipals, ihn in einer Gläubigerversammlung zu vertreten, für die Zustimmungserklärung zu einem außergerichtlichen Vergleich in jener Versammlung genügend, denn das ist die erheblichste Erklärung, um die es sich dabei handelt (Bolze 13 Nr. 668; anders OG. Wien Adler-Clemens Nr. 573).

Anm. 21. 9. **Rein persönliche Angelegenheiten** des Prinzipals, d. h. solche, die der Besorgung durch Bevollmächtigte nicht fähig sind (Beispiele s. Anm. 4 zu § 49), liegen natürlich auch außerhalb des Bereiches einer noch so umfassenden Handlungsvollmacht, wie sie auch außerhalb der Prokura liegen.

Anm. 22. 10. **Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht.** Die Vollmacht hat denjenigen Inhalt, den der Prinzipal ihr vermöge seines in die äußere Erscheinung tretenden Verhaltens gibt (Anm. 5 u. 6). Will der Prinzipal die sich hieraus ergebende Vollmacht einschränken, so genügt es nicht, daß er dem Bevollmächtigten nach dieser Richtung Anweisung gibt, seinen Auftrag einschränkt. Vielmehr muß diese Einschränkung auch dem Dritten derart kundgegeben werden, daß er sie gegen sich gelten lassen muß. Dies ist der Fall, wenn, wie Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen sagt, der Dritte die Beschränkungen kannte oder sie kennen mußte. (Bei der Prokura liegt die Sache anders; vgl. Anm. 2 zu § 50). — Hat der Bevollmächtigte die Beschränkung seiner Vollmacht bekannt gegeben oder die Genehmigung des Prinzipals vorbehalten, so kann er später nicht für sich allein genehmigen (JW. 91, 133[12]).

Wann liegt nun aber der Fall vor, daß der Dritte die Einschränkung der Vollmacht **kennen mußte**? oder was nach der neueren Rechtssprache dasselbe ist (§ 122 Abs. 2 BGB.), aus Fahrlässigkeit nicht kannte? Nach dieser Richtung hatte sich schon früher ein Handelsgebrauch dahin gebildet, daß eine in üblicher Weise kundgegebene Tatsache als bekannt betrachtet wird (5. Aufl., Einl. zu Art. 47). An diesen Handelsgebrauch wollte offensichtlich die vorliegende Vorschrift anknüpfen. Er muß zur Ergänzung der in Abs. 3 gegebenen Vorschrift herangezogen werden. Der Dritte muß hiernach die Einschränkung kennen, wenn sie gehörig bekannt gemacht ist. War die Vollmacht öffentlich bekannt gemacht, so muß die Einschränkung in derselben Weise bekannt gemacht werden (vgl. § 171 Abs. 2 BGB.). Ist das betreffende Blatt inzwischen eingegangen, so muß dasjenige gewählt werden, das in dem betreffenden Kreise als Ersatzblatt betrachtet wird. Ein an auffallender Stelle im Laden sichtbarer Anschlag, daß nur an der Kasse zu zahlen ist, ist eine jeden Käufer bindende Einschränkung der Vollmacht aller übrigen Angestellten.

Anm. 23. Danach regelt sich gleichzeitig die Beweislast. Der Prinzipal hat zu beweisen, daß der Dritte die Einschränkung kannte oder daß er seinerseits alles getan, was normaler Weise genügt, um ein Kennenmüssen jedes Dritten herbeizuführen. Alsdann bleibt es dem Dritten überlassen, die außergewöhnlichen Umstände, durch die sein trotzdem vorhandenes Nichtwissen entschuldigt wird, darzutun und zu beweisen (insoweit zust. Lehmann-Ring Nr. 13).

§ 55.

§ 55. **Die Vorschriften des § 54 finden auch auf Handlungsbevollmächtigte Anwendung, die als Handlungsreisende zur Vornahme von Geschäften an Orten**

verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht **§ 55.**
befindet.

Die Reisenden gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden.

I. **Vorbemerkung. Die Bestimmungen über die Vollmacht des Handlungsreisenden,** die dieser Paragraph enthält, **sind nur Anwendungen des im § 54 ausgesprochenen Prinzips;** auch diejenigen Handlungsbevollmächtigten, die der Prinzipal zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet, sollen zu allem ermächtigt sein, was die Ausführung dieser Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Hervorgehoben ist dabei, daß nach dem Willen des Gesetzes als gewöhnlich zur Ausführung gehörig die Einziehung des Kaufpreises und die Bewilligung von Zahlungsfristen aus eigenen Geschäften betrachtet werden sollen. **Über Wesen und Wirkungen** der Vollmacht gelten sonach die zu § 54 gemachten allgemeinen Erörterungen, insbesondere folgende beide Gesichtspunkte: Anm. 1.

1. **Abänderungen des gesetzlichen Inhalts** der Vollmacht sind zulässig und gelten Dritten gegenüber, wenn das erkennbare Verhalten des Prinzipals auf den Abänderungswillen hindeutet (Anm. 6 u. 22 zu § 54). Insbesondere gelten Einschränkungen dann, wenn sie dem Dritten bekannt waren oder er sie hätte kennen sollen; etwa durch Vermerke in der Faktura oder durch Zirkulare; so z. B. wenn in dieser Weise der Prinzipal den Reisenden nur ermächtigt, mit gewissen Personen oder bis zu einem gewissen Betrage Geschäfte zu machen (ROHG. 5, 207), oder bei Preislimiten, die dem Reisenden vorgeschrieben sind (ROHG. 23, 348), oder endlich beim Inkassoverbot. Ist letzteres in einer vor dem Besuch des Reisenden gesandten Faktura enthalten, so zahlt der Kunde an den Reisenden auf seine Gefahr (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 184 u. Nr. 278). Anm. 2.

Wegen der sonstigen Vermerke in Fakturen usw. vgl. auch Erl. zu § 372.

2. **An die innerhalb der Vollmacht geschlossenen Geschäfte ist der Prinzipal gebunden.** Der Handlungsreisende ist insbesondere zum Abschluß von Verkäufen bevollmächtigt. Es ist nicht etwa, wie in der Kaufmannswelt vielfach geglaubt wird, der Prinzipal befugt, über die Effektuierung der überschriebenen Ordres Entscheidung zu treffen. Der Reisende sammelt nicht bloß Offerten, sondern er schließt die Geschäfte ab. Abgesehen von besonderen Rücktrittsrechten ist der Prinzipal daher zur Erfüllung verpflichtet. Auch kann nicht zugegeben werden, es sei dies lediglich Tatfrage. Vielmehr geht der regelmäßige Inhalt der Vollmacht des Reisenden auf den Abschluß von Geschäften (anders Düringer-Hachenburg I 186). Doch kann die außergewöhnliche finanzielle Tragweite des einzelnen Kaufgeschäfts bewirken, daß es außerhalb des Rahmens der Vollmacht fällt (RG. 52, 90; § 54 Anm. 19). Anm. 3.

Dabei gilt das Geschäft so, wie es mit dem Reisenden vereinbart ist, Unrichtigkeiten des Berichts sind für den Dritten unverbindlich (ROHG. 23, 352). Doch kann der Prinzipal auch Überschreitungen genehmigen (Anm. 41 Erl. zu § 58).

Bei seinen Verträgen mit Wirten und Fuhrleuten verpflichtet der Reisende jedoch nicht den Prinzipal. Deshalb dürfen wegen solcher Forderungen dem Prinzipal gehörige Gegenstände (Koffer, Muster usw.) nicht gepfändet oder zurückbehalten werden (ZHR. 7, 597).

II. **Was den Inhalt des Paragraphen selbst** anbetrifft, so geschieht die Erläuterung nach folgenden Gesichtspunkten: Anm. 4.

A. **Der Paragraph findet Anwendung nach ausdrücklicher Vorschrift** (Abs. 1) **auf alle auswärts** (d. h. außerhalb der **Handelsniederlassung** des Prinzipals) **verwendeten Handlungsbevollmächtigten,** die sog. **auswärtigen Reisenden** („Fernreisende"). Nicht bloß auf diejenigen,

§ 55. die in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipal stehen (vielfach Provisionsreisende genannt), sondern auch auf diejenigen, die als selbständige Kaufleute für Handlungshäuser Kunden aufsuchen und Bestellungen entgegennehmen (sog. reisende Agenten). Letzteres war früher streitig. Jetzt, nachdem deutlich zu erkennen gegeben ist, daß die Vorschriften über die Handlungsvollmacht sich auf alle Handlungsbevollmächtigten beziehen, auf welchem Rechtsverhältnisse auch die Vollmacht beruhen mag, konnte dies wohl nicht mehr zweifelhaft sein; zum Überfluß ist es im § 87 noch ausdrücklich ausgesprochen. Die Vorschriften beziehen sich also auch auf die reisenden Agenten, wofern sie Abschlußvollmacht haben (D. 75). Doch ist der Agent zur Entgegennahme von Erklärungen der in Abs. 3 bezeichneten Art in weiterem Umfange legitimiert (§ 86 Abs. 2).

Den Gegensatz bilden die **Stadtreisenden.** Auf sie bezieht sich die Vorschrift nicht (RG. 6, 83; D. 56; anderer Ansicht Dernburg II § 114[10]). Der Umfang ihrer Vollmacht richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 54. Inkassovollmacht ist dabei durchaus nicht ausgeschlossen, sie kann ihnen ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen erteilt sein (vgl. auch § 54 Anm. 10). Doch muß sie eben besonders erteilt sein und folgt nicht aus der Bestellung zum Stadtreisenden; denn die Inkassovollmacht an Stadtreisende zeigt sich nicht als ein Verkehrsbedürfnis (vgl. aber die Berliner Ältesten bei Dove-Apt 11). Dagegen wird man den Stadtreisenden zur Entgegennahme der in Abs. 3 bezeichneten Erklärungen für die Regel als befugt erachten müssen (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2).

Als Stadreisende sind auch die anzusehen, die vom Geschäfte aus nach den Vororten oder den Nachbarorten geschickt werden, um nach kurzer Zeit zurückzukehren. Das gleiche muß gelten von den Agenten, die nicht reisen, den sog. Platzagenten. Der § 55 findet auf sie keine Anwendung, wohl aber der § 54 (s. a. Erl. zu § 85).

B. **Über den Umfang der Vollmacht des Reisenden** gilt folgendes:

Anm. 5. 1. **Hervorgehoben ist** (Abs. 2) **die Ermächtigung des Handlungsreisenden zur Einziehung des Kaufpreises und zu Fristbewilligungen hinsichtlich der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte.** Aber auch insoweit ist die Vollmacht nicht unbegrenzt, sondern findet in dem Üblichen und Herkömmlichen ihre natürliche Schranke.

a) **Bei der Einziehung des Kaufpreises** hat der Reisende gemeiniglich Barzahlung zu erwirken, Annahmen an Zahlungsstatt nur, soweit sie üblich sind, was gewöhnlich nicht der Fall ist. Auf keinen Fall ist Aufrechnung der Schuld mit Forderungen an ihn selbst gestattet (SeuffA. 35 Nr. 51), wohl aber darf er kleine Abzüge (Dekorts) gewähren, da diese bei den Verhandlungen über die Kaufpreiseinziehung gang und gäbe sind (Allfeld 291). Die Denkschrift (55 f.) meint zwar, daß das neue Gesetzbuch zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bedingungen keinen Unterschied mache, der Reisende vielmehr zur Abänderung des geschlossenen Geschäfts absolut nicht befugt sei; allein diese strenge Meinung hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. — Selbstverständlich kann die Ermächtigung zur Einziehung des Kaufpreises dem auswärtigen Reisenden auch durch deutliche Maßnahmen entzogen werden; so wird sie z. B. durch den Vermerk auf der Rechnung: „Zahlung belieben Sie stets an uns direkt zu leisten," ausgeschlossen (LG. Halle im „Recht" 02, 185).

b) Die **Fristbewilligung** darf er nicht übermäßig vornehmen (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 353). Da er den Kaufpreis einziehen und Frist bewilligen kann, so darf er auch einen Wechsel, der zugunsten des Prinzipals als Remittenten oder Indossatars lautet, mit üblichem Fälligkeitstermin zahlungshalber annehmen, und der Kunde ist durch Hingabe des Wechsels befreit, vorausgesetzt, daß er ihn zur Verfallzeit einlöst. Hat der Reisende den Wechsel in seinem Nutzen verwandt, so trifft der Nachteil den Prinzipal (vgl. ROHG. 13, 296). Nicht aber gehört zur Vollmacht des Reisenden die Annahme von Wechseln an Zahlungsstatt.

Anm. 6. 2. Ferner ist (Abs. 3) hervorgehoben die Legitimation der Reisenden **zur Entgegennahme gewisser rechtsgeschäftlicher Erklärungen:** der Anzeige von Mängeln (§§ 377 — s. dort Anm. 27 —, 381 HGB.), der Dispositionsstellung (§§ 466, 480 BGB.) und ähnlicher Erklärungen, z. B. des Ultimatums nach § 326 BGB., einer für den Eintritt des Verzugs

erforderlichen Mahnung (§§ 284ff. BGB.), der Erklärung, daß die Ware verspätet oder in falschen Quantitäten geliefert sei (z. B. § 378 HGB.) u. ä. Aber der Reisende muß **„anwesend"** sein, d. h. am Orte anwesend sein und während der Dauer seines Aufenthalts dort muß die Erklärung geschehen; denn es erscheint nicht angängig, daß der Dritte die betreffende Erklärung, statt an den Geschäftsinhaber selbst, an dessen anderswo auf der Reise befindlichen Vertreter richtet (D. 56). Ortsanwesend muß der Reisende sein, nicht gegenwärtig; Fernsprechübermittlungen genügen in diesem Falle (ebenso Goldmann I 258; abw. Staub 6./7. Aufl. Anm. 5, dem Stübel im SächsA. 00, 439 beigetreten ist). Dagegen brauchen sich jene Erklärungen nicht gerade auf Geschäfte zu beziehen, die der Reisende abgeschlossen hat (Düringer-Hachenburg I 187). — Zur **Gutheißung** der Dispositionsstellungen ist der Reisende nicht befugt (D. 56), wie er überhaupt nicht zur Abgabe und zur Billigung, sondern **nur zur Entgegennahme** der hier in Rede stehenden Erklärungen befugt ist. — § 55.

3. **Soweit der Umfang der Vollmacht des Reisenden nicht besonders bezeichnet ist, bestimmt sich derselbe nach § 54** und den dort aufgestellten Gesichtspunkten (vgl. Erläuterung dazu). Der in die Erscheinung tretende Wille des Prinzipals und das in solcher Stellung Übliche sind entscheidend. Man darf nicht etwa per argumentum e contrario aus unserem Paragraphen entnehmen, daß der Reisende z. B. zur Einziehung des Kaufpreises aus anderen Käufen niemals legitimiert ist. Im einzelnen gilt hier folgendes: — Anm. 7.

a) Zur Einziehung des Kaufpreises aus Geschäften, die der Prinzipal selbst oder sein Vorgänger auf der Reise abgeschlossen hat, wird man den Reisenden gesetzlich nicht für ermächtigt erachten (Bemerk. d. Einsenders in ROHG. 4, 298). Doch kann er dazu besondere Vollmacht, auch Generalvollmacht besitzen, die selbst aus den Umständen hervorgehen kann (ROHG. 15, 407). — Vgl. ferner § 54 Anm. 10. — Anm. 8.

b) Zur Feststellung der Kaufbedingungen ist er selbstverständlich ermächtigt, doch auch hier in vernünftigen Grenzen. Ein Preiskurant, der ihm mitgegeben und dem Kunden vorgelegt wird, ist dabei nicht ohne weiteres als Limito zu erachten (zust. Lehmann-Ring Nr. 6). Er kann auch eine Instruktion für den Reisenden sein, wenn möglich diese Preise zu erzielen (vgl. z. B. RG. in DJZ. 02, 345), und außerdem ist es üblich, von den Preisen des Preiskurants verschiedene Skontos zu bewilligen. Zu generellen Vereinbarungen für die Zukunft wird er im Zweifel nicht für ermächtigt gelten (HAG. Nürnberg in ZHR. 21, 539). — Anm. 9.

c) Auf wohlerworbene Rechte verzichten darf er nicht, abgesehen von den oben zu 1 hervorgehobenen kleinen Dekorts. Er darf also insbesondere nicht Geschäfte rückgängig machen, die er dem Prinzipal bereits angezeigt, noch weniger solche, die dieser schon zu erfüllen begonnen hat (ROHG. 7, 115) oder gar schon erfüllt hat (OLG. Kassel in SeuffA. 48, 70); auch nicht gleichsam als Bedingung der neuen Bestellung auf Rechte aus der früheren Lieferung verzichten, wogegen aus der Natur seiner Stellung folgt, daß er bis zur Anzeige an den Prinzipal die Order ändern oder rückgängig machen kann (a. A. Goldmann I 257, der überhaupt dem Reisenden das Recht nicht zugesteht, abgeschlossene Geschäfte wieder aufzulösen). Zur Erteilung einer einen Verzicht enthaltenden Generalquittung ist er nicht befugt (OAG. Dresden in ZHR. 11, 150). Auch zur Änderung der zwischen Prinzipal und Kunden festgestellten Vertragsbedingungen ist er nicht ermächtigt (Bolze 18 Nr. 442). — Anm. 10.

d) Bürgschaften für den Prinzipal zu übernehmen, ist der Reisende nicht befugt (LG. Frankfurt in ZHR. 42, 511). — Anm. 11.

Zusatz. Über den Handlungsreisenden als Handlungsgehilfen, also über die Dienstverhältnisse des Handlungsreisenden s. Anm. 26 u. 27 zu § 59. — Anm. 12.

§ 56.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Waarenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Waarenlager gewöhnlich geschehen. — § 56.

§ 56. Einleitung. **Der Paragraph gibt eine gesetzliche Vollmacht für den Angestellten in einem Laden oder offenen Warenlager.** Es wird damit lediglich ein aus der Regel des § 54 abgeleiteter Auslegungssatz aufgestellt (ROHG. 23, 348). Der Erläuterung bedürfen folgende Begriffe:

Anm. 1. 1. **Angestellt.** Erforderlich und ausreichend ist, daß die Person mit dem Willen des Prinzipals, jedoch nicht notwendig auf Grund eines Dienst- oder eines Vertragsverhältnisses, vorübergehend oder bleibend, berufsmäßig in dem Raume mit dem Publikum verkehrt. Angestellt in diesem Sinne sind jedenfalls die Handlungsgehilfen, deren Tätigkeitskreis sich auf den Raum bezieht. Aber auch die Angehörigen und die Ehefrau können es sein (RG. 51, 23), auch der Lehrling (Hofgericht Gießen in ZHR. 2, 402), nicht aber Personen, die zufällig im Laden anwesend sind, mögen sie auch im übrigen zum Geschäftspersonal gehören, z. B. Kontoristen, Handlungsreisende usw., oder sonstige Personen, die augenscheinlich zu anderm Zwecke in den Räumen anwesend sind, z. B. zum Packen oder Reinigen.

Anm. 2 2. **Laden, offenes Warenlager.** Als Laden erscheint ein geschlossener Raum, der aber zum freien Eintritt für das Publikum und zum Abschluß der Geschäfte bestimmt ist (vgl. Anm. 5 Erl. zu § 37), z. B. der Verkaufsladen, die Konditorei, die Schankstube, die Leihbibliothek. Dagegen ist das Kontor kein Laden, insbesondere auch nicht das Büreau einer Bank, außer wenn es, wie dies in Berlin nicht selten ist, in der Tat die Gestalt eines Ladens hat (Geldwechslergeschäft; vgl. ROHG. 12, 38). In diesem Falle ist aber die Anwendung des vorliegenden Paragraphen nur auf den Teil der Geschäftsräume, der wirklich diese Gestalt hat, zu beschränken und nicht auf die übrigen Räume, die den Charakter eines Kontors haben, auszudehnen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die in einem Kontor Angestellten die hier aufgestellte Vollmacht schlechterdings nicht besitzen. Vielmehr entscheiden hier die Umstände über die Bevollmächtigung nach § 54 (OLG. Dresden in ZHR. 11, 156). Darauf, ob es ein Detail- oder ein Engrosladen ist, kommt es nicht an (Hahn § 2 zu Art. 50).

Das Warenlager muß ein offenes sein, also für den Verkehr mit dem Publikum bestimmt; dazu gehört also nicht der Vorratskeller eines Weingeschäfts. Gemeint ist z. B. die Meßbude.

Anm. 3. 3. **Für ermächtigt gilt** der Angestellte zu den hier vorgesehenen Rechtsakten dem Dritten gegenüber, auch wenn ihm in Wahrheit eine solche Ermächtigung nicht erteilt wurde. An bekannte oder erkennbar gemachte Beschränkungen ist aber der Dritte gebunden (ROHG. 23, 348; vgl. Anm. 22 zu § 54). So fällt die gesetzliche Vollmacht weg, wenn der Zahlende wußte, daß der Zahlungsempfänger nicht oder nur unter gewissen nicht vorhandenen Voraussetzungen zum Geldempfang ermächtigt war (ROHG. 12, 38), oder wenn er dies hätte wissen sollen, so namentlich, wenn dies durch eine für jeden Besucher des Lokals sichtbare Ankündigung bekannt gemacht ist (ROHG. 20, 122; zustimmend Cosack § 21[11]). Als genügende Ankündigung wird man es ansehen müssen, wenn im Lokale die besondere Einrichtung einer Kasse getroffen ist und dies aus einem deutlichen Plakat („Zahlung an der Kasse") hervorgeht. Die Plakate müssen aber den ernsten Einschränkungswillen ergeben. Der Anschlag „feste Preise" dürfte die Vollmacht der Angestellten zu Preisvereinbarungen nicht einschränken, auch nicht die Anheftung eines Preiskurants. Es müßte schon deutlicher heißen: daß nur die hier auf den Waren vermerkten Preise gelten (zust. Förtsch Anm. 5 zu Art. 50; Allfeld 297; anders Hahn § 10 zu Art. 50). Ein Anschlag, wonach nur Barzahlung stattfindet, schließt die Kreditierungsvollmacht aus; aber der Anschlag „feste Preise" ist hierzu keineswegs geeignet (anders Hahn a. a. O.).

Nur für das **Geschäftslokal selbst** besteht die Vollmacht (ROHG. 22, 59), obwohl das Wort „daselbst", das im früheren Art. 50 stand, fortgelassen ist. Und nur für wirklich Angestellte. Glaubt der Dritte, einen Angestellten vor sich zu haben, der es aber in Wirklichkeit nicht ist, so braucht der Geschäftsinhaber Verhandlung oder Zahlung nicht anzuerkennen. Demgemäß hört die Vollmacht auch mit dem Momente der Dienstentlassung auf, ohne daß weitere Bekanntmachungen erforderlich sind (Cosack § 21[9]).

4. **Verkäufe und Empfangnahmen, die in einem derartigen Lokal gewöhnlich geschehen.** Ist eine Handlung in dem Geschäftslokal selbst üblich, dann kommt es auf die allgemeine Üblichkeit nicht mehr an. Es genügt aber jedenfalls die allgemeine Üblichkeit. Danach richtet es sich, ob der Angestellte nur im einzelnen verkaufen darf oder auch en gros (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 956), ob nur gegen Barzahlung oder auch gegen Kredit, ob mit Rabatt usw. — § 56. Anm. 4.

Zu den Empfangnahmen gehören vor allem die **Zahlungen.** Diese müssen auf den Geschäftsbetrieb des betreffenden Lokals Bezug haben: der Erlös aus einem Grundstücksgeschäft darf an den Angestellten in einem Verkaufslokal nicht ohne weiteres ausgehändigt werden. Dagegen ist es gleichgültig, ob der betreffende Gehilfe den Verkauf selbst abgeschlossen hat (OLG. Kassel in BuschA. 45, 358). Mit der Vollmacht zur Empfangnahme sollen aber nur die rein tatsächlichen Fragen nach der Ablieferung erledigt sein. Die Übergabe an Angestellte gilt als Übergabe an den Prinzipal. Dagegen können anderweite rechtliche Folgerungen an diese Empfangnahmehandlungen nicht geknüpft werden, etwa die Anerkennung von Mängeln verkaufter Waren oder die Genehmigung von Mängeln gekaufter Waren. Noch weniger ist der Angestellte zur Vereinbarung solcher rechtlichen Folgen befugt. Demnach gilt z. B. eine von einem Kunden bemängelte Ware, die dem Angestellten zurückgegeben ist, hierdurch als zurückgeliefert, aber nicht als zurückgenommen (vgl. Anm. 19 zu § 54).

§ 57.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zu zeichnen. — § 57.

1. **Hier gilt das zu § 51 Gesagte.** Die Vorschrift ist also ebenfalls nur eine Ordnungsvorschrift. Ihre Nichtbeachtung tut der Gültigkeit des Aktes keinen Eintrag. Zwar hat das preußische Obertribunal, indem es die Namenszeichnung für ein höchst persönliches Recht erachtete, das keine Vertretung leide, die ohne Beachtung der hier gegebenen Vorschrift erfolgte Zeichnung der Firma durch den Handlungsbevollmächtigten für unverbindlich erachtet, „weil der Name eines Menschen gleichsam ein Stück seiner Persönlichkeit sei" (Plenarbeschl. v. 4. 12. 54, Präjudiz Nr. 2585). Doch ist diese Ansicht vom ROHG. (5, 263; 12, 133) und vom RG. (4, 320; vgl. auch Bolze 16 Nr. 285) abgelehnt worden. Mit vollem Recht. Es bezieht sich das auch auf Formalakte, wie die Akzeptierung eines Wechsels (vgl. noch, **mutatis mutandis,** die in § 51 Anm. 2 hinsichtlich der Prokura entwickelten Grundsätze). — Anm. 1.
2. **Das Verbot der Prokurazeichnung** findet Nachdruck durch die Haftung nach § 179 BGB.; doch ist durch eine solche Zeichnung der Prinzipal nicht befreit, wenn nur sonst keine Vollmachtsüberschreitung vorliegt. Selbst wenn diese vorliegt, bleibt es dem Prinzipal überlassen, das Geschäft zu genehmigen. — Anm. 2.
3. Die Handlungsbevollmächtigten **zeichnen im Handelsverkehr „per X. X."** (Name des Prinzipals). Diese Formel hat im Geschäftsverkehr die ausschließliche Bedeutung, daß der Unterzeichner als zur Abgabe der Erklärung Bevollmächtigter für den Vollmachtgeber die Erklärung abgebe (OLG. Braunschweig in ZHR. 34, 569), während „p. p. X." im Handelsverkehr per procura (ROHG. 15, 77) bedeutet (s. a. § 51 Anm. 2). Häufig ist auch der Zusatz: „i. V." (in Vollmacht, in Vertretung). — Anm. 3.

§ 58.

Der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts seine Handlungsvollmacht auf einen Anderen nicht übertragen. — § 58.

1. Der Paragraph bestimmt **die Unübertragbarkeit der Handlungsvollmacht.** Kein Handlungsbevollmächtigter kann „**seine**" Handlungsvollmacht auf einen anderen dergestalt über- — Anm. 1.

§ 58. tragen, **daß er selbst als Handlungsbevollmächtigter ausscheidet und an seiner Stelle nunmehr ein anderer bevollmächtigt ist.** Nur mit Einwilligung des Prinzipals ist solche Übertragung der **Vollmacht als Ganzes** zulässig. Die Einwilligung kann auch im voraus erteilt werden. Man darf jedoch daraus, daß die Substitution gewöhnlich geschieht, nicht auf das Einverständnis des Prinzipals schließen; sonst hätte der vorliegende Paragraph keine Bedeutung.

Anders liegt es mit dem Rechte eines Bevollmächtigten, zu **einzelnen Rechtshandlungen** bei Ausführung der Vollmachtsgeschäfte einen Unterbevollmächtigten zu bestellen. Diese Befugnis hat er immer dann, wenn sie gewöhnlich ist, namentlich also bei Rechtshandlungen, bei denen es auf die Persönlichkeit des Handlungsbevollmächtigten, auf dessen Geschicklichkeit oder Zuverlässigkeit nicht besonders ankommt, oder bei denen die Bedürfnisse des Verkehrs die anderweite Ausführung geboten oder üblich erscheinen lassen (vgl. § 54). Bei besonderen Vertrauensakten wird die Substitutionsbefugnis nur mit Vorsicht anzunehmen sein (RG. in JW. 91, 556[15]).

Anm. 2. 2. Die im Widerspruch mit dieser Vorschrift erfolgte Übertragung der Handlungsvollmacht ist wirkungslos. Das liegt in den Worten „kann nicht".

Anm. 3. 3. Über die Unübertragbarkeit der Prokura s. § 52 Anm. 6; über die Befugnis des Prokuristen zur Bestellung von Handlungsbevollmächtigten s. § 49 Anm. 1.

Exk. zu § 58.

Exkurs zu § 58.

Ergänzungen zur Lehre von den handelsrechtlichen Vollmachten.

Lit.: Schloßmann, Stellvertretung, Bd. I 1900, Bd. II 1902; Biermann, Vertretung und Vollmacht in der Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg, 1900; Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB., 1900; Hupka, Die Vollmacht, 1901. Über die Literatur vor 1900 vgl. Dernburg I § 161[1].

A. Wirkungen der Stellvertretung.

Anm. 1. I. **Hierüber bestimmte früher der Art. 52 HGB.; jetzt der § 164 BGB.** Letzterer lautet:

„Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.

Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem Anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt."

Anm. 2. II. **Die Rechtswirkung der auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte wird in diesem Paragraphen nach folgenden Gesichtspunkten bestimmt:**

1. Lediglich der Geschäftsherr erwirbt die Rechte und Pflichten.
2. Dem ausdrücklichen Kontrahieren im Namen des Geschäftsherrn wird es gleichgestellt, wenn die Umstände dies ergeben.
3. Auf Willenserklärungen, die dem Vertreter gegenüber abgegeben sind, finden die Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die hier erörterten Grundsätze beziehen sich nach dem BGB. auf jede Vollmacht; für uns kommt in Betracht, daß sie für jede handelsrechtliche Vollmacht, also insbesondere **für die Prokura und die Handlungsvollmacht gelten.**

Anm. 3. III. **Die zu II aufgestellten Grundsätze sollen wie folgt erläutert werden:**

1. **Die innerhalb der Vertretungsmacht im Namen des Geschäftsherrn abgegebene Willenserklärung wirkt für und gegen den Prinzipal.** Damit wird das in Preußen von Gesetzes wegen und im gemeinen Recht kraft Gewohnheitsrechts in Geltung gewesene Prinzip der

direkten Stellvertretung vom BGB. angenommen, wie es auch schon vom alten HGB. im Art. 52 **ausgesprochen** war. **Erl. zu § 58.**

a) **Vorausgesetzt ist ein Handeln innerhalb der Vertretungsvollmacht.** Hierfür sind die §§ 49 u. 50, sowie die §§ 54—56 HGB. entscheidend. Auf den Auftrag kommt es nicht an (Dernburg I § 163). Es ist gleichgültig, ob der Bevollmächtigte gar keinen Auftrag hatte oder ihn bewußt überschreitet oder den Inhalt mißverstanden hat (für letzteres vgl. RG. 1, 9). Doch darf nicht ein gegen Treu und Glauben verstoßender Mißbrauch eines Mißverständnisses vorliegen (ROHG. 17, 228). Selbst wenn der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt, aber gegen den ihm bekannten Willen des Machtgebers, und wenn der dritte Kontrahent dies wissentlich ausnutzt, so ist die Einrede der Arglist gegeben; die Erklärungen des Bevollmächtigten wirken in solchem Falle nicht gegen den Machtgeber (RG. 15, 206; 52, 99).

Der Bevollmächtigte muß während der Dauer seiner Vollmacht handeln, d. h. sie darf nicht erkennbar widerrufen sein. Hierüber vgl. Anm. 65ff.

b) **Vorausgesetzt ist ferner ein Handeln im Namen des Geschäftsherrn.** Aus allgemeinen Grundsätzen über den Vertrag folgt, daß beide Kontrahenten darüber einig sein müssen, es solle für den Machtgeber abgeschlossen werden (ROHG. 16, 356). Handeln **für Rechnung** des Machtgebers genügt nicht (RG. 35, 41). Fehlt es vielmehr am Handeln im Namen des Machtgebers, so ist nur der Bevollmächtigte berechtigt (ROHG. 23, 57) und verpflichtet (RG. 2, 166). Der Bevollmächtigte muß seinen Willen, in fremdem Namen zu handeln, erkennbar machen (sog. offene Vertretung, Dernburg I § 168[1]), wie Abs. 2 noch besonders hervorhebt (dieser Abs. 2 hat noch eine weitere Bedeutung; vgl. Anm. 38). Nicht einmal Kenntnis des Gegenkontrahenten von dem vorhandenen Auftrage genügt schlechthin (wenn auch regelmäßig), denn es kann trotz dieser Kenntnis der Wille möglicherweise nicht auf Obligierung des Prinzipals gegangen sein. Dann entstehen keine direkten Beziehungen zwischen dem Prinzipal und dem Dritten (ROHG. 4, 173; 13, 322 u. 328). Als eigentümlich aber ist hervorzuheben, daß man im Handelsverkehr häufig sagt, man handle „für Rechnung des Herrn X", um damit auszudrücken, man handle im Namen des Herrn X. **Anm. 4.**

Daß im Namen des Prinzipals abgeschlossen wurde, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen derjenige **beweisen**, der Rechte daraus herleitet. Mithin muß dem Geschäftsherrn, gegen den Verpflichtungen geltend gemacht werden, bewiesen werden, daß der Bevollmächtigte für ihn abgeschlossen hat. Umgekehrt braucht man jemandem, der kontrahiert hat, nicht zu beweisen, daß er für sich kontrahiert hat; vielmehr genügt der Beweis des Vertrags-Abschlusses. Die für den Abschluß im fremden Namen sprechenden Umstände sind dann excipiendo darzulegen, weil es das Normale ist, daß den, der ein Geschäft abschließt, auch dessen Folgen treffen (Behrend § 49 Anm. 8; vgl. RG. 2, 194; anders anscheinend RG. 3, 122; vgl. auch die in der 6./7. Aufl. Allgem. Einl. Anm. 57 entwickelten Grundsätze).

c) **Vorausgesetzt ist endlich,** was das Gesetz nicht erwähnt, aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, das Vorhandensein **derjenigen allgemeinen rechtlichen Fähigkeiten,** die beim Vertreter erforderlich sind, um für einen andern handelnd aufzutreten, und die beim Vertretenen erforderlich sind, um Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. **Anm. 5.**

Der Bevollmächtigte tritt handelnd auf, die Rechtswirkungen aber sollen den Prinzipal treffen. Der Vertreter muß also geschäftsfähig sein, mindestens beschränkt geschäftsfähig (§ 165 BGB.; vgl Anm. 2 zu § 54 u Anm. 3 zu § 48). Aus seiner Person werden die Fragen nach Irrtum, Zwang, Ernstlichkeit, Betrug, Kennen und Kennenmüssen aktiv und passiv beurteilt (§ 166 BGB.). Wenn es sich jedoch um eine Vollmacht mit bestimmten Weisungen handelt, kommt auch das Kennen und Kennenmüssen des Prinzipals in Betracht (§ 166 BGB.). Die Rechtswirkungen aber treffen den Prinzipal; also muß dieser die Fähigkeit besitzen, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, wozu Rechtsfähigkeit und außerdem entweder selbständige oder durch andere ergänzte oder hergestellte Verpflichtungs-, Veräußerungs-, Erwerbsfähigkeit gehören.

Exk. zu § 58. d) **Die Wirkungen des Geschäfts treffen den Geschäftsherrn:** für und gegen ihn wirkt die vom Stellvertreter abgegebene Willenserklärung (über Versehen und dolus des Vertreters und Anm. 6. dessen Wirkung auf den Prinzipal s. Anm. 26 ff.).

Anm. 7. 2. **Dem ausdrücklichen Kontrahieren im Namen des Prinzipals werden die konkludenten Umstände gleichgestellt.** Zu den letzteren gehören auch frühere Erklärungen des einen Kontrahenten (ROHG. 2, 56). Sie können vorhanden sein trotz der Ausdrucksweise, als schließe der Bevollmächtigte das Geschäft für sich ab („ich kaufe", „ich garantiere Ihnen"), da es kaufmännischen Gewohnheiten entspricht, daß sich der Bevollmächtigte mit dem Prinzipal identifiziert (ROHG. 15, 78; 17, 98; 18, 296). Sie können vorhanden sein, auch wenn eine Urkunde vorliegt, die der Bevollmächtigte im eigenen Namen gezeichnet hat (ROHG. 12, 134), ja auch dann, wenn der Gegenkontrahent die Person des Prokuristen für die des Prinzipals gehalten hat, wenn nur mit diesem kontrahiert werden sollte (OG. Wien bei Nowak 4, 184). Für Formalakte gilt dies natürlich nicht; bei Wechseln muß der Wechselverpflichtete aus der Urkunde hervorgehen (vgl. § 51 Anm. 2 und Anm. 17 zu § 126).

Anm. 8. 3. **Auf Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abgegeben sind, finden diese Grundsätze entsprechende Anwendung** (BGB. § 164 Abs. 3). Es kann z. B. einem Vertreter gekündigt, einem Vertreter gegenüber eine Mängelanzeige gemacht, einem Vertreter eine Offerte, eine Annahmeerklärung abgegeben werden (vgl. auch Exk. zu § 361).

Anm. 9. 4. **Daß zwischen dem Vertreter und dem Dritten keine Rechte und Verbindlichkeiten entstehen,** ist im § 164 BGB. nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber ohne weiteres aus seinen Worten. Im Art. 52 HGB. war dies ausdrücklich hinzugefügt. Vorbehalten bleibt natürlich die Haftung des Vertreters wegen eigener unerlaubter Handlung (s. Anm. 33).

B. **Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst.**

Anm. 10. 1. **Hierüber bestimmt jetzt § 181 BGB.:**

> „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

Über den früheren Stand der Frage s. 5. Aufl. § 12 zu Art. 52.

Anm. 11. 2. **Nach diesem § 181 BGB. ist das Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst begrifflich gestattet, aber für den Regelfall verboten** und nur alsdann erlaubt, wenn das Rechtsgeschäft in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder wenn dem Vetreter „ein anderes gestattet ist". Was bedeutet letzteres? Ein ausdrückliches Gestatten ist nicht notwendig. Im § 664 BGB. ist der gleiche Ausdruck („gestattet") gebraucht und es ist dort offensichtlich nicht ausdrückliche Erlaubniserteilung gemeint. Wo das Gesetz ausdrückliche Erklärung verlangt, wird dies besonders erwähnt (vgl. §§ 244, 700 Abs. 2 BGB.; § 48 HGB.). Auch stillschweigende Gestattung genügt daher (Planck § 181 Nr. 2). Für das Gebiet der handelsrechtlichen Vollmacht ist hiernach anzunehmen, daß dem Vertreter überall dort Kontrahieren mit sich selbst gestattet ist, wo dies innerhalb der Vertretungsmacht liegt, wo also der Betrieb eines Handelsgewerbes (Prokura) oder der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes oder die betreffenden Geschäfte es gewöhnlich mit sich bringen. Es ist ferner in vielen Geschäften gang und gäbe, daß Handlungsgehilfen die in dem betreffenden Geschäfte gehandelten Artikel auch für den eigenen Bedarf zu dem Kostenpreis des Geschäfts oder zu einem bestimmten niedrigeren Preis, z. B. dem Einkaufspreis, entnehmen. Auch sonst wird man eine Gestattung annehmen, wo das Geschäft dem Prinzipal offenbar zum Vorteil gereicht und nur in dieser Absicht geschlossen wurde. Warum sollte dies dem Bevollmächtigten verwehrt sein? Dernburg (I § 170[5]) schlägt folgende Formulierung vor: „Vielleicht läßt sich sagen: es muß dem Vertreter als gestattet gelten, was nicht gegen Treu und Glauben verstößt." Diese Formulierung trifft wohl den Kern der Sache (Staub, GmbH. § 36 Anm. 14).

Anm. 12. 3. **Hat der Vertreter hiernach unstatthafterweise mit sich selbst kontrahiert,** so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Das liegt in den Worten „kann nicht". Die Nichtigkeit ist eine allgemeine

gegen jeden Beteiligten ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben wirksame (Planck Erl. zu Anm. 3 zu § 181 BGB.; ebenso V. Zivilsen. des RG. Urt. v. 7. 6. 02 in 51, 426 und KG. § 58. in RJA. 2, 110; anderer Ansicht der I. Zivilsen. des RG. Urt. v. 4. 11. 03 in JW. 04, 37[1]; Dernburg I § 170, Hölder § 181 Nr. 1, Enneccerus BR. I § 87 S. 223, nach denen das Geschäft nur als ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenes gilt, dessen Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen [§§ 177—180 BGB.] abhängt).

Das Verbot trifft auch den Fall, daß der Bevollmächtigte mit Substitutionsbefugnis einen Substituten bestellt und mit diesem in eigenem Namen kontrahiert (OLG. Colmar in DJZ. 03, 204; a. A. Planck § 181 Nr. 1). Das KG. in OLGR. 7, 6 unterscheidet, ob der Substitut Vertreter des Bevollmächtigten oder des Vollmachtgebers sein solle, und wendet nur auf den ersten Fall den § 181 an.

Bei gesetzlichen Vertretern kann die Gestattung für die Regel nur durch Gesetz erfolgen (abweichend 6./7. Aufl. S. 229[1]). Werden solche Rechtsgeschäfte erforderlich, so muß ein Pfleger bestellt werden (Planck Nr. 2 zu § 181; KG. in RJA. 2, 113). „Handelt es sich aber um verkehrsübliche, insbesondere verhältnismäßig geringfügige Geschäfte, so hat man auch beim gesetzlichen Vertreter das Verbot des Selbstkontrahierens nicht pedantisch durchzuführen" (so mit Recht Dernburg I § 170).

4. **Erforderlich ist, daß das Kontrahieren mit sich selbst**, soweit es gültig ist, **in irgend welcher Art in die äußere Erscheinung tritt**, damit es rechtliche Wirkung erzeugt. Ob dies durch Erklärung vor Zeugen oder durch Eintragung in die Geschäftsbücher oder durch Entnehmen des Geldes aus der einen und Hineinlegen in die andere Kasse oder durch eine sonstige Willensbetätigung geschieht, ist gleichgültig. Das Gesetz bestimmt dies zwar nicht ausdrücklich. Allein ein lediglich innerer Vorgang ist unbeachtlich, es muß doch eine Willenserklärung vorliegen (RG. 52, 133; Planck Nr. 1 zu § 181 BGB.). Ein auffallend in die äußere Erscheinung tretender Fall ist z. B. das Auflassen eines Grundstücks, welches der Vertreter von seinem Prinzipal erwirbt oder umgekehrt (vgl. Anm. 15). Anm. 13.

5. **Was insbesondere die Vertretung bei der Erfüllung betrifft**, so ist es gleichgültig, ob es sich um eine Verbindlichkeit des Vertretenen gegenüber dem Vertreter oder um eine Verbindlichkeit des Vertreters gegenüber dem Vertretenen oder um die Verbindlichkeit mehrerer von derselben Person Vertretenen gegen einander handelt. Die Verbindlichkeit des Vertretenen muß klagbar und fällig sein. Nur reale Erfüllung (§ 362 BGB.) ist zulässig, nicht Leistung an Erfüllungsstatt. Die Aufrechnung aber dürfte zulässig sein (so Dernburg I § 170[4]; a. A. Planck Anm. 1 zu § 181 BGB.). Anm. 14.

6. **Besonders praktisch wird dies werden bei der Übergabe durch Willenserklärung.** Auch sie ist auf diesem Wege statthaft (s. RG. in JW. 03, Beil. 4 S. 31 f.). Der § 930 BGB. steht der Vornahme einer derartigen Übergabe, wenn die Eigentumsabtretung die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellt oder sonst als gestattet gilt, nicht entgegen (vgl. Anm. 33 und 34 zu § 383 u. oben Anm. 13). Anm. 15.

C. Die Vollmacht des Quittungsüberbringers. Anm. 16.

I. **Hierüber bestimmt jetzt § 370 BGB.:**

„Der Überbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen."

II. **Der Paragraph stellt eine Vermutung für die Legitimation des Überbringers einer Quittung auf.** Sie war früher durch Art. 296 für Handelsgeschäfte aufgestellt und ist jetzt auf den gesamten Rechtsverkehr ausgedehnt. Anm. 17.

1. **Die Vermutung geht dahin, daß der Überbringer der Quittung für ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen.** Anm. 18.

a) **Der Überbringer** der Quittung gilt für ermächtigt. Ohne Belang ist, ob der Überbringer auch gesandt war, die Quittung vorzulegen und das Geld einzuziehen. Wer eine Quittung ausstellt, soll sie wohl verwahren, damit sie nicht gemißbraucht werde. Geschieht dies dennoch,

Erl. zu § 58. so wird der Zahlende geschützt. In gewissem Grade gilt hiernach eine Quittung einem Inhaberpapier gleich.

Anm. 19. b) **Eine Quittung** muß überbracht sein. Darunter ist eine echte, gültige und ausgefüllte Quittung zu verstehen. Nicht gültig ist sie z. B., wenn der Aussteller geisteskrank oder zur Ausstellung nicht ermächtigt war. War die Quittung ungültig, so ist der Leistende geschädigt und im Falle der Fälschung betrogen, nicht der Prinzipal (Allfeld 300). Doch kann in der Ausstellung eines Quittungsblanketts unter Umständen eine stillschweigende Bevollmächtigung zur Geldempfangnahme liegen (ROHG. 11, 32).

Auch quittierte Wechsel gehören hierher. Der Überbringer eines quittierten Wechsels ist zur Geldempfangnahme legitimiert, auch wenn ihm die wechselrechtliche Legitimation fehlt. Dies gilt im Wechselverkehr nunmehr kraft Gesetzes allgemein. Die Zuhilfenahme eines Gewohnheitsrechts (Staub, WO. § 15 zu Art. 87) ist jetzt nicht mehr nötig.

Anm. 20. 2. **Er gilt für ermächtigt.** Ob er wirklich ermächtigt ist, kommt nicht in Betracht. Der Zahlende kann sich gegen den Aussteller auf diese Vermutung stützen. Auch prozessual liegt eine Vermutung vor. Der Aussteller hat den Gegenbeweis zu führen, soweit überhaupt ein solcher zugelassen ist.

Der Gegenbeweis muß dahin gehen, daß der Zahlende Umstände kannte, die der Annahme einer Ermächtigung entgegenstehen.

Anm. 21. a) Daß der Zahlende solche Umstände kannte. Daß er sie kennen mußte, ist hiernach gleichgültig (zust. Förtsch Anm. 6 zu Art. 296).

Anm. 22. b) Umstände, die der Annahme der Ermächtigung entgegenstehen. Dazu sind nicht bloß solche Umstände zu rechnen, aus denen sich ergibt, daß der Zahlende die Nichtermächtigung kannte. Umstände, die der Ermächtigung entgegenstehen, brauchen nicht gerade mit Sicherheit für das Gegenteil zu sprechen. Daß Umstände letzterer Art vorliegen und an der Ermächtigung daher gezweifelt werden mußte, genügt zur Entkräftung der Vermutung (Behrend § 53 Anm. 30).

Anm. 23. 3. **Die Leistungen** zu empfangen, gilt der Überbringer für ermächtigt. Es sind aber, da der § 370 BGB. im Titel von der Erfüllung steht, nur solche Leistungen gemeint, die zum Zweck der Erfüllung gemacht werden, also z. B. nicht solche, durch die Kredit gewährt werden soll. Aber mit dieser Maßgabe sind nicht bloß Zahlungen gemeint, sondern es fällt z. B. hierunter auch Empfangnahme von Waren.

Anm. 24. 4. **Die Tragweite der Rechtsvermutung aber wird begrenzt durch den Inhalt der Quittung.** Eine Leistung anderer Art als die, über welche quittiert ist, darf der Überbringer nicht in Empfang nehmen, also nicht andere Gegenstände an Zahlungsstatt, auch nicht Nachlaß oder Stundung bewilligen (OTr. in BuschA. 5, 260).

Anm. 25. **Zusatz.** Nicht gegeben ist eine dem früheren Art. 51 HGB. analoge Vorschrift, **daß der Überbringer einer Ware und einer unquittierten Rechnung deshalb noch nicht ermächtigt ist, die Zahlung in Empfang zu nehmen.** Eine solche Warnung spricht das jetzige Gesetz nicht aus. Sie gilt aber auch für das jetzige Recht. In der Überbringung der Ware mit unquittierter Rechnung liegt in der Tat keine Vollmacht zur Empfangnahme der Zahlung (D. 56).

Aber der Überbringer kann anderweit dazu ermächtigt sein, so z. B. wenn er Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter ist, oder die Ware nicht nur zur tatsächlichen Übergabe, sondern zum Verkaufe erhalten hat, oder wenn sonst aus den Umständen, z. B. aus der wiederholten Duldung der Zahlung an den Überbringer der Ware, die Vollmachtserteilung zu entnehmen ist. — Vgl. auch § 54 Anm. 10 über die Frage nach der Inkasso-Vollmacht.

Anm. 26.

D. Haftung für Versehen der Bevollmächtigten und Gehilfen.

I. **Die Materie ist jetzt durch die Vorschriften des BGB. geregelt** und soll hier im Zusammenhange dargestellt werden. Das hier Gesagte bezieht sich **auch auf Prokuristen.**

1. **Versehen bei Eingehung und Erfüllung von Verträgen.**

a) Versehen **bei Eingehung** des Vertrages. (Dolus und culpa in contrahendo.) Hier kommt nur der Bevollmächtigte in Betracht; soweit man den Boten als Gehilfen des Vertrags-

abschlusses betrachten kann, ergibt sich das Erforderliche aus den allgemeinen Vorschriften über den Irrtum. Im Falle der gesetzlichen Vertretung entscheidet für die hier zu behandelnden Fragen allein das Wissen und Verschulden des Vertreters, nicht das des Vertretenen (Dernburg I § 168 Nr. IV a. E.; vgl. auch RG. in JW. 05, 527[5]). **Erl. zu § 58.**

α) Das BGB. kennt den allgemeinen Grundsatz des Allg. Landrechts nicht, wonach Vorsatz oder Versehen **bei Eingehung des Vertrages** als kontraktliches Versehen gilt (§§ 284, 285 I 5 ALR.). Was die Fahrlässigkeit bei der Vertragsschließung betrifft, so wird man diese in bestimmten, vom Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten betrachten müssen, da die betreffenden Fälle mitten unter den Rechtsgeschäften behandelt sind (so §§ 122, 179, 307, 309 BGB.). In den gleichen Fällen beruht auch die Haftung wegen dolus auf Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten. Ebenso liegt in dem Falle des arglistigen Verschweigens von Mängeln nach § 377 HGB. und den §§ 459 ff. BGB. eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten vor (vgl. Erl. zu § 377). Ebenso liegt es in dem Falle, daß dem Kommissionär ein Kommissionsauftrag erteilt wird; er ist hierbei rechtsgeschäftlich verpflichtet, gegenüber dem Kommittenten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beachten (s. Erl. zu § 384). Ein allgemeiner Grundsatz aber, daß man den durch fahrlässiges Kontrahieren verursachten Schaden zu ersetzen hat, besteht nicht und ist nicht etwa aus den eben zitierten Sondervorschriften zu entnehmen (vgl. RG. in JW. 05, 527[5]; Goldmann-Lilienthal § 84 Anm. 60). Über die bestimmten, im Gesetz hervorgehobenen Fälle rechtsgeschäftlicher Haftung für fahrlässiges und doloses Kontrahieren hinaus ist eine Haftung des Prinzipals nur beim Vorliegen des Tatbestandes einer unerlaubten Handlung anzuerkennen (Mot. z. BGB. II 756).

Daraus folgt bezüglich der Haftung für die Versehen der Vertreter: für dolus und culpa in contrahendo des Vertreters haftet der Machtgeber im allgemeinen nur nach den Regeln von der unerlaubten Handlung, also beim Vorliegen der Voraussetzungen einer solchen (vgl. Anm. 32). Nur in bestimmten, vom Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen haftet man für dolus und culpa in contrahendo des Vertreters ebenso, wie man für die Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten des Vertreters überhaupt haftet: also ohne weiteres und in der Weise, wie es sich aus den §§ 166, 278 BGB. ergibt (vgl. Anm. 27).

β) Doch bezieht sich das zu α Gesagte nur auf die Haftung für dolus und culpa in contrahendo d. h. für die besonderen Rechtsfolgen, die daraus entstehen können. Handelt es sich dagegen um die Wirksamkeit der Willenserklärung selbst und um die Möglichkeit ihrer Anfechtung wegen Willensmängel, so kommt **der durch den Vertreter bei dem anderen Teil erzeugte Willensmangel** so in Betracht, wie wenn der Machtgeber gehandelt und die Willensmängel des Gegenkontrahenten erzeugt hätte (RG. 58, 347; Dernburg I § 168 Nr. IV: „die Person des Vertreters ist bestimmend"). Dies ist in § 166 Abs. 1 BGB. ausgesprochen, der unseres Erachtens nicht bloß auf Willenserklärungen des Vertreters, sondern auch **gegenüber** dem Vertreter zu beziehen ist, ebenso wie auch der unmittelbar vorangehende § 165 BGB. auf Willenserklärungen beider Art sich bezieht. Daraus folgt z. B., daß die Erklärung gemäß § 123 BGB. anfechtbar ist, wenn der Vertreter eine Täuschung verübt; der Vertreter ist nicht „der Dritte, der die Täuschung verübt hat" (Planck Nr. 4 a. E. zu § 167 BGB.).

Hat jedoch im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Bevollmächtigte nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte oder kennen mußte, nicht auf die Unkenntnis des Bevollmächtigten berufen. Weiß also z. B. der Vollmachtgeber, der jemanden bevollmächtigt, ein Inhaberpapier zu erwerben, daß es gestohlen ist, so wird er nicht Eigentümer des Papiers (so mit Recht Dernburg I § 168, S. 491).

b) **Versehen, welche bei Erfüllung des Vertrages begangen werden.** Anm. 27.

α) Hier bestimmt § 278 BGB., daß der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, **in gleichem Umfange zu ver-**

Erl. zu § 58. **treten hat, wie eigenes Verschulden** (nach altem Recht sehr streitig; vgl. 5. Aufl. § 8 zu Art. 52). Ob es sich um Bevollmächtigte oder Gehilfen handelt, ist hier **unerheblich**. (Für den gesetzlichen Vertreter, der Verbindlichkeiten des Vertretenen erfüllt, haftet letzterer gemäß § 278 in gleichem Umfange.) Der Schuldner haftet also unbeschränkt für Vorsatz und für jede Fahrlässigkeit dieser Personen, wenn er für Vorsatz und für jede eigene Fahrlässigkeit unbeschränkt haftet. Haftet er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, so hat er für Vorsatz und grobes Versehen seiner Hilfspersonen einzutreten. Haftet er für diligentia quam suis, so haftet er dafür, daß seine Erfüllungshilfspersonen diejenige Sorgfalt anwenden, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (überall gl. A. Planck § 278 Nr. 5; abw. Dernburg II § 68⁵⁻⁷). Oertmann — § 278 Nr. 8 — und Nußbaum — „Haftung für Hilfspersonen", 88 ff. — vertreten die Ansicht, daß der Schuldner, der nur beschränkt, also für Vorsatz, culpa lata oder für culpa in concreto, hafte, ein Verschulden der Hilfspersonen überhaupt nicht zu vertreten habe.

Nach dem hier vertretenen Grundsatz haftet z. B. der Bankier, der eine Geldsendung übernommen hat, unzweifelhaft für die gehörige Absendung und kann sich nicht damit entschuldigen, daß ihn bei der Auswahl seiner Beamten kein Verschulden trifft (vgl. früher RG. 23, 106). Der Glaser haftet dem Besteller, wenn sein Geselle die Scheibe so einsetzt, daß sie herausfällt.

Nur auf bestehende Schuldverhältnisse, nicht auf Rechtsgeschäfte, durch die erst solche begründet werden sollen, bezieht sich der § 278 (RG. 49, 28).

Anm. 28. β) Diese Haftung kann durch Vertrag ausgeschlossen werden, selbst die Haftung für Vorsatz der Hilfspersonen kann durch Vertrag ausgeschlossen werden (§ 278 Satz 2 BGB.).

Anm. 29. γ) Die Haftung tritt ein, wenn der Schade angerichtet wird **bei** Erfüllung des Geschäfts, **nicht** aber, wenn er angerichtet wird **bei Gelegenheit** der Erfüllung (streitig; die hier vertretene Auffassung ist die herrschende, vgl. Planck § 278 Nr. 3). Das erstere liegt vor, wenn der Schade entstanden ist durch die Ausführung der betreffenden Erfüllungshandlung. Es ist nicht notwendig, daß der Schade entstanden ist an den bei der Erfüllung in Betracht kommenden Gegenständen, wenn er nur durch die Erfüllungshandlung selbst entstanden ist, sei es auch an anderen Gegenständen (ein Töpfergeselle steckt beim Einsetzen des Ofens die Gardine in Brand, der Glasergehilfe wirft beim Einsetzen des Fensters die Wanduhr herunter usw.). Für solche von Erfüllungsgehilfen angerichtete Schäden wird dem Gegenkontrahenten gehaftet wie für selbst angerichtete Schäden. Das ist aber die Grenze. Darüber hinaus liegt außervertraglicher Schaden vor, für den nach anderen Grundsätzen gehaftet wird. Bei dieser Abgrenzung ist in Betracht zu ziehen, ob der Prinzipal, wenn er selbst die Handlung begangen hätte, auf Grund des Vertrages oder aus unerlaubter Handlung haften würde. Im ersteren Fall muß für den Gehilfen ohne weiteres gehaftet werden, im letzteren nur nach den Grundsätzen von der unerlaubten Handlung. So würde z. B., wenn der Machtgeber seinen Küfer entsendet, um ein Faß Wein zu füllen, und dieser ein Faß Wein stiehlt, oder durch das Wegwerfen einer brennenden Zigarre einen Brand stiftet, vertragliche Haftung nicht vorliegen, weil auch der Prinzipal im gleichem Falle nicht aus dem Vertrage haften würde.

Anm. 30. δ) Weiter geht die Haftung des Prinzipals dann, wenn er sich unberechtigterweise eines Gehilfen bedient. Hier haftet er für das Verschulden des Gehilfen ohne weiteres. Der Grundsatz des § 278 BGB. setzt voraus, daß die Inanspruchnahme von Gehilfen berechtigterweise geschehen ist.

Anm. 31. ε) Andererseits aber unterliegen einer milderen Beurteilung die Fälle, wo bei Geschäftsbesorgungsverträgen (Auftrag, Dienstvertrag und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung) die Ausführung des Auftrages selbst berechtigterweise einem anderen übertragen worden ist. In solchem Falle haftet der mit der Geschäftsbe-

sorgung Beauftragte nur für ein bei der Übertragung ihm zur Last fallendes Verschulden. Zur Übertragung des ganzen Auftrages ist der Geschäftsbesorger im Zweifel nicht berechtigt. Sie liegt aber nur dann vor, wenn der Substituent aufhört, Herr des Auftrages zu sein (§§ 613, 664, 675 BGB.). **Erl. zu § 58.**

2. **Liegt außervertragliches Versehen** des Bevollmächtigten oder Gehilfen vor, so ist die Haftung des Prinzipals für unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) eines zu einer Verrichtung Bestellten zwar allgemein aufgestellt (§ 831 BGB.), jedoch mit der sehr erheblichen Einschränkung, daß die Haftung nicht eintritt, wenn der Auftraggeber beweist, daß er bei der Auftragserteilung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß auch bei Anwendung dieser Sorgfalt der Schaden entstanden sein würde. Es haftet z. B. der Prinzipal für die von seinem Prokuristen erteilte falsche Auskunft. Denn in den Bereich der Prokura gehört auch die Auskunftserteilung an Geschäftsfreunde. Der Prokurist ist also zu dieser Verrichtung bestellt. Es kann aber der Prinzipal den gedachten Entschuldigungsbeweis führen, da es sich um außervertraglichen Schaden handelt. Wäre es eine bezahlte Auskunft, so würde dieser Entschuldigungsbeweis dem Prinzipal nicht freistehen, vielmehr das oben Anm. 27 Gesagte Platz greifen, da alsdann Versehen bei Vertragserfüllung vorliegen würde. Anm. 32.

II. **Daneben bleibt bestehen die Verantwortlichkeit der Vertreter selbst für ihre Delikte,** auch wenn sie die Delikte für andere, bei Gelegenheit einer Vertretung oder einer für andere vorgenommenen Erfüllungshandlung oder sonstigen Verrichtung, begangen haben (Bolze 10 Nr. 151; RG. 30, 44). Das BGB. betont dies nicht besonders, doch ist es auch hier anzunehmen (s. auch § 840 Abs. 2 BGB.). Die Anstellung der Deliktsklage gegen den Vertreter wird durch die Statthaftigkeit der Vertragsklage gegen den Vertretenen nicht ausgeschlossen; beide haften in diesem Falle solidarisch (RG. 30, 46). Aber es muß, was die Deliktsklage gegen den Vertreter betrifft, in der Tat eine gegen den Dritten verübte unerlaubte Handlung, die widerrechtliche Verletzung eines Rechts gemäß § 823 BGB. vorliegen, damit der Vertreter persönlich hafte; diese Verletzung kann nach § 823 eine vorsätzliche oder fahrlässige sein. Nicht jede versehentliche Handlungsweise ist indes eine unerlaubte Handlung in diesem Sinne. Man kann nicht etwa, wenn der Bevollmächtigte bei Eingehung oder Erfüllung eines Vertrages ein rechtsgeschäftliches Versehen begeht, neben der vertraglichen Haftung des Prinzipals dem Bevollmächtigten ohne weiteres die außervertragliche Haftung auferlegen (RG. 30, 50). Anm. 33.

Dabei ist eine Verletzung des § 823 Abs. 2 BGB. nur dann anzunehmen, wenn ein besonderes Schutzverhältnis zwischen dem betreffenden Vertreter, der die widerrechtliche Handlung begangen hat, und dem, der den Schadensersatz beansprucht, besteht (vgl. näheres für aktienrechtliche Fragen in der Erl. zum § 241, insbes. dort Anm. 25 ff.). Außerdem kann auch § 826 BGB. (vorsätzliche Schadenszufügung durch eine wider die guten Sitten verstoßende Handlung) vorliegen.

Auch strafrechtlich sind die Bevollmächtigten für ihre Vertretungshandlungen verantwortlich, z. B. für Wechselstempel-Kontraventionen bei den von ihnen vertretungsweise ausgestellten Wechselerklärungen (RGSt. 31, 336).

III. **Die Haftung der juristischen Personen für die von ihren Vertretern angerichteten Schäden** ist jetzt durch § 31 BGB. gesetzlich anerkannt (näheres Planck Nr. 1—4 zu § 31). Anm. 34.

E. Handeln eines nicht bevollmächtigten Mandatars (Handeln im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung).

1. Oft wird jemand beauftragt, für einen anderen Rechtshandlungen vorzunehmen: **für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen.** In dieser Rechtslage ist der Kommissionär tätig (§ 383 HGB.). Außer beim Kommissionär ist diese Art des Auftretens im Rechtsverkehr sehr häufig, und doch wird sie weder im HGB. noch im BGB. geregelt. Es will z. B. jemand aus irgend welchen Gründen nicht als Zeichner von Aktien auftreten; er beauftragt deshalb einen anderen, im eigenen Namen, aber für seine Rechnung zu zeichnen. Anm. 35.

Erl. zu § 58.

Anm. 86.

2. In solchen Fällen wird aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften **der Mandatar berechtigt und verpflichtet.** Man kann sein Auftreten nicht etwa als Scheinakt auffassen und sagen, daß die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, da er nicht für sich tätig ist, Scheingeschäfte und deshalb nichtig seien. Er hat aber wie jeder Mandatar alle von ihm erworbenen Rechte auf seinen Auftraggeber zu übertragen und kann andererseits wieder von diesem Befreiung von den Verbindlichkeiten verlangen.

Anm. 87.

Was der Mandatar aus solchen Akten erwirbt, erwirbt er zunächst in **seiner Person.** Die Rechte werden seine Rechte, die Pflichten werden seine Pflichten, und erst durch selbständige Übertragungsakte gehen die Rechte auf den Mandanten über. Das Eigentum an Gegenständen, die auf solche Weise erworben werden, erwirbt zunächst der Mandatar (vgl. Anm. 31 zu § 383; Düringer-Hachenburg I 165; RG. 54, 106; aus der früheren Judikatur besonders RG. 11, 56). Auch wenn er die Absicht hätte, direkt für den Mandanten Eigentum zu erwerben, würde er für sich erwerben. Denn selbst wenn ein Bevollmächtigter in fremdem Namen handeln will, dies aber nicht erkennbar macht, so kommt das nicht in Betracht und es wird so angesehen, als ob er im eigenen Namen gehandelt hätte (§ 164 Abs. 2 BGB.). Um wieviel mehr muß dies bei dem gelten, der nicht bevollmächtigt ist, zu vertreten, sondern nur beauftragt ist, im eigenen Namen, wenn auch für fremde Rechnung zu handeln! Aber er kann durch ein mit sich abzuschließendes constitutum possessorium (Anm. 15) das Eigentum auf den Mandanten übertragen, wozu nichts weiter gehört, als daß sein Eigentumsübertragungswille in die äußere Erscheinung tritt, damit dies als Willenserklärung gelten kann (Anm. 13). So überträgt der Kommis, der eine Ware für den Prinzipal einkauft, das Eigentum auf diesen, indem er die Ware im Laden seines Prinzipals niederlegt (Planck § 164 Nr. 2; Düringer-Hachenburg I 166). Nach einer freieren (z. B. von Jung in ZHR. 47, 183; Neumann, Anm. II f. zu § 929 BGB. vertretenen) Ansicht geht das Eigentum und der Besitz in solchem Falle sofort auf den Machtgeber über. Indessen angesichts der allgemeinen, auf alle Willenserklärungen sich beziehenden Vorschrift des § 164 Abs. 2 BGB., wonach der innere Wille, für einen anderen zu handeln, nicht in Betracht kommt, und angesichts der insbesondere auf die Eigentumsübertragung sich beziehenden Vorschrift des § 929 BGB., wonach zur Übertragung des Eigentums erforderlich ist, daß der bisherige Eigentümer und der Erwerber darüber einig sind, daß das Eigentum übergeht, finden wir keine Möglichkeit, diesen direkten Eigentumsübergang mit den gesetzlichen Vorschriften zu vereinbaren. Dem Verkehrsinteresse ist genügend Rechnung getragen durch die Möglichkeit und Leichtigkeit des const. poss. des Beauftragten mit sich selbst zugunsten des Machtgebers. Jener direkte Eigentumserwerb ist übrigens in vielen Fällen gar nicht möglich, nämlich wo der Eigentumsübergang unter urkundlicher Namensfixierung erfolgt, so z. B. bei Indossamenten. (Vgl. jedoch die §§ 1381, 1646 BGB., aus denen aber auch hervorgeht, daß das BGB. sich einen direkten Eigentumsübergang nicht als Regel gedacht hat; denn Mann bzw. Vater erwerben, auch wenn sie für Rechnung von Frau bzw. Kind erwerben wollen, Eigentum für Frau bzw. Kind erst dann, wenn sie aus den Mitteln von Frau bzw. Kind erwerben.)

Anders, wenn es sich augenscheinlich nur um einen Boten handelt, wenn etwa ein Dienstmädchen auf dem Markte Sachen kauft, die offenbar nicht für sie bestimmt sind; aus der Eigenschaft des Käufers und der Sachen wird man schließen können, daß Kauf und Eigentumserwerb im Namen der Dienstherrschaft erfolgt ist, auch wenn sie nicht genannt wurde (so mit Recht Planck § 164 Nr. 2 a. E.).

Anm. 88.

F. Handeln eines Bevollmächtigten im eigenen Namen.

1. Wer bevollmächtigt ist, soll im Namen des Geschäftsherrn handeln. Wenn er es dennoch nicht tut, so wirken die von ihm abgegebenen Willenserklärungen nicht für und gegen den Vertretenen. Sicherlich dann nicht, wenn er den Willen hatte, nicht als Vertreter aufzutreten. Aber das gleiche gilt nach § 164 Abs. 2 BGB. auch dann, wenn er den Willen hatte zu vertreten, **dies aber nicht hat erkennen lassen.**

2. **Die Willenserklärung ist in solchem Falle nicht ungültig und etwa wegen Irrtums anfechtbar, sondern es kommt einfach nicht in Betracht, daß der Vertreter den Willen hatte, im fremden Namen zu handeln.** Infolgedessen treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie wenn er den Willen gehabt hätte, im eigenen Namen zu handeln, also dieselben Rechtsfolgen, wie zu E. Die von ihm erworbenen Rechte werden auch hier zunächst seine Rechte, das von ihm erworbene Eigentum wird zunächst sein Eigentum. (Die entgegengesetzten Entscheidungen des RG. 24, 314 u. 30, 142 müssen angesichts des § 164 Abs. 2 BGB. als veraltet bezeichnet werden.) Über die Möglichkeit und Leichtigkeit, durch ein const. poss. das Eigentum auf den Prinzipal zu übertragen, s. Anm. 13 u. 15. **Erl. zu § 58.**

G. Handeln eines Nichtbevollmächtigten als Vertreter. (Lehre von der Pseudovertretung.)

Anm. 39.

I. **Hierüber bestimmen jetzt die §§ 177—180 BGB.** in einer dem Art. 55 HGB. zwar nachgebildeten, aber nicht überall übereinstimmenden Weise. Sie lauten:

§ 177. Schließt Jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.

Fordert der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

§ 178. Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Theil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden.

§ 179. Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Theile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Theil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

§ 180. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hat jedoch derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird.

II. Zunächst ist von dem Falle zu handeln, daß **ein Vertrag** von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen ist (§§ 177—179 BGB.). Anm. 40.

Hierbei kommt wieder in Betracht: einmal das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Kontrahenten, und zweitens die Folgen eines derartigen Auftretens für den Pseudovertreter.

1. **Das Verhältnis zwischen den beiden Kontrahenten** (§§ 177 ff. BGB.). (Über eine Ausnahmevorschrift bei den Vermittelungsagenten s. § 85 HGB.) Anm. 41.

a) Der Prinzipal ist nicht gebunden. Er kann den Vertrag genehmigen und dadurch für und gegen sich wirksam machen, oder die Genehmigung versagen.

b) Die Genehmigung kann sowohl durch Erklärung gegenüber dem Vertreter, als gegenüber dem anderen Teil erfolgen (§ 182 BGB.). Anm. 42.

c) Der andere Teil kann der Ungewißheit darüber, ob der Vertrag genehmigt wird oder nicht, ein Ende machen durch eine Aufforderung an den Prinzipal zur Erklärung über Anm. 43.

Erl. zu § 58. die Genehmigung. Diese Aufforderung bewirkt einmal, daß eine etwa bereits dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung unwirksam wird. Der Prinzipal hat jetzt nochmals freie Hand, sich über die Genehmigung zu erklären, aber nur innerhalb 2 Wochen und nur gegenüber dem anderen Teil. Erfolgt sie nicht in dieser Frist und in dieser Weise, so gilt die Genehmigung als verweigert.

Anm. 44. d) Der andere Teil hat noch das weitere Recht, den Vertrag seinerseits zu widerrufen, und zwar so lange, bis der Prinzipal die Genehmigung erklärt hat, also auch dann, wenn er die Aufforderung zur Erklärung an den Prinzipal erlassen hat. Nur dann hat er dieses Widerrufsrecht nicht, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschluß des Vertrags gekannt hat. In diesem Falle muß er warten, bis der Prinzipal genehmigt hat. Er kann nur diese Erklärung beschleunigen und eine endgültige Entscheidung herbeiführen durch die Aufforderung zur Erklärung.

Der rechtmäßig erklärte Widerruf bewirkt, daß nihil actum est. Damit entfallen aber auch die Rechte gegen den Pseudovertreter (außer aus unerlaubter Handlung).

Anm. 45. e) Eine dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung hat nicht immer eine endgültige Wirkung. Vgl. Anm. 43.

Anm. 46. f) Die erteilte Genehmigung bewirkt, daß der Vertrag als von Anfang an wirksam gilt (§ 184 BGB.). Doch muß der von dem Kontrahenten gewollte Erfolg in diesem Zeitpunkte noch rechtlich möglich sein, was z. B. nicht der Fall ist, wenn es sich um eine befristete Rechtsfolge handelt und die Genehmigung nach der Frist erklärt ist. Ein Anspruch an den Pseudovertreter besteht im Falle der Genehmigung nicht, außer aus unerlaubter Handlung. Die Verweigerung der Genehmigung bewirkt, daß der Vertrag als von Anfang an unwirksam gilt. Die Erteilung und die Verweigerung der Genehmigung können nicht widerrufen werden. Der Anspruch an den Pseudovertreter tritt im Falle der Weigerung in seine eigentliche Wirksamkeit.

Anm. 47. g) Die Genehmigung ist formfrei, auch dann, wenn das genehmigte Rechtsgeschäft an eine Form gebunden ist (§ 182 Abs. 2 BGB.). Auch bloßes Stillschweigen hat die Bedeutung einer Genehmigung, falls eine Erklärung möglich und nach Handelsgebrauch oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für den Fall der Nichtgenehmigung zu erwarten war (Bolze 22 Nr. 243; Behrend § 50 ad b), wiewohl es auch nicht gerade einen allgemeinen Rechtssatz gibt, daß eine Vollmachtsüberschreitung für genehmigt gilt, wenn der Machtgeber die Vertragsurkunde annimmt und dem Gegner nicht alsbald seinen Widerspruch kundgibt (ROHG. 13, 293).

Anm. 48. h) Die Genehmigung muß unbedingt und unbeschränkt erfolgen. Der Geschäftsherr kann nicht den Teil des Vertrages ablehnen, in dem die Überschreitung liegt, und im übrigen den Vertrag genehmigen. Andererseits kann er sich auch nicht in starrer und formeller Weise auf die Überschreitung des Auftrages stützen, wenn sein dadurch verletztes Interesse anderweit geschützt wird. So ist, wenn mehr verkauft wurde, als verkauft werden sollte, oder zu geringerem Preise, der Geschäftsherr verpflichtet, das Geschäft zu erfüllen, wenn seitens des Vertreters oder des Dritten das geschieht, was erforderlich ist, um den Geschäftsherrn so zu stellen, als sei das Geschäft gemäß der Vollmacht geschlossen: durch Bereiterklärung zur Abnahme des geringeren Quantums oder zur Bezahlung der Preisdifferenz (ROHG. 4, 219; Bolze 18 Nr. 223).

Anm. 49. 2. **Die Rechtsfolgen für den Pseudovertreter.**

a) Die Rechtsfolgen treten ein, wenn der Geschäftsherr die Genehmigung verweigert (nicht, wenn er sie erteilt, Anm. 46; nicht, wenn der Gegenkontrahent den Vertrag zulässiger Weise widerruft, Anm. 44), und noch nicht, solange die Frage der Genehmigung oder Verweigerung noch schwebt.

Anm. 50. b) Rechtsgrund der Haftung. Wer als Vertreter auftritt, versichert damit, daß er Vertreter ist: er haftet, wenn das nicht der Fall ist (vgl. RG. 18, 158).

c) **Als Vertreter** muß er gehandelt haben. Er muß sich als solcher ausgegeben haben. Stellte er die Vollmacht als zweifelhaft hin, so ist kein Vertrag zustande gekommen. Es liegt kein Fall der Haftung des Vertreters vor, allenfalls ein durch die einzuholende Genehmigung des Geschäftsherrn bedingter Vertrag, aber ohne Haftung des Vertreters. Erl. zu § 58. Anm. 51.

d) **Ohne Vertretungsmacht** muß er gehandelt haben, d. h. ohne Vollmacht oder ohne gültige Vollmacht. Ungültig ist sie auch dann, wenn sie mit Erfolg angefochten ist (§ 142 BGB.). — **Der Nachweis**, daß ohne Vertretungsmacht gehandelt ist, ist nicht vom Gegenkontrahenten zu führen. Vielmehr muß derjenige, der sich als Vertreter ausgibt, auch beweisen, daß er Vertretungsmacht hatte (§ 179 Abs. 1 BGB.). Der andere Teil hat, wenn er den Pseudovertreter in Anspruch nehmen will, nur nachzuweisen, daß der Geschäftsherr die Genehmigung verweigert. Andererseits hat der Gegenkontrahent gegen den Vertreter kein klagbares Recht auf Nachweis der Vollmacht. Vielmehr stehen ihm, wenn der Vertreter als solcher handelt, der Geschäftsherr aber die Genehmigung verweigert hat, die Rechte aus § 179 BGB. zu (KG. in OLGR. 5, 52). Anm. 52.

Ohne Vertretungsmacht ist gehandelt, wenn die Voraussetzungen der Vollmacht, wie sie § 54 aufstellt und wie sie zu § 54 von uns entwickelt sind, nicht vorliegen. War die Vollmacht erteilt durch Erklärung gegenüber dem Vertreter oder gegenüber dem Dritten, ausdrücklich oder stillschweigend (durch ein in die äußere Erscheinung getretenes Verhalten des Geschäftsherrn; s. Anm. 4ff. zu § 54), oder war die Vollmacht dem Dritten oder öffentlich kundgegeben, so haftet der Geschäftsherr und nicht der Vertreter. Ob der Vertreter beauftragt war, das Geschäft vorzunehmen, oder ob er nach seinen Weisungen dazu nicht beauftragt war, ist dann gleichgültig, wenn die Beschränkung nach § 54 nach außen unwirksam war. Anm. 53.

Ohne Vertretungsmacht ist auch dann gehandelt, wenn die Vollmacht erloschen ist (hierüber Anm. 65).

e) Voraussetzung ist ferner, daß **der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte und auch nicht kennen mußte** (§ 179 Abs. 3 BGB.). Kannte der Dritte den Mangel der Vollmacht oder mußte er ihn auch nur erkennen — wofür aber der Pseudovertreter behauptungs- und beweispflichtig ist —, so fällt der Anspruch gegen den Pseudovertreter fort, auch wenn dieser wissentlich vollmachtlos handelte. Kennenmüssen bedeutet aus Fahrlässigkeit nicht kennen (§ 122 Abs. 2 BGB.). Fahrlässigkeit aber begeht, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt (§ 276 BGB.). Daraus folgt, daß das Vertrauen auf das Wort des Vertreters nicht ohne weiteres als Fahrlässigkeit ausgelegt werden kann; es müssen die Umstände des Falles so liegen, daß nach der Auffassung des Verkehrs eine Erkundigung nach der Vollmacht geboten ist. Anm. 54.

f) Voraussetzung für die Haftung des Pseudovertreters ist endlich, daß **er entweder voll geschäftsfähig ist**, oder, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (§ 179 Abs. 3 BGB.). Anm. 55.

g) **Dagegen ist es ohne Belang, ob der Vertreter sich über den Mangel seiner Vertretungsmacht im Irrtum befunden hat oder nicht.** Nur ist im Falle des Irrtums seine Haftung eine beschränktere (vgl. Anm. 60). Anm. 56.

h) **Nicht Voraussetzung ist ferner die Vorausklage gegen den Geschäftsherrn.** Die Haftung des Pseudovertreters ist keine subsidiäre, sondern eine selbständige. Aber der Gegenkontrahent ist dem Pseudovertreter gegenüber **berechtigt**, den Prinzipal zu verklagen, und kann im Unterliegensfalle die Kosten des Prozesses vom Pseudovertreter ersetzt verlangen (s. Anm. 60). Er ist nicht etwa verpflichtet, wenn der Geschäftsherr die Genehmigung verweigert, sich nunmehr lediglich an den Pseudovertreter zu halten. Wohl aber wird der Pseudovertreter nicht zum Ersatze der Prozeßkosten zu verurteilen sein, wenn er selbst nachträglich dem Gegenkontrahenten mitteilt, er sei in Wahrheit nicht bevollmächtigt gewesen. Anm. 57.

i) **Die Folge der Pseudovertretung ist das Recht des anderen Teils, nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen** (§ 179 Abs. 1). Anm. 58.

Erl. zu § 58.

α) Nach seiner Wahl. Es kann nicht etwa der Pseudovertreter die Erfüllung anbieten und die Gegenleistung erzwingen. Auch kann der Dritte nur eines dieser Rechte geltend machen, nicht beide (ROHG. 11, 356), und ist, wenn er die Erfüllung gewählt hat, an diese Wahl gebunden, so zwar, daß nun auch der Bevollmächtigte den Vertrag einklagen kann. Der Gegenkontrahent ist im Falle der Vollmachtsüberschreitung nicht berechtigt, das Geschäft, soweit es innerhalb der Vollmacht liegt, gegen den Prinzipal, darüber hinaus gegen den Bevollmächtigten geltend zu machen, es sei denn, daß das Objekt teilbar ist (ROHG. 4, 219: Hahn § 6 zu Art. 55). Dies ist selbstverständlich auch dann der Fall, wenn es sich um den Abschluß mehrerer, zum Teil innerhalb, zum Teil außerhalb der Vollmacht liegender Geschäfte handelt.

Die Erklärung der Wahl erfolgt gegenüber dem Pseudovertreter (§ 263 Abs. 1 BGB.). Auch kann der Pseudovertreter dem anderen Teil eine Frist zur Ausübung der Wahl stellen, nach deren Ablauf die Wahl auf ihn übergeht (§ 264 Abs. 2 BGB.; Planck § 179 Nr. 2; a. A. Düringer-Hachenburg I 173).

Anm. 59. β) Erfüllung oder Schadensersatz. Wählt der Dritte Erfüllung, so kann er sie so verlangen, wie er sie vom Prinzipal hätte verlangen können. War daher dem Prinzipal infolge seiner Kaufmannseigenschaft der Einwand der kurzen Verjährung entzogen, so kann ihn auch der angebliche Vertreter nicht geltend machen (ROHG. 11, 359). Umgekehrt kann er die sachlichen Einreden, die der Prinzipal hätte vorbringen können, z. B. die der Fehlerhaftigkeit der Ware, gleichfalls vorschützen (ROHG. 11, 358; Bolze 15 Nr. 206).

Andererseits erwirbt der Dritte gegen den angeblichen Bevollmächtigten nicht mehr Rechte, als er gegen den Prinzipal gehabt hätte. Die Gegenleistung muß er alsdann an jenen leisten, so daß umgekehrt der Dritte Erfüllung nicht mehr verlangen kann, wenn er seinerseits dem Pseudovertreter Erfüllung nicht mehr gewähren kann, wenn z. B. der angeblich Vertretene die Gegenleistung angenommen und seinerseits den Preis gezahlt hat, den der Pseudovertreter für die Ware vereinbaren durfte, während er den Rest wegen der Vollmachtsüberschreitung zu zahlen verweigert. Hier kann der Dritte entweder die Erfüllung zurückfordern und alsdann gegen den Pseudovertreter auf Erfüllung klagen, oder, wenn er dies nicht will, gegen den Pseudovertreter nur auf Schadensersatz klagen, der in der Differenz zwischen dem vereinbarten und dem vom angeblich Vertretenen frei gezahlten Preis liegt. — Neben der Erfüllung kann der Dritte Schadensersatz wegen Verzögerung fordern. Denn diese ist ein Bestandteil der Erfüllung (Wendt bei Endemann, Handbuch des Handelsrechts I § 73). Erfüllung kann nicht verlangt werden, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte, gleichviel ob schuldhaft oder nicht. Infolge dieser Einschränkung und infolge der oben zu e behandelten Einschränkung engt sich das praktische Endergebnis dahin ein, daß die volle unbeschränkte Haftung des Pseudovertreters nur eintritt, wenn er allein sich des Mangels der Vertretungsmacht bewußt war.

Anm. 60. Auch der Schadensersatz gestaltet sich verschieden, je nachdem der Vertreter den Mangel der Vertretung kannte oder nicht kannte (§ 179 Abs. 2 BGB.). Kannte er ihn, so ist jede Art von Schaden gemeint, das volle Erfüllungsinteresse. Hat aber der Pseudovertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, und sei es auch aus eigener Schuld, so haftet er nur auf das sogenannte negative Vertragsinteresse.

Der Schadensersatz ist nach § 249 BGB. dadurch zu leisten, daß der Zustand wieder hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, hier also, wenn der Vollmachtsmangel nicht vorhanden, die Vertretungsmacht vielmehr rechtsbeständig gewesen wäre. Dann würde der Vertrag zustande gekommen sein und der andere Teil einen Anspruch auf das durch den Vertrag begründete Recht erlangt haben. Inhaltlich deckt sich also in vielen Fällen der Anspruch auf Schadensersatz mit dem auf Erfüllung (Planck Nr. 2 zu § 179; anders Düringer-Hachenburg I 173, die wegen dieser Kongruenz der beiden Rechte annehmen, daß der Schadensersatz hier in

reinem Geldersatze besteht). In der Ausübung unterscheiden sich aber beide Ansprüche: beim Schadensanspruch kann der Gläubiger nach § 250 BGB. dem Schuldner eine Frist zur Herstellung bestimmen und nach deren fruchtlosem Ablauf eine Entschädigung in Geld beanspruchen. Beim Anspruch auf Erfüllung kann er einen Anspruch auf Schadensersatz nur nach den allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 280 bis 283; 286 BGB.) geltend machen. Erl. zu § 58.

III. **Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die der Pseudovertreter vornimmt,** gilt folgendes: Anm. 61.

1. Die Regel ist, daß Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften unzulässig ist. Das Geschäft ist also nichtig, und auch der Pseudovertreter haftet nicht, außer bei unerlaubter Handlung.

2. Ausnahmsweise ist das einseitige Rechtsgeschäft nicht unwirksam, wenn der Pseudovertreter die Vertretungsmacht behauptet und der andere Teil die Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat oder gar damit einverstanden war, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle. In diesem Falle finden die Vorschriften über Verträge Anwendung. Das heißt: das Geschäft wird nach Maßgabe der §§ 177, 178 BGB. genehmigungsfähig. Wird die Genehmigung erteilt, so wird das Geschäft nach Maßgabe des § 184 BGB. wirksam. Wird sie verweigert oder gilt sie als verweigert, so ist das Geschäft für den Prinzipal unwirksam, und der Pseudovertreter haftet nach § 179 BGB. Also er haftet in dem Falle nicht, wo der andere Teil mit dem Handeln ohne Vertretungsbefugnis wissentlich einverstanden war (§ 179 Abs. 3 BGB.), wohl aber in den Fällen, wo er nicht gerade einverstanden ist mit dem Handeln ohne Vertretungsmacht, aber dieses Handeln auch nicht beanstandet hat, indem er nicht wußte, daß die Vertretungsmacht fehlte. (Für letzteres diene das Beispiel bei Düringer-Hachenburg I 174: Die Ehefrau eines Kaufmanns kündigt einem Handlungsgehilfen, der annimmt, daß dies in Vollmacht ihres Ehemannes erfolge. Es stellt sich heraus, daß eine solche fehlt. Für den Schaden, der durch die Erklärung der Ehefrau des Prinzipals dem Angestellten erwächst, haftet sie; z. B. für Ersatz seiner Auslagen für Annoncen.) Anm. 62.

IV. **Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das gegenüber dem Pseudovertreter vorgenommen wird,** gilt das gleiche, wenn es mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird. Vorausgesetzt wird, daß das Rechtsgeschäft mit seinem Einverständnis vorgenommen wird; dagegen ist es gleichgültig, ob er oder der andere Teil den Mangel der Vertretungsbefugnis gekannt hat. Das hat nur für die Anwendung der §§ 178, 179 BGB. Bedeutung. Anm. 63.

V. **Das Verhältnis zwischen dem Pseudovertreter und dem Vertretenen** regelt sich überall nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff. BGB.). Anm. 64.

H. Erlöschen der Vollmacht. Anm. 65.

1. **Hierüber bestimmt jetzt § 168 BGB.:**

„Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein Anderes ergiebt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung."

2. Hiernach endigt die Vollmacht: Anm. 66.

a) **Nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses**; d. h. nicht notwendig erst mit der Endigung desselben, vielmehr möglicherweise auf Grund desselben auch schon vorher.

Im einzelnen gilt hierüber folgendes:

α) Beruht die Vollmacht auf einem Auftrage, so bestimmt sich das Erlöschen nach den §§ 671—674 BGB. (Kündigung des Auftrages durch den Auftraggeber und durch den Beauftragten; **im Zweifel nicht Tod des Machtgebers** und seine **Geschäftsunfähigkeit**; im Zweifel Tod des Beauftragten). Anm. 67.

β) Beruht die Vollmacht auf einem Dienstvertrage (bei der Handlungsvollmacht der Normalfall), so findet § 675 BGB. Anwendung. Es gilt also hinsichtlich des Todes des Anm. 68.

Erl. zu § 58. Machtgebers und des Bevollmächtigten das gleiche, wie zu α; hinsichtlich der Kündbarkeit gilt nicht § 671 BGB., sondern es gelten die Regeln des betreffenden Dienstvertrages.

Anm. 69. γ) Beruht die Vollmacht auf einem Gesellschaftsvertrage (z. B. der stille Gesellschafter hat für die Dauer des Gesellschaftsvertrages Handlungsvollmacht), so richtet es sich nach den für das betreffende Gesellschaftsverhältnis geltenden Regeln, ob das Gesellschaftsverhältnis beendet ist (dann erlischt die Vollmacht von selbst), oder ob wenigstens nach Maßgabe desselben das Erlöschen der Vollmacht anzunehmen ist. Soweit die zivilrechtlichen Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, entscheiden die §§ 712, 715, 723—729, 736 BGB.; für die stille Gesellschaft siehe § 339 HGB.

Anm. 70. b) **Durch Widerruf.** Dieser ist nicht unter allen Umständen jederzeit zulässig; anders als nach Art. 54 des alten HGB. Der Regel nach besteht allerdings diese jederzeitige Widerruflichkeit und zwar selbst dann, wenn das Rechtsverhältnis noch fortbesteht. Aber sie fällt weg, wenn sich aus dem Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt. Es beteiligt sich z. B. jemand als stiller Gesellschafter bei dem Geschäfte eines anderen, zur besseren Ausübung der Aufsicht und zur wirksamen Förderung des Geschäfts wird ihm für die Dauer der Gesellschaft Handlungsvollmacht erteilt. Diese ist nicht jederzeit widerruflich. Unzutreffend ist es, wenn Endemann (I 352) sagt: ein solcher Verzicht habe lediglich unter den Beteiligten Wirkung; der Vollmachtgeber könne dennoch dem Dritten gegenüber mit voller Wirkung widerrufen. Für eine solche Einschränkung bietet weder der Wortlaut, noch der Sinn der betreffenden Gesetzesstelle einen Anhalt. — Der Widerruf der Vollmacht erfolgt in derselben Weise, in der sie erteilt ist, entweder gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten, mit dem das Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll (§ 168 BGB.). War dem Dritten erklärt, daß einem anderen Vollmacht erteilt sei, oder war eine solche Erklärung öffentlich bekannt gegeben, so muß auch der Widerruf dieser Kundgebung in derselben Weise erfolgen (§ 171 Abs. 2 BGB.).

Anm. 71. 3. **Ist der Tod des Machtgebers Erlöschungsgrund?** Das beantwortet sich nach Nr. 2 dahin: wenn dies aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse folgt.

Anm. 72. 4. **Ist Eintritt der Geschäftsunfähigkeit Erlöschungsgrund?** Hier gilt das gleiche. Vgl. zu Nr. 2. **Verschollenheit** ist an sich kein Erlöschungsgrund (ROHG. 24, 45).

Anm. 73. Ist **Konkurs** Erlöschungsgrund? Nach § 23 KO. erlischt mit dem Eintritte des Konkurses des Machtgebers jedes Geschäftsbesorgungsmandat, es mag auf unentgeltlichem Auftrag oder auf Werkvertrag oder Dienstvertrag beruhen. Auf den guten Glauben des Dritten kommt es hier nicht an. Vielmehr regelt sich die Gültigkeit der von dem früheren Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsakte lediglich nach der Vorschrift des § 7 KO. (s. Anm. 12 zu § 52).

Anm. 74. 5. **Ist Einstellung des Gewerbebetriebs Erlöschungsgrund der Vollmacht?** Das läßt sich nicht allgemein bejahen. Die Vollmacht erlischt jedenfalls soweit, als sie sich auf Rechtshandlungen bezieht, die zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebs gehören. Sie schränkt sich ein auf die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen, die zur Abwickelung des Geschäftsbetriebs bzw. der betreffenden Geschäfte gehören (s. Anm. 13 zu § 52).

Anm. 75. Die Löschung der Firma hat an sich auf den Bestand der Vollmacht keinen Einfluß. Wird das Geschäft veräußert, so erlischt die Vollmacht und es muß vom neuen Prinzipal eine neue erteilt werden. Der neue Prinzipal kann nicht ohne weiteres als neuer Machtgeber angesehen werden. Aber konkludentes Geschehenlassen wird hier als Erteilung der Vollmacht eine erhebliche Rolle spielen.

Anm. 76. 6. **Ob der Bevollmächtigte jederzeit die Vollmacht niederlegen kann,** richtet sich gemäß § 168 BGB. nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse. Insoweit dieses durch einseitige Kündigung beendet werden kann, wird durch die Kündigung auch die Vollmacht aufgehoben; so beim Auftrag ohne weiteres (§ 671 BGB.), beim Dienstvertrage aus wichtigem Grunde (§ 626 BGB.; § 71 HGB.). Ist das jederzeitige Niederlegungsrecht vereinbart, so darf es gleichwohl ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit ausgeübt werden, sonst tritt Schadensersatzpflicht ein (vgl. Anm. 5 zu § 52).

7. **Das Erlöschen der Vollmacht brauchen sich Dritte nur entgegenhalten zu lassen,** wenn sie ihnen gegenüber widerrufen ist, oder wenn sie die sonstige Erlöschung der Vollmacht kannten oder kennen mußten (§§ 170 bis 173 BGB.). Der Grundsatz, daß sich der Dritte das Erlöschen der Vollmacht entgegenhalten lassen muß, wenn er es kannte oder kennen mußte, stimmt mit der in § 54 Abs. 3 HGB. aufgestellten Rechtsregel überein. Was dort von Einschränkungen gesagt ist, gilt in gleichem Maße vom Erlöschen der Vollmacht (s. hierüber Anm. 22 zu § 54). Erlischt z. B. nach Lage des Rechtsverhältnisses die Vollmacht durch den Tod des Machtgebers, so muß sich der Dritte dieses Erlöschen entgegenhalten lassen, wenn die Umstände so liegen, daß der Dritte wußte oder wissen mußte, daß der Vollmachtgeber gestorben ist und daß das zugrunde liegende Rechtsverhältnis von der Art ist, daß durch den Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht erlischt. Umgekehrt schadet ihm sein Wissen oder Wissenmüssen derart, daß er, wenn er das Erlöschen der Vollmacht kennt oder kennen muß, nicht geltend machen kann, die Vollmacht sei nicht in derselben Weise widerrufen oder die Kundgebung der erteilten Vollmacht sei nicht in deselben Weise erfolgt, wie die Erteilung oder die Kundgebung der erteilten Vollmacht — § 173 BGB. **Erl. zu § 58.** Anm. 77.

8. **Der Widerruf der Vollmacht kann unter Umständen noch andere Rechtsfolgen nach sich ziehen.** Der generelle Handlungsbevollmächtigte wird unter Umständen auf Auflösung des Dienstverhältnisses und auf Entschädigung klagen können (vgl. Entscheidungen hierfür in Anm. 4 zu § 52). Selbstverständlich aber kann der Grund der Vollmachtsentziehung gerechtfertigt oder gar so beschaffen sein, daß der Prinzipal gleichzeitig zur Aufhebung des zugrunde liegenden Verhältnisses befugt erscheint. Eine Vertragsstrafe, die für den Fall des Widerrufs versprochen ist, ist hier gültig. Denn auch das Leistungsversprechen ist rechtlich zulässig, da der Verzicht auf die Vollmachtsentziehung nicht ungültig ist. Anm. 78.

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge.

§ 59.

Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Handlungsgehülfe), hat, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang seiner Dienstleistungen oder über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden Dienste zu leisten sowie die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen. In Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart. **§ 59.**

Lit.: **Horrwitz**, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, 2. Aufl., Berlin, 1905; **Fuld**, Das Recht der Handlungsgehilfen, Hannover, 1897; **Bail**, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe usw., Berlin, 1904.

I. Vorbemerkungen zum sechsten Abschnitt.

1. **Übergangsfragen.** Dieser 6. Abschnitt, ausgenommen § 65, ist gemäß Art. 1 Abs. 2 des EG. z. HGB. bereits seit dem 1. Januar 1898 in Kraft. Während jedoch in der Zwischenzeit zwischen dem 1. Januar 1898 und dem 1. Januar 1900 die Vorschriften des 6. Abschnitts ihre Ergänzung durch das bisherige bürgerliche Recht und das alte HGB. fanden (s. Staub: „Supplement" S. 5; RG. in JW. 00, 855 und 02, 634[14]), sind seit dem 1. Januar 1900 zur Ergänzung selbstverständlich das BGB. und das neue HGB. heranzuziehen. Dadurch erhält eine Reihe von Bestimmungen einen anderen Inhalt. So ist z. B. der Begriff Handelsgewerbe im § 59 jetzt aus §§ 1, 2, 3 und 5 HGB. zu entnehmen. Anm. 1.

§ 59. **Für die Übergangszeit vom 1. Januar 1900 ab** sei noch folgendes bemerkt:

Anm. 2. In Anwendung der Art. 170 und 171 des EG. z. BGB. blieben für die am 1. Januar bestehenden Dienstverhältnisse zunächst die bisherigen Gesetze maßgebend. Wenn sich aber das Dienstverhältnis unter der Herrschaft des neuen Rechts fortsetzt, obwohl unter Zugrundelegung des alten Rechts eine Kündigung zulässig war, so ist vom Zeitpunkt der solcher Gestalt eingetretenen Fortsetzung das neue Recht maßgebend. Soweit freilich die Bestimmungen des neuen Gesetzbuchs **ausschließlicher Natur** sind, traten sie **sofort** am 1. Januar 1900 in Wirksamkeit ohne Rücksicht auf diese Kündigungsfrage (vgl. hierüber Allg. Einl. Anm. 13ff., auch Anm. 16 zu § 62, Anm. 9 zu § 67 und Anm. 16 zu § 74).

Anm. 3. 2. **Verhältnis zum Handlungsbevollmächtigten.** Handlungsgehilfen und Handlungsbevollmächtigte sind allerdings zwei selbständige Begriffe. Drei Fälle sind denkbar. Es ist jemand zugleich Handlungsgehilfe und Handlungsbevollmächtigter. Diese Vereinigung der Funktionen in einer und derselben Person ist der Regelfall. Es ist jemand Handlungsgehilfe, aber nicht Handlungsbevollmächtigter. Umgekehrt: es ist jemand Handlungsbevollmächtigter, aber nicht Handlungsgehilfe; dieser untersteht nicht den Vorschriften des vorliegenden Abschnitts (s. a. ROHG. 7, 298). Näheres Vorbem. zu § 48 und Gareis Lehrbuch § 20 IV.

Anm. 4. 3. **Verhältnis zum Gewerbegehilfen.** Über die Stellung des Handlungsgehilfen zum Gewerbegehilfen vgl. § 59 Anm. 15ff. — Eine Anzahl Vorschriften der GewO. gelten auch für die Handlungsgehilfen und -Lehrlinge, vgl. z. B. unten Anm. 28 — Sonntagsruhe —, § 62 Einl. und Anm. 3 — Einrichtung der Geschäftsräume usw. —; s. a. Litthauer-Mosse Vorbem. 2 vor § 59.

Anm. 5. 4. **Der Rechtsgang.**

a) Nach dem Gesetz über die Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904 unterliegen **Streitigkeiten aus dem Dienst- und Lehrverhältnisse zwischen Kaufleuten und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen** der Zuständigkeit dieser Gerichte nach näherer Maßgabe des Gesetzes, dessen Text unten (zu b) abgedruckt ist. Das materielle Recht, also auch der vorliegende Abschnitt des HGB., ist unberührt geblieben; das neue Gesetz bringt nur neue Gerichte und neues Verfahren. Nunmehr, de lege lata, hat der Streit, ob die Einrichtung und ihr Ausbau zweckmäßig ist, wenig praktischen Wert (zur Literatur hierüber vgl. Jaeger in der Ztschr. für Rechtspflege in Bayern 05, 1ff.; Stranz in der DJZ. 03, 70ff.; 04, 185ff.). Auf jeden Fall bleibt es eine beklagenswerte Folge, daß der Segen der einheitlichen reichsgerichtlichen Rechtsprechung dem Rechte der Handlungsgehilfen für die Zukunft fast völlig verloren geht. Um so mehr muß es Aufgabe der Wissenschaft bleiben — eine Aufgabe, der dieser Kommentar treu bleiben wird —, den einheitlichen Mittelpunkt für dieses Recht zu bilden. Es wird deswegen auch die Rechtsprechung der Kaufmannsgerichte von uns berücksichtigt werden.

Anm. 5a. b) **Text des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte,** vom 6. Juli 1904 (RGBl. 04, 266ff.).

Errichtung und Zusammensetzung der Kaufmannsgerichte.

§ 1. Zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zwischen Kaufleuten einerseits und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen andererseits können bei vorhandenem Bedürfnisse Kaufmannsgerichte errichtet werden.

Die Errichtung erfolgt für den Bezirk einer Gemeinde durch Ortsstatut nach Maßgabe des § 142 der Gewerbeordnung. Die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde über die Genehmigung des Statuts ist binnen sechs Monaten zu erteilen. Die Entscheidung, durch welche die Genehmigung versagt wird, muß mit Gründen versehen sein.

Mehrere Gemeinden können sich durch übereinstimmende Ortsstatuten zur Errichtung eines gemeinsamen Kaufmannsgerichts für ihre Bezirke vereinigen. Für die Genehmigung der übereinstimmenden Ortsstatute ist die höhere Verwaltungsbehörde zuständig, in deren Bezirke das Kaufmannsgericht seinen Sitz haben soll.

Auch für den Bezirk eines weiteren Kommunalverbandes kann ein Kaufmannsgericht errichtet werden. Die Errichtung erfolgt in diesem Falle nach Maßgabe der Vorschriften, nach welchen Angelegenheiten des Verbandes statutarisch geregelt werden. Die Zuständigkeit eines

solchen Gerichts ist ausgeschlossen, soweit die Zuständigkeit eines für eine oder mehrere Gemeinden des Bezirkes bestehenden oder später errichteten Kaufmannsgerichts begründet ist. § 59.

Die Landes-Zentralbehörde kann auf Antrag beteiligter Kaufleute oder Handlungsgehilfen die Errichtung anordnen, wenn ungeachtet einer von ihr an die beteiligten Gemeinden oder den weiteren Kommunalverband ergangenen Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist die Errichtung auf dem in Abs. 2 bis 4 vorgesehenen Wege nicht erfolgt ist. Alle Bestimmungen, welche dieses Gesetz dem Statute vorbehält, erfolgen in diesem Falle durch Anordnung der Landes-Zentralbehörde.

Vor der Errichtung sind sowohl Kaufleute als Handlungsgehilfen des Bezirkes in entsprechender Anzahl zu hören.

§ 2. Für Gemeinden, welche nach der jeweilig letzten Volkszählung mehr als zwanzigtausend Einwohner haben, muß ein Kaufmannsgericht errichtet werden. Die Landes-Zentralbehörde hat erforderlichenfalls die Errichtung nach Maßgabe der Vorschriften des § 1 Abs. 5 anzuordnen, ohne daß es eines Antrags beteiligter Kaufleute oder Handlungsgehilfen bedarf.

§ 3. Die Landes-Zentralbehörde kann die örtliche Zuständigkeit eines auf ihre Anordnung errichteten Kaufmannsgerichts ausdehnen. Die beteiligten Ortsbehörden sind zuvor zu hören.

§ 4. Auf Handlungsgehilfen, deren Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt den Betrag von fünftausend Mark übersteigt, sowie auf die in Apotheken beschäftigten Gehilfen und Lehrlinge finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung.

§ 5. Die Kaufmannsgerichte sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig für Streitigkeiten der im § 1 Abs. 1 bezeichneten Art, wenn die Streitigkeiten betreffen:

1. den Antritt, die Fortsetzung oder die Auflösung des Dienst- oder Lehrverhältnisses sowie die Aushändigung oder den Inhalt des Zeugnisses;
2. die Leistungen aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse;
3. die Rückgabe von Sicherheiten, Zeugnissen, Legitimationspapieren oder anderen Gegenständen, welche aus Anlaß des Dienst- oder Lehrverhältnisses übergeben worden sind;
4. die Ansprüche auf Schadensersatz oder Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Verpflichtungen, welche die unter Nr. 1 bis 3 bezeichneten Gegenstände betreffen, sowie wegen gesetzwidriger oder unrichtiger Eintragungen in Zeugnisse, Krankenkassenbücher oder Quittungskarten der Invalidenversicherung;
5. die Berechnung und Anrechnung der von den Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen zu leistenden Krankenversicherungsbeiträge und Eintrittsgelder (§§ 53a, 65 des Krankenversicherungsgesetzes);
6. die Ansprüche aus einer Vereinbarung, durch welche der Handlungsgehilfe oder Handlungslehrling für die Zeit nach Beendigung des Dienst- oder Lehrverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird.

§ 6. Durch die Zuständigkeit eines Kaufmannsgerichts wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen.

Vereinbarungen, durch welche der Entscheidung des Kaufmannsgerichts künftige Streitigkeiten, welche zu seiner Zuständigkeit gehören, entzogen werden, sind nichtig.

§ 7. Die Zusammensetzung des Gerichts nach Maßgabe der Vorschriften dieses Gesetzes ist durch das Statut zu regeln.

§ 8. Die Kosten der Einrichtung und der Unterhaltung des Gerichts sind, soweit sie in dessen Einnahmen ihre Deckung nicht finden, von der Gemeinde oder dem weiteren Kommunalverbande zu tragen.

Soll das Gericht nicht ausschließlich für eine Gemeinde oder einen weiteren Kommunalverband zuständig sein, so ist bei Festsetzung der Zuständigkeit zugleich zu bestimmen, zu welchen Anteilen die einzelnen Bezirke an der Deckung der Kosten teilnehmen.

Gebühren, Kosten und Strafen, welche in Gemäßheit dieses Gesetzes zur Hebung gelangen, bilden Einnahmen des Gerichts.

§ 9. Für jedes Kaufmannsgericht sind ein Vorsitzender und mindestens ein Stellvertreter desselben sowie die erforderliche Zahl von Beisitzern zu berufen. Die Zahl der Beisitzer soll mindestens vier betragen.

Bei Kaufmannsgerichten, welche aus mehreren Abteilungen (Kammern) bestehen, können mehrere Vorsitzende bestellt werden.

Besteht am Sitze des Kaufmannsgerichts ein auf Grund des § 1 oder des § 2 des Gewerbegerichtsgesetzes errichtetes Gewerbegericht, so sind in der Regel dessen Vorsitzender und seine Stellvertreter, sofern auf sie die im § 11 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen zutreffen, zugleich zum Vorsitzenden und zu stellvertretenden Vorsitzenden des Kaufmannsgerichts zu bestellen, auch gemeinsame Einrichtungen für die Gerichtsschreiberei, den Bureaudienst, die Sitzungs- und Bureauräumlichkeiten und dergleichen zu treffen.

§ 59.

§ 10. Zum Mitglied eines Kaufmannsgerichts können nicht berufen werden:
1. Personen weiblichen Geschlechts;
2. Ausländer;
3. Personen, welche die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter infolge strafgerichtlicher Verurteilung verloren haben;
4. Personen, gegen welche das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens eröffnet ist, das die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge haben kann;
5. Personen, welche infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind.

Zum Mitglied eines Kaufmannsgerichts soll nur berufen werden, wer das dreißigste Lebensjahr vollendet und in dem der Wahl vorangegangenen Jahre für sich oder seine Familie Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln nicht empfangen oder die empfangene Armenunterstützung erstattet hat.

Zum Beisitzer soll nur berufen werden, wer im Bezirke des Gerichts seit mindestens zwei Jahren seine Handelsniederlassung hat oder beschäftigt ist.

§ 11. Als Vorsitzender und dessen Stellvertreter sollen Personen gewählt werden, welche die Fähigkeit zum Richteramt erlangt haben; auch können Personen gewählt werden, welche die Fähigkeit zum höheren Verwaltungsdienste besitzen. Ausnahmen kann die höhere Verwaltungsbehörde zulassen. Der Vorsitzende und seine Stellvertreter dürfen weder Kaufleute noch Handlungsgehilfen sein.

Sie werden durch den Magistrat und, wo ein solcher nicht vorhanden ist oder das Statut dies bestimmt, durch die Gemeindevertretung, in weiteren Kommunalverbänden durch die Vertretung des Verbandes auf mindestens ein Jahr gewählt.

Ihre Wahl bedarf der Bestätigung der höheren Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke das Kaufmannsgericht seinen Sitz hat. Diese Bestimmung findet auf Staats- oder Gemeindebeamte, welche ihr Amt kraft staatlicher Ernennung oder Bestätigung verwalten, keine Anwendung, solange sie dieses Amt bekleiden. Einer Bestätigung bedarf es ferner nicht, wenn im Falle des § 9 Abs. 3 der Vorsitzende des Gewerbegerichts oder sein Stellvertreter zum Vorsitzenden oder zum stellvertretenden Vorsitzenden des Kaufmannsgerichts gewählt werden.

§ 12. Die Beisitzer müssen zur Hälfte aus den Kaufleuten, welche mindestens einen Handlungsgehilfen oder Handlungslehrling regelmäßig das Jahr hindurch oder zu gewissen Zeiten des Jahres beschäftigen, zur Hälfte aus den Handlungsgehilfen entnommen werden.

Die ersteren Beisitzer werden mittels Wahl der im Abs. 1 bezeichneten Kaufleute, die letzteren mittels Wahl der Handlungsgehilfen bestellt. Die Wahl der Beisitzer ist unmittelbar und geheim; sie findet nach den Grundsätzen der Verhältniswahl statt derart, daß neben den Mehrheitsgruppen auch die Minderheitsgruppen entsprechend ihrer Zahl vertreten sind. Hierbei kann die Stimmabgabe auf Vorschlagslisten beschränkt werden, die bis zu einem im Statute festgesetzten Zeitpunkte vor der Wahl einzureichen sind.

Die Wahl erfolgt auf mindestens ein Jahr und höchstens sechs Jahre. Eine Wiederwahl ist zulässig.

§ 13. Zur Teilnahme an den Wahlen ist berechtigt, wer das fünfundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat und in dem Bezirke des Kaufmannsgerichts seine Handelsniederlassung hat oder beschäftigt ist.

Zur Teilnahme an den Wahlen sind nicht berechtigt die im § 10 Abs. 1 bezeichneten Personen.

§ 14. Den Kaufleuten im Sinne der §§ 11 bis 13 stehen gleich die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft oder einer als Kaufmann geltenden juristischen Person sowie die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Vorsteher oder Mitglieder eines verwaltenden oder beschließenden Organs einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes können zum Vorsitzenden eines Kaufmannsgerichts (§ 11 Abs. 1) auch dann gewählt werden, wenn die Gemeinde oder der weitere Kommunalverband ein Handelsgewerbe betreibt.

§ 15. Im übrigen finden auf die Wahlen die Vorschriften des § 15, § 17 Abs. 1, § 18 des Gewerbegerichtsgesetzes entsprechende Anwendung.

Ebenso sind die Vorschriften der §§ 19, 20, § 21 Abs. 1, 3, §§ 22 bis 25, 88 des Gewerbegerichtsgesetzes sinngemäß anzuwenden.

Aus den Handlungsgehilfen entnommene Beisitzer, deren Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt erst nach der Wahl den Betrag von fünftausend Mark übersteigt, bleiben bis zur nächsten Wahl im Amte.

Verfahren.

§ 16. Auf das Verfahren vor den Kaufmannsgerichten finden die Vorschriften der §§ 26 bis 61 des Gewerbegerichtsgesetzes mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Berufung

gegen die Urteile der Kaufmannsgerichte nur zulässig ist, wenn der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von dreihundert Mark übersteigt. **§ 59.**

Die Vorschrift des § 11 der Zivilprozeßordnung über die bindende Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung, durch welche ein Gericht sich für sachlich unzuständig erklärt hat, findet auch in dem Verhältnisse der Kaufmannsgerichte und der Gewerbegerichte Anwendung.

Wird bei dem Kaufmannsgericht eine vor das Gewerbegericht gehörige Klage erhoben, so hat das Kaufmannsgericht, sofern für die Verhandlung und Entscheidung derselben ein Gewerbegericht besteht, durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Gewerbegericht zu verweisen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt; mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem Gewerbegericht anhängig. Die in dem Verfahren vor dem Kaufmannsgericht erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Gewerbegericht erwachsenen Kosten behandelt. Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn bei dem Gewerbegericht eine vor das Kaufmannsgericht gehörige Klage erhoben wird.

§ 17. Das Kaufmannsgericht kann bei Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Dienst- oder Lehrverhältnisses als Einigungsamt angerufen werden. Auf die Zusammensetzung und das Verfahren des Einigungsamts finden die Bestimmungen der §§ 63 bis 73 des Gewerbegerichtsgesetzes entsprechende Anwendung.

Gutachten und Anträge der Kaufmannsgerichte.

§ 18. Das Kaufmannsgericht ist verpflichtet, auf Ansuchen von Staatsbehörden oder des Vorstandes des Kommunalverbandes, für welchen es errichtet ist, Gutachten über Fragen abzugeben, welche das kaufmännische Dienst- oder Lehrverhältnis betreffen.

Das Kaufmannsgericht ist berechtigt, in den bezeichneten Fragen Anträge an Behörden, an Vertretungen von Kommunalverbänden und an die gesetzgebenden Körperschaften der Bundesstaaten oder des Reichs zu richten.

Zur Vorbereitung oder Abgabe von Gutachten sowie zur Vorbereitung von Anträgen können Ausschüsse aus der Mitte des Kaufmannsgerichts gebildet werden.

Diese Ausschüsse müssen, sofern es sich um Fragen handelt, welche die Interessen beider Teile berühren, zu gleichen Teilen aus Kaufleuten (§ 14) und Handlungsgehilfen zusammengesetzt sein.

Das Nähere bestimmt das Statut.

Verfahren vor dem Gemeindevorsteher.

§ 19. Ist ein zuständiges Kaufmannsgericht nicht vorhanden, so kann bei Streitigkeiten der im § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 5 bezeichneten Art jede Partei die vorläufige Entscheidung durch den Vorsteher der Gemeinde (Bürgermeister, Schultheiß, Ortsvorsteher usw.) nachsuchen. Zuständig ist der Vorsteher der Gemeinde, in deren Bezirke die streitige Verpflichtung aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zu erfüllen ist oder sich die Handelsniederlassung des Kaufmanns befindet oder beide Parteien ihren Wohnsitz haben.

Die Vorschriften des § 76 Abs. 2, 3 und der §§ 77 bis 80 des Gewerbegerichtsgesetzes finden sinngemäße Anwendung.

Schlußbestimmungen.

§ 20. Die Landes-Zentralbehörde kann anordnen, daß in Bezirken, für welche zur Entscheidung gewerblicher Streitigkeiten auf Grund der Landesgesetze Gewerbegerichte bestehen (§ 85 des Gewerbegerichtsgesetzes), die für diese Gewerbegerichte geltenden besonderen Vorschriften über die Bildung von Vergleichskammern oder Vergleichsämtern und über das Verfahren vor denselben auch auf die Kaufmannsgerichte Anwendung finden.

§ 21. Streitigkeiten, welche anhängig geworden sind, bevor ein für sie zuständiges Kaufmannsgericht bestand, werden von den bis dahin zuständig gewesenen Behörden erledigt.

§ 22. Die vorstehenden Bestimmungen treten, soweit sie sich auf die Herstellung der zu ihrer Durchführung erforderlichen Einrichtungen beziehen, mit dem Tage der Verkündung, im übrigen mit dem 1. Januar 1905 in Kraft.

c) Eine eingehende Erläuterung des Gesetzes über die Kaufmannsgerichte geht über den Rahmen dieses Werkes hinaus (Lit.: Dr. Max Apt, RG. betr. die Kaufmannsgerichte nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen, Textausgabe mit Anmerkungen, 3. Aufl. Berlin 04; M. von Schulz, Kommentar zum RG. betr. Kaufmannsgerichte, nebst zwei Anhängen, Jena 05). Anm. 5b.

Von **einzelnen besonders erheblichen Punkten** seien folgende hier hervorgehoben:

α) Die **Errichtung** des Kaufmannsgerichts ist **obligatorisch** für Gemeinden, welche nach der jeweilig letzten Volkszählung mehr als 20000 Einwohner haben (§ 2 des Ges.) Verzögert die Gemeinde die Errichtung, so hat die Landes-Zentralbehörde die Errichtung

§ 59. anzuordnen (§ 2 Satz 2). Bis zur Errichtung gehören die Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte; es tritt nicht etwa eine Justizverweigerung ein (§ 21 Ges.; Ritter im „GewG." 10 Nr. 2). Sinkt die Einwohnerzahl nach Errichtung des Gerichts unter 20000, so bleibt trotzdem das Gericht bestehen (Apt § 2 [3]). — In einem vor den ordentlichen Gerichten anhängigen Prozesse ist nach Errichtung der KfmG. eine Erweiterung der Klage oder eine Widerklage nicht zulässig (KGBl. 05, 107).

β) Die Zuständigkeitsgrenze zwischen dem Gewerbe-, dem Kaufmanns- und dem ordentlichen Gerichte wird häufig streitig werden (vgl. hierüber den Aufsatz von Hilse in KGBl. 05, 93 ff.). Vor die Kaufmannsgerichte gehören nur die Streitigkeiten der Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlinge mit ihrem Prinzipal (§ 1 Abs. 1 des Ges.). Über den Begriff der Handlungsgehilfen s. unten Anm. 13 ff. Die Streitigkeiten der Gewerbegehilfen (unten Anm. 15 ff.), des Gesindes (unten Anm. 21) und anderer Gehilfen des Kaufmanns (unten Anm. 22) gehören nicht vor die Kaufmannsgerichte.

γ) Durch die Zuständigkeit eines Kaufmannsgerichts wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen (§ 6 Abs. 1 des Ges.). Das ordentliche Gericht hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen und zwar in allen Instanzen, da es sich nicht um die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit, sondern um die der Unzulässigkeit der Rechtsverfolgung vor den ordentlichen Gerichten handelt. Auch das Kaufmannsgericht hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen; es kann die Sache auch an das zuständige ordentliche Gericht verweisen (KfmG. Liegnitz im „GewG." 10, 365 f.).

Vereinbarungen, durch die der Entscheidung des Kaufmannsgericht künftige Entscheidungen, die zu seiner Zuständigkeit gehören, entzogen werden, also insbesondere alle etwaigen Schiedsgerichtsverträge, sind nichtig (§ 6 Abs. 2). Dagegen kann über bereits entstandene Streitigkeiten eine rechtswirksame Vereinbarung getroffen werden.

δ) Statt des örtlich zuständigen Kaufmannsgerichts kann ein anderes örtlich an sich unzuständiges vereinbart werden; so darf die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts am Wohnsitz des Prinzipals vereinbart werden (vgl. „Das Gew.- u. KfmG." 11, 133; Horrwitz 173).

ε) Die Kaufmannsgerichte sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes sachlich zuständig für Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zwischen Kaufleuten einerseits und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen andererseits, wenn die Streitigkeiten die im § 5 Nr. 1 bis 6 des Ges. aufgezählten Ansprüche betreffen.

Kraft ausdrücklicher, im § 4 gegebener Vorschrift findet das Gesetz nicht Anwendung auf Handlungsgehilfen, deren Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt den Betrag von 5000 M. übersteigt, sowie auf die in Apotheken beschäftigten Gehilfen und Lehrlinge.

Näheres über Lohn und Gehalt s. unten Anm. 33 f. Über die Frage, wie weit die Reisespesen eines Handlungsgehilfen bei der Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes für die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts zu berücksichtigen sind, vgl. „Das Gew.- u. KfmG." 11, 150.

ζ) Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte ist auch dann gegeben, wenn der erhobene Anspruch vor oder nach Erhebung der Klage auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist. Dies soll durch die Fassung des § 1 Abs. 1 („Streitigkeiten aus dem Dienst- und Lehrverhältnisse zwischen" usw.) zum Ausdruck gebracht werden. Es gilt dies nicht nur von gesetzlichen Rechtsnachfolgern (Erben, Konkursverwaltern usw.), sondern auch von Rechtsnachfolgern auf Grund eines Rechtsgeschäfts, z. B. auf Grund einer Abtretung oder einer Pfändung und Überweisung (zust. KG. in OLGR. 11, 418; Horrwitz 173).

Die Rechtslage bei den Gewerbegerichten ist in dieser Beziehung eine andere, weil der § 1 des GewGG. die oben zitierte Fassung nicht hat (vgl. RG. 51, 193; 55, 265).

η) Auf das Verfahren vor den Kaufmannsgerichten finden die Vorschriften der §§ 26 bis 61 des GewGG. entsprechende Anwendung (näheres § 16 des KfmGG.). Danach sind im wesentlichen die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften der CPO. maßgebend. Doch sind eine Reihe besonderer Bestimmungen getroffen, die nament-

lich auf eine größere Beschleunigung hinzielen (§ 26 des GewGG.). Als **Berufungs- und Beschwerdegericht** ist das Landgericht, in dessen Bezirk das Kaufmannsgericht seinen Sitz hat, zuständig (§ 55 Abs. 2 GewGG.). Aber die Berufung gegen die Urteile der Kaufmannsgerichte ist nur zulässig, wenn der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 300 Mk. übersteigt (§ 16 Abs. 1 KfmGG.). **§ 59.**

Rechtsanwälte und Personen, die das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, werden als Prozeßbevollmächtigte oder Beistände vor dem Kaufmannsgerichte nicht zugelassen (§ 31 GewGG.; § 16 KfmGG.).

II. Die Erläuterung des § 59.

Der vorliegende Paragraph gibt 1. eine **Begriffsbestimmung des Handlungsgehilfen**, 2. eine **Vorschrift über seine Leistungen**, 3. eine **Vorschrift über seine Ansprüche**. Anm. 6.

1. **Der Begriff des Handlungsgehilfen** ist vom Gesetz dahin gegeben: **wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.** Anm. 7.

a) **Der Handlungsgehilfe ist gegen Entgelt angestellt.** Er steht also in einem **Dienstvertragsverhältnisse** (§§ 611 ff. BGB.).

α) **Angestellt** ist er. Das will sagen, er steht in einem Vertragsverhältnisse, kraft dessen er dem **Organismus des Geschäfts** derart **angehört**, daß er in bezug auf die Art der Ausübung seiner Dienstleistungen **von den Anordnungen der Geschäftsleitung abhängig** ist. Er ist ein unselbständiges Glied im geschäftlichen Organismus (KGJ. 19, 23), der Untergebene des Prinzipals. Alles dies natürlich in den durch Vertrag und Gebrauch gezogenen Grenzen, die das Untergebenheitsverhältnis gemäß den berechtigten sozialen Anschauungen der Zeit gemildert und abgeschwächt haben. Mit Recht hat daher das neue HGB. die Bezeichnung des alten (Art. 57): „Handlungs**diener**" fallen lassen. Die Handlungsgehilfen bilden einen besonderen Stand und sind infolge guter Organisationen wirtschaftlich immer mehr erstarkt. Der „Angestellte" vermietet nicht den **Erfolg** seiner Tätigkeit, sondern **diese selbst**. Handlungsgehilfe ist demnach der Kommis, der Reisende, der Korrespondent (weitere Beispiele s. Anm. 14); nicht der Agent (vgl. zu § 84), nicht der sog. freie Provisionsreisende (s. Anm. 36 ff.), nicht die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (diese sind nicht Handlungsgehilfen, sondern gesetzliche Vertreter der juristischen Person und im Verhältnis zu den übrigen Angestellten selbst die Prinzipale; s. hierüber Anm. 23 zu § 231), nicht der Geschäftsführer einer G. m. b. H. (aus dem gleichen Grunde), nicht der Liquidator einer Handelsgesellschaft (RG. in DJZ. 96, 57), endlich für die Regel nicht, wer in einem Geschäft nur tätig ist, um es kennen zu lernen, z. B. zwecks Eintritts als Gesellschafter (ZHR. 34, 569). Anm. 8.

Nicht notwendig ist, daß der Angestellte in den **Geschäftsräumen**, wenn dies auch die Regel ist (näheres Anm. 29), oder während der **ganzen** üblichen **Geschäftszeit** für den Prinzipal tätig ist. Der sogenannte **Stundenbuchhalter**, d. h. derjenige, der einige Stunden des Tages oder der Woche im Geschäfte tätig ist, um die Bücher in Ordnung zu halten, ist Handlungsgehilfe. Für die Zeit seiner Tätigkeit gehört er dem Organismus des Geschäfts an. Gleiches gilt für den, der von vornherein nur zu **vorübergehender Aushilfe** angenommen wird (§ 69). Anm. 9.

Ein Dienstvertrag liegt nicht vor, wenn die **Ehefrau oder der Ehemann oder das Kind** im Geschäfte arbeitet. Hier liegt die Erfüllung gesetzlicher Pflichten vor (vgl. §§ 1356, 1617 BGB.). Freilich können auch diese Personen durch Dienstvertrag angestellt werden; daß dies der Fall ist, muß der, der hieraus Rechte, z. B. den Anspruch auf Vergütung herleitet, beweisen, weil es der gesetzlichen Regel widerspricht (vgl. Allg. Einl. 6./7. Aufl. Anm. 33 ff.).

Ob die **Beamten des handeltreibenden Staates** Handlungsgehilfen sind, darüber s. Anm. 11 zu § 36.

§ 59. β) **Gegen Entgelt.** Über die Art des Entgelts (Vergütung usw.) s. unten Anm. 33ff.

Anm. 10. Nicht Handlungsgehilfe ist der Volontär, da er kein Entgelt erhält. Hier liegt ein Auftragsverhältnis nach § 662 BGB. vor. Die über die Entgeltlichkeit handelnden Vorschriften des Handlungsgehilfenvertrages finden auf ihn keine Anwendung. Im übrigen gehört es zum Begriffe des Volontärs, daß er freiwillig die Pflichten eines Handlungsgehilfen übernimmt, und als Äquivalent hierfür wird man ihm auch alle Rechte des Handlungsgehilfen (außer dem Rechte auf Vergütung) gewähren müssen. So werden die Regeln vom Zeugnisse (§ 630 BGB.; § 73 HGB.), vom gesetzlichen Konkurrenzverbot (§ 60 Anm. 1), von der Konkurrenzklausel (§§ 74, 75, abgesehen vom § 75 Abs. 1 Schlußsatz, der von der Fortzahlung des Gehalts spricht), von den Fürsorgemaßregeln für das Wohl der Handlungsgehilfen (§ 618 BGB.; § 62 HGB.) auf den Volontär entsprechende Anwendung finden (übereinstimmend Düringer-Hachenburg I 192). Die Frage der Kündigungsfristen wird meist keine Rolle spielen, weil hier gewöhnlich eine bestimmte Volontärzeit vereinbart sein wird. Ist dies aber nicht der Fall, so nehmen wir (gegen Horrwitz 26) keinen Anstand, auch für und gegen ihn die für Handlungsgehilfen geltenden Kündigungsfristen in Anwendung zu bringen, weil er sich eben freiwillig und ohne Gegenleistung in die Stellung eines Handlungsgehilfen begeben hat.

Anm. 11. b) **In einem Handelsgewerbe** (§ 1 Anm. 6ff.) muß die Anstellung erfolgt sein. Das ist selbstverständlich, denn es handelt sich ja nur um die Gehilfen des Kaufmanns. Auch der Minderkaufmann kann Handlungsgehilfen haben (keine Prokuristen, § 48 Anm. 4), ferner seit dem Ges. vom 12. Mai 1901 auch „der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit", der die Rechtsfähigkeit erlangt hat (dies ist von Horrwitz [19] nicht beachtet; vgl. § 1 Anm. 61). Handlungsgehilfen darf auch anstellen, wer keine Lehrlinge halten darf (§ 81). Die Gehilfen anderer Gewerbetreibenden, als von Kaufleuten, sind auch dann keine Handlungsgehilfen, wenn ihre Dienste kaufmännischer Natur sind, z. B. die Buchhalter und Korrespondenten der Landwirte, sowie aller derjenigen, die ein eintragungspflichtiges oder -fähiges, aber noch nicht eingetragenes Gewerbe betreiben (§§ 3 Abs. 2, 2, 36); ebensowenig selbstverständlich kaufmännische Angestellte derjenigen, die überhaupt kein Gewerbe treiben, z. B. Buchhalter von Anwälten, Künstlern (§ 1 Anm. 9). Wohl aber genügt es, daß der Gewerbetreibende auf Grund des § 5 als Kaufmann gilt, d. h. daß jemand, der ein Gewerbe betreibt, eingetragen ist, obwohl sein Gewerbe kein Handelsgewerbe ist. Und endlich muß der, welcher im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, auch in dieser Hinsicht gegen sich gelten lassen, daß er als Kaufmann gelte (s. Erl. zu § 5). Die ihm nachteiligen, dem Gehilfen vorteilhaften Bestimmungen über die Handlungsgehilfen kommen in diesem Falle dem Gehilfen zustatten. Aber auch der Gehilfe wird meist gegen sich gelten lassen müssen, daß er als Handlungsgehilfe zu erachten sei, weil er mit einer Person kontrahiert hat, die als Kaufmann gelten wollte (Erl. zu § 5 Anm. 7; zust. Horrwitz 22 und OLG. Karlsruhe im „Recht" 04, 171). Im letzten Ende wird alles dies zu demselben Ergebnis führen, zu dem Düringer-Hachenburg (I 196) gelangen, wenn sie sagen, daß bei den unter §§ 2, 3 Abs. 2 u. 36 fallenden Gewerbetreibenden recht häufig wird unterstellt werden müssen, daß auf ihre Gehilfen die Handlungsgehilfenvorschriften nach Vereinbarung oder nach den Umständen anwendbar sein sollen.

Anm. 12. c) **Zur Leistung kaufmännischer Dienste** muß die Anstellung erfolgt sein, mindestens vorwiegend (vgl. auch Bolze 17 Nr. 410). Daß dies der Fall ist, muß der beweisen, der aus der Natur der Dienste Rechte herleiten will (RG. 1, 268).

Nicht alle Gehilfen des Kaufmanns leisten kaufmännische Dienste. Nach der verschiedenen Natur der geleisteten Dienste unterscheidet man vielmehr **vier Klassen von Gehilfen des Kaufmanns.**

Anm. 13. α) **Die Handlungsgehilfen** („kaufmännische Gehilfen"). Diese bilden den Gegenstand des vorliegenden Paragraphen. Auf sie finden die Vorschriften des 6. Abschnittes Anwendung. Es sind diejenigen Gehilfen des Kaufmanns, die ihm kaufmännische Dienste leisten. Dabei gilt nicht jeder Dienst als kaufmännisch, der einem Kaufmann als solchem geleistet wird.

Vielmehr sind, wie Cosack (§ 19 S. 90) zutreffend hervorhebt, die Begriffe „Kaufmann" und „kaufmännisch" inkongruent. Jener ist gesetzlich fest ausgeprägt (§§ 1 ff.), dieser nicht; „kaufmännisch" ist gleichbedeutend mit dem, was die Verkehrssitte im herkömmlichen Sinne als kaufmännisch ansieht. Es müssen Dienste sein, zu denen diejenige Schulung und Fertigkeit gehören, die man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tüchtigkeit nennt. Die kaufmännische Signatur seiner Tätigkeit ist es (so mit Recht ROHG. 17, 309), die den Gehilfen zum Handlungsgehilfen macht (vgl. auch RG. 1, 268; D. 60). Dazu gehört aber nicht nur und nicht notwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern alle Tätigkeiten, die sich auf den Umsatz von Waren beziehen, einschließlich der Kontorgeschäfte (zust. OLG. Braunschweig in OLGR. 6, 348). Die wichtigsten Arten sind: der Verkauf, der Einkauf, die Buchführung, die Korrespondenz, die Kassenführung, das Reisen. Im Gegensatze dazu sind im Falle der Vereinigung von Handwerks- oder Fabrik- mit einem Handelsbetriebe diejenigen Hilfspersonen Gewerbegehilfen, die mit der Bearbeitung, Verarbeitung, Herstellung der Waren durch technische Dienstleistungen beschäftigt sind (ROHG. 10, 299; 14, 114; auch Landmann, Kommentar zur GewO., Vorbem. zum VII. Titel, Anm. 5c; vgl. unten Anm. 15). Leistet der Gehilfe kaufmännische und gewerbliche Dienste, so entscheidet das Überwiegende (OLG. Braunschweig a. a. O.). **§ 59.**

Beispiele von Handlungsgehilfen in alphabetischer Reihenfolge: Anm. 14.

Der Akquisiteur (von Annoncen); der Buchhalter; der Buffetier einer Gastwirtschaft (wenn kein Pachtvertrag vorliegt, vgl. SeuffA. 57, 392); der Bureauchef eines Zeitungsverlegers, auch wenn er daneben redaktionelle Geschäfte zu besorgen hat (KG. in KGBl. 91, 85); der Direktor eines Warenhauses, denn zu dieser Stellung gehören kaufmännische Fähigkeiten, kaufmännischer Geschmack, Kenntnis der Bedürfnisse und Gewohnheiten des Publikums; die Direktrice, wenn sie auch Kunden bedient oder Stoffe einkauft (z. B. im Putzgeschäft, OLG. Braunschweig in OLGR. 6, 348); der Disponent (Bolze 10 Nr. 428); der Einkäufer; der Expedient (KGBl. 91, 63); der Fabrikdirektor (ROHG. 18, 25; vgl. Anm. 19); der durch Dienstvertrag angestellte generelle Handlungsbevollmächtigte, z. B. der Leiter einer Filiale, einer Wechselstube (vgl. RG. in JW. 02, 173[38]); der Hotelleiter (Bolze 16 Nr. 238); der Hotelsekretär; der Kassierer; der Konfektionär und die Konfektioneuse (Auskunft der Berliner Ältesten bei Horrwitz 29); der Kontrolleur einer Straßenbahn (Puchelt Anm. 2 zu Art. 57 und die dort zitierte Entscheidung des ROHG.; s. wegen der Schaffner Anm. 17 und 22); der Korrespondent (ROHG. 14, 115); das Ladenmädchen, auch wenn es nicht Verkäuferin ist, sondern nur etikettiert, sortiert, zum Versande bereitstellt, die erledigten Aufträge im Lagerbuch bucht (LG. I Berlin in KGBl. 91, 63 und in ZHR. 42, 513; zu den Ladenmädchen gehört die im Laden verkaufende Schlächtermamsell, KfmG. Lichtenberg in „Das Gew.- u. KfmGer." 11, 14); der Lagerist, der die Aufsicht über das Lager führt, die Waren zu empfangen und zu expedieren hat (vgl. OLG. Hamburg in ZHR. 46, 486); der Prokurist, wenn er durch Dienstvertrag angestellt ist; der Reisende; der Restaurationsgeschäftsführer (Bolze 16 Nr. 375; ebenso für die Geschäftsführer von Aschingers Bierquellen KG. in KGBl. 00, 21); der Verkäufer; die Verlagsgeschäftsgehilfen, jedoch nur, soweit sie kaufmännische Hilfsdienste verrichten, nicht auch die literarischen Gehilfen, so daß die Redakteure, Unterredakteure, Korrektoren, Berichterstatter keine Handlungsgehilfen sind (KG. in ZHR. 42, 513; vgl. unten Anm. 22).

β) **Eine zweite Klasse der Gehilfen des Kaufmanns sind die Gewerbegehilfen.** Ihre Dienstverhältnisse regeln sich nach der Gewerbeordnung (der Engagementsvertrag selbst ist natürlich auch hier ein Handelsgeschäft (RG. 38, 117); die den Gewerbegehilfen vom Kaufmann erteilte Vollmacht ist eine Handlungsvollmacht). Anm. 15.

Es sind die Gehilfen, die — lediglich oder vorwiegend; s. Anm. 13 — nicht kaufmännische, sondern gewerbliche Dienste leisten.

αα) **Gewerbliche Dienste** sind diejenigen, die in der Mittätigkeit bei der Bearbeitung oder Verarbeitung der Waren durch technische Dienstleistungen (ROHG. 14, 113; 10, 299), Anm. 16.

§ 59. oder — denn diese Definition ist nicht umfassend genug — in der Mittätigkeit bei dem sonstigen technischen Teil des Gewerbebetriebs bestehen. Die Dienste brauchen nicht dem betreffenden Gewerbe charakteristisch anzugehören, sie setzen auch nicht besondere technische Kenntnisse oder Fertigkeiten voraus (vgl. ROHG. 19, 382), so daß selbst Personen, die untergeordnete Dienste leisten, zu den Gewerbegehilfen gehören.

Anm. 17. **Beispiele von Gewerbegehilfen:** Die Gesellen und Arbeiter einer Fabrik; der Koch eines Restaurants (ROHG. 10, 299); der Zuschneider in einem Kleidergeschäft (ROHG. 21, 18); die technische Leiterin eines Damenkleidergeschäfts (OLG. Colmar in ElsLothZ. 27, 494); der Kellner und Oberkellner, auch wenn sie Rechtsgeschäfte abschließen und Handlungsbevollmächtigte sind, weil zu diesen einfachen Geschäftsabschlüssen keinerlei kaufmännische Fähigkeit gehört (ROHG. 24, 270; zust. OLG. Stettin in „Gew.- u. KfmGer." 11, 183). Aus demselben Grunde der Omnibusschaffner, der Fahrscheine verkauft und Listen führt (LG. I Berlin in KGBl. 91, 28; wegen der Straßenbahnschaffner s. Anm. 22); der Bierfahrer oder Milchfahrer, auch wenn er Bier oder Milch verkauft oder Gelder einkassiert, denn die Hauptsache ist doch die Kutscher- und Botentätigkeit (so Horrwitz 22; dagegen Urteile des GG. Berlin vom 26. 3. u. 24. 9. 96 bei Unger, Entsch. des GG. Berlin, und RG. in JW. 90, 295[8]; verkauft der Bierfahrer das Bier gegen Provision, so ist er Reisender und damit Handlungsgehilfe); die Buffetmamsell; der Fahrradlehrer in einem Fahrradgeschäft; die Fuhrknechte eines Spediteurs; die Briefträger einer Paketfahrt-Gesellschaft.

Anm. 18. $\beta\beta$) Andererseits hören die Dienste nicht dadurch auf, gewerbliche zu sein, daß die Herstellung des Erzeugnisses eine künstlerische ist; auch die Künstler (z. B. Maler, Zeichner, Bildhauer), die von einem Gewerbetreibenden (z. B. einem Möbelfabrikanten) zur Herstellung eines, wenn auch kunstgewerblichen Erzeugnisses beschäftigt werden und in diesem Sinne die Kunst in den Dienst des Gewerbes stellen, gehören zu den Gewerbegehilfen (RG. 17, 92). Ebenso sind die Dienste des wissenschaftlich vorgebildeten chemisch- oder mechanisch-technischen Personals (z. B. der Chemiker, Ingenieure, Maschinentechniker) in einem Handelsetablissement gewerbliche, keine kaufmännischen (s. a. Gareis Lehrbuch § 21 S. 91).

Anm. 19. $\gamma\gamma$) Indessen fällt doch ins Gewicht, daß die Gewerbegehilfen in der Gewerbeordnung eine Unterart der gewerblichen Arbeiter bilden, so daß vor allem die Merkmale dieses Begriffs vorhanden sein müssen. Aus diesem Gesichtspunkte ist zu verneinen die Gewerbegehilfeneigenschaft der Schauspieler und Orchestermitglieder, obwohl das Schauspielunternehmen an sich zu den Gewerbeunternehmungen gehört (RG. 17, 86; 41, 55); der Tierbändiger (RG. 37, 67); des Redakteurs einer Zeitung, des Berichterstatters einer Zeitung (diese sind auch keine Handlungsgehilfen, vgl. Anm. 22); endlich aller der Personen, die eine dirigierende und kontrollierende Stellung einnehmen, denen die Leitung und Beaufsichtigung des betreffenden Gewerbebetriebs im ganzen oder zum Teil zusteht. Aus diesem letzten Grunde ist nicht als Gewerbegehilfe anzusehen der Ziegelmeister einer Fabrik (RG. 13, 58; 37, 279); der Kontrolleur einer Pferdeeisenbahngesellschaft (er ist Handlungsgehilfe, s. Anm. 14); der Gummiermeister einer Hanfschlauchfabrik, der zur Leitung der Gummieranstalt, Verteilung der Arbeiten und ihrer Beaufsichtigung angestellt war (Bolze 12 Nr. 620); der Müllermeister (Bolze 9 Nr. 228); der Braumeister (RG. 37, 279); der Brennereidirektor (RG. 38, 26). Ob solche technische Repräsentanten des Prinzipals als Handlungsgehilfen anzusehen sind, richtet sich danach, ob sie auch kaufmännische Dienste verrichten, und zwar so, daß dieser Teil ihrer Tätigkeit einen wesentlichen und erheblichen, nicht bloß nebensächlichen Bestandteil ihrer Dienste bildet. Das ROHG. (14, 114) hat den Verwalter einer Fabrik für einen Handlungsgehilfen erklärt, weil ihm auch die Auszahlung der Löhne oblag. Allein in dem mechanischen Auszahlungsgeschäft liegt nichts besonders Kaufmännisches. In ROHG. 18, 25 ist der technische Direktor einer Fabrik zum Handlungsgehilfen erklärt, anscheinend,

weil er die Fabrikarbeiter zu engagieren hatte, wozu allerdings wirtschaftliche Überlegung und kaufmännischer Sinn gehört (s. a. Anm. 14). § 59.

Die Dienstverhältnisse dieser selbständigen Leiter und technischen Hilfsarbeiter sind durch die §§ 133a ff. der GewO. besonders geregelt, und zwar im Anschluß an die Bestimmungen des HGB. über Handlungsgehilfen.

δδ) Zu den Gewerbegehilfen gehören nicht die **Apothekergehilfen** (und =lehrlinge), u. z. nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 154 GewO.). Sie sind aber, einschließlich der Provisoren, auch nicht zu den Handlungsgehilfen zu rechnen, weil sie im wesentlichen technische Dienste verrichten und selbst bei den Provisoren das Verkaufen der Arzneien nicht die Hauptsache ist und kaufmännische Fähigkeit nicht erfordert (gl. A. Dernburg II § 310 Anm. 2; Gutachten der Apothekerkammer Berlin und LG. Berlin I in KGBl. 04, 85; Cosack § 19 S. 91; anders aber StrA. 61, 93; RG. bei Holdheim 8, 269 für den Verwalter einer Apotheke mit Generalvollmacht zum Ein= und Verkauf und Leitung des ganzen Betriebs; Horrwitz 29 und Lehmann=Ring Nr. 5 für die Provisoren). Aus der Bestimmung des § 4 im KfmGG. (oben Anm. 5a) ist über die Auffassung des Gesetzgebers nichts zu entnehmen. Dieser wollte den Apothekergehilfen und =lehrlingen hinsichtlich der Gerichtsbarkeit eine Ausnahmestellung einräumen, entsprechend schon der Vorschrift des § 81 GewGG., gleichviel wie man diese Angestellten rechtlich charakterisiere. Anm. 20.

γ) **Gesinde.** Personen, die im wesentlichen Hilfsdienste verrichten und in enger Beziehung zur Familie stehen, unterliegen hinsichtlich ihrer Dienstverhältnisse den für das Gesinde geltenden Vorschriften (Art. 95 EG. z. BGB.; § 7 der preuß. GesO.; ROHG. 10, 298). Der betreffende Anstellungsvertrag ist natürlich auch hier ein Handelsgeschäft (vgl. RG. 38, 117), und soweit hierdurch, sowie überhaupt dadurch, daß das HGB. mit den für das Gesinde geltenden Sondervorschriften im Widerspruch steht, Handelsrecht Platz greift, findet das HGB. auch für die Gesindebediensteten des Kaufmanns Anwendung (vgl. Art. 2 EG. z. HGB.). Bei den Dienstverhältnissen des Gesindes liegt diese Kollision nicht vor, weil das HGB. sich mit ihnen nicht beschäftigt (§ 83). Anm. 21.

Zum Gesinde gehören die Hausdiener, Aufwartefrauen usw., wenn sie gleichzeitig zur häuslichen Gemeinschaft des Prinzipals gehören, der Hausknecht eines Hotels, der im Hotel selbst schläft (LG. I Berlin in KGBl. 90, 31).

δ) **Andere Gehilfen des Kaufmanns.** Die Dienstverhältnisse aller der Personen, die zu keiner der vorgenannten 3 Klassen gehören, regeln sich nach „den für das Arbeitsverhältnis dieser Personen geltenden Vorschriften" (§ 83). Es werden zwei Kategorien zu unterscheiden sein: Anm. 22.

αα) Personen (zumeist wissenschaftlich vorgebildete), welche höhere, nach eigenem Ermessen ausgeübte Dienste leisten, z. B. Juristen oder Nationalökonomen als Syndici oder Beiräte von Banken und Gesellschaften, oder gelehrte Chemiker als Mitarbeiter von Fabriken. Die freiere Stellung, die Selbständigkeit in der Ausübung der Dienste unterscheidet sie von den oben Anm. 18 erwähnten technischen Gehilfen (s. a. Gareis, Lehrbuch § 20 S. 82). Zu den „anderen" Gehilfen des Kaufmanns gehören ferner die Redakteure einer Zeitung (AG. Zwickau in BuschA. 22, 254), ihre Reporter (ROHG. 14, 23; RG. 1, 268), sowie die meisten der sonst noch oben Anm. 19 Genannten. Die Apothekergehilfen (oben Anm. 20) sind gleichfalls hier einzureihen. Ferner der Stenograph, der Registrator, der Maschinenschreiber (vgl. KG. in KGBl. 00, 21; a. A. das LG. Hamburg — in HansGZ. 00, 165 —, welches den Stenographen, der zugleich die Schreibmaschine bedient, als Handlungsgehilfen ansieht).

ββ) Personen, die untergeordnete Hilfsdienste verrichten (Packen, Reinigen, Briefe austragen usw.), und nicht zur häuslichen Gemeinschaft gehören, wie die Hausdiener, die Kontordiener, Laufburschen, Aufwartefrauen (StrA. 88, 218), die Kassenboten, die sogenannten Probiermamsells in Konfektionsgeschäften, endlich die Schaffner der Straßenbahnen, da der Verkauf von Fahrscheinen sich in einfachen, eine kaufmännische

§ 59. Übung nicht erfordernden Formen vollzieht (Gewerbegehilfen sind sie nicht, soweit Straßenbahnen unter die Eisenbahnunternehmungen fallen, da letztere nach § 6 der GewO. dieser entzogen sind, s. a. KG. in OLGR. 9, 249; wegen der Omnibusschaffner vgl. Anm. 17).

Bei diesen Personen zu $\alpha\alpha$ und $\beta\beta$ finden die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag überall dort Anwendung, wo besondere Vorschriften nicht gegeben sind (§§ 611–630 BGB.).

Anm. 23. d) Handlungsgehilfe kann **jeder** sein, auch die Frau, die ledige oder verheiratete (für letztere vgl. noch § 1358 BGB.). Nur die **Kursmakler** dürfen nicht zugleich Handlungsgehilfen sein (§ 32 Abs. 2 BörsG.). Andere Ausnahmen siehe bei Horrwitz § 9.

Anm. 24. 2. **Die Pflichten des Handlungsgehilfen.**

a) **In erster Linie hat er Dienste zu leisten. Die Art und der Umfang der Dienste** richten sich zunächst nach der Vereinbarung, eventuell nach Ortsgebrauch, und in Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart. Es entscheidet also schließlich richterliches Ermessen. Unter **Ortsgebrauch** ist die Handelsverkehrssitte eines örtlichen Bezirks zu verstehen (näheres Allg. Einl. Anm. 25 ff.). Ortsgebrauch ist auch gegen das Gesetz anzuwenden (Allg. Einl. Anm. 27), kann sich aber nicht gegen **zwingende** Gesetzesvorschriften bilden (a. M. mit Unrecht Horrwitz 13). Er ist selbst dispositiver Natur, weicht also der Vereinbarung, wie in unserem Paragraphen noch ausdrücklich bestimmt ist. **Vereinbarungen** sind dabei wohl zu unterscheiden von **Dienstanweisungen** und **Geschäftsordnungen**; diese können auch einseitig vom Prinzipal geändert werden (RG. in JW. 02, 609[17]).

Anm. 25. α) Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur des Verhältnisses folgt, daß der Gehilfe seine Dienste **persönlich** leisten muß (§ 613 BGB.). Andererseits folgt auch daraus, daß der Gehilfe nur dem Prinzipal, nicht Dritten seine Dienste zu leisten hat (LG. I Berlin in KGBl. 01, 19: der Gehilfe braucht die Schreibmaschinen, die der Prinzipal gewerbsmäßig verleiht, bei dem Dritten nicht ständig zu bedienen, wenn er den Dritten auch anlernen muß).

Anm. 26. β) **Im Zweifel braucht der Gehilfe nur kaufmännische Dienste zu leisten**: die Direktrice braucht nicht als Probiermamsell, der Buchhalter nicht als Zeichner zu fungieren. So ist z. B. die Verkäuferin in einem Konfektionsgeschäft selbst während der Saison nicht verpflichtet, ein auch nur mäßig großes Paket nach Schluß der Geschäftszeit zu einem Kunden zu tragen (Auskunft der Berliner Ältesten bei Horrwitz 42); dagegen ist sie, wenn ihr zugleich obliegt, das Lager in Ordnung zu halten, verpflichtet, eventuell mit Hilfe eines Lehrlings die Lagersachen abzubürsten (Berliner Ältesten bei Holdheim 8, 122). Der Kommis in einem Wäschegeschäft ist nicht verpflichtet, Bettfedern umzuschütten (Berliner Ältesten bei Horrwitz 42). Das Wiederverpacken und Wegräumen der zum Zwecke des Verkaufs ausgepackten und vorgelegten Waren ist aber Sache des Verkäufers, wenn es nicht eine erhebliche Mühewaltung mit sich bringt; **in der Regel** auch das Reinigen, Putzen und Glätten solcher Sachen, wenn die Mühe eine unbedeutende ist (z. B. das Glätten von anprobierten Handschuhen vor ihrem Wegräumen, Horrwitz 42). Reine Gesindedienste (z. B. Auskehren) braucht der Handlungsgehilfe nicht zu verrichten, es sei denn, daß der Ortsgebrauch ihn hierzu verpflichtet (vgl. Horrwitz 43; abweichend 6./7. Aufl. Anm. 17).

Anm. 27. γ) Auch braucht der kaufmännische Handlungsgehilfe nur die kaufmännische Tätigkeit zu leisten, **für die er engagiert ist**: der Korrespondent braucht nicht den Ladenverkäufer, der Reisende nicht den Buchhalter zu spielen. Aber derjenige, der als Handlungsgehilfe schlechtweg engagiert ist, muß sich in jedem Fache beschäftigen lassen. Ebenso hat der, dem eine Tätigkeit nur tatsächlich zugewiesen ist, im Zweifel keinen Anspruch auf Belassung derselben (Anm. 32). War der Gehilfe jedoch längere Zeit und über den Kündigungstermin hinaus in **einem** Fach tätig, so hat sich die Anstellung in eine für dieses Sonderfach verwandelt. Auch wer nach den Abmachungen zum Übertritt in ein anderes Fach verpflichtet ist, darf eine gleichwertige Stellung verlangen, z. B. muß dem Leiter einer Fabrik, der ins Kontor übertritt, dort eine leitende Stellung geboten werden (Bolze 11 Nr. 396).

δ) **Der zeitliche Umfang** der Dienste hat eine gewisse gesetzliche Festlegung durch die Bestimmungen der GewO. über die Sonntagsruhe und über die Regelung der Arbeitszeit in offenen Verkaufsstellen erfahren. **§ 59. Anm. 28.**

αα) **Die Sonn- und Festtagsruhe.** Nach § 154 Abs. 1 der GewO. finden die Vorschriften der GewO. über die Sonn- und Feiertagsruhe, die in den §§ 105 a bis i enthalten sind, also auch unbeschadet weitergehender landesgesetzlicher Beschränkungen (§ 105h Abs. 1), auf Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, mit Ausnahme der in Apotheken beschäftigten Angestellten, Anwendung. Den hier interessierenden Mittelpunkt der Vorschriften bildet der § 105b Abs. 2, der wörtlich lautet:

Im Handelsgewerbe dürfen Gehülfen, Lehrlinge und Arbeiter am ersten Weihnachts-, Oster- und Pfingsttag überhaupt nicht, im Uebrigen an Sonn- und Festtagen nicht länger als fünf Stunden beschäftigt werden. Durch statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes (§ 142) kann diese Beschäftigung für alle oder einzelne Zweige des Handelsgewerbes auf kürzere Zeit eingeschränkt oder ganz untersagt werden. Für die letzten vier Wochen vor Weihnachten sowie für einzelne Sonn- und Festtage, an welchen örtliche Verhältnisse einen erweiterten Geschäftsverkehr erforderlich machen, kann die Polizeibehörde eine Vermehrung der Stunden, während welcher die Beschäftigung stattfinden darf, bis auf zehn Stunden zulassen. Die Stunden, während welcher die Beschäftigung stattfinden darf, werden unter Berücksichtigung der für den öffentlichen Gottesdienst bestimmten Zeit, sofern die Beschäftigungszeit durch statutarische Bestimmungen eingeschränkt worden ist, durch letztere, im Uebrigen von der Polizeibehörde festgestellt. Die Feststellung kann für verschiedene Zweige des Handelsgewerbes verschieden erfolgen.

Welche Tage als Festtage gelten, bestimmen unter Berücksichtigung der örtlichen und konfessionellen Verhältnisse die Landesregierungen (§ 105a Abs. 2). Nur insoweit die Vorschriften der GewO. dies zulassen, sind Verpflichtungen der Gehilfen zur Tätigkeit an Sonn- und Festtagen gültig. Weitergehende Verpflichtungen sind nichtig (§ 105a Abs. 1; dazu tritt weiter der Schutz durch Geld- ev. Haftstrafe; § 146a). Nur insoweit sind auch Ortsgebräuche beachtlich. Dies gilt auch für den Reisenden, der zu Geschäftsreisen am Sonntag nicht verpflichtet ist und über ihn frei verfügen darf (Horrwitz 46). Hat der Handlungsgehilfe außer den kaufmännischen noch technische Dienste zu verrichten, so sind noch rücksichtlich der letzteren die für den betreffenden technischen Betrieb geltenden Vorschriften über die Sonntagsruhe zu beachten; so darf z. B. der Verkäufer in einem Hutgeschäft die zum Verkauf vorliegenden Hüte an Sonn- und Festtagen nicht aufbügeln oder glätten (KG. in DJZ. 96, 202). — Ortsstatutarische Bestimmungen, wonach die Angestellten mindestens jeden zweiten Sonntag von der Arbeit vollständig frei zu lassen sind, stehen nicht im Widerspruch mit § 105b Abs. 2 GewO. und sind gültig (so mit Recht Fürst in DJZ. 04, 804; dagegen das dort zit. Urteil des OLG. Karlsruhe).

Ausnahmen von der Sonntagsruhe stellt teils die GewO. selbst fest (§ 105i — für das Gast-, Schankwirtschafts- sowie das Verkehrsgewerbe; § 105c — für Notfälle, Inventurarbeiten usw.), teils läßt sie diesbezügliche Verfügungen der höheren (§ 105e Abs. 1) oder der untern Verwaltungsbehörde (§ 105f Abs. 1) zu.

Über die ganz andere Frage, ob der Gehilfe zur Arbeit an den Hauptfeiertagen seiner Konfession verpflichtet ist, vgl. § 72 Anm. 5.

ββ) **Die Arbeitszeit in offenen Verkaufsstellen.** Durch die Novelle zur Gewerbeordnung vom 30. Juli 1900 (in Kraft getreten am 1. Oktober 1900) sind dem Titel 7 der Gewerbeordnung in einem neuen (6.) Abschnitt die §§ 139c—139m hinzugefügt worden, welche die Regelung des Geschäftsbetriebes und der Arbeitszeit in offenen Verkaufsstellen betreffen. Die Vorschriften, welche die hier uns interessierende Arbeitszeit betreffen, sind in den §§ 139c, 139d und 139e enthalten. Diese lauten:

§ 139c. In offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörenden Schreibstuben (Komtore) und Lagerräumen ist den Gehülfen, Lehrlingen und Arbeitern nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens zehn Stunden zu gewähren.

In Gemeinden, welche nach der jeweilig letzten Volkszählung mehr als zwanzigtausend Einwohner haben, muß die Ruhezeit in offenen Verkaufsstellen, in denen zwei oder mehr

§ 59. Gehülfen und Lehrlinge beschäftigt werden, für diese mindestens elf Stunden betragen; für kleinere Ortschaften kann diese Ruhezeit durch Ortsstatut vorgeschrieben werden.

Innerhalb der Arbeitszeit muß den Gehülfen, Lehrlingen und Arbeitern eine angemessene Mittagspause gewährt werden. Für Gehülfen, Lehrlinge und Arbeiter, die ihre Hauptmahlzeit außerhalb des die Verkaufsstelle enthaltenden Gebäudes einnehmen, muß diese Pause mindestens ein und eine halbe Stunde betragen.

§ 139d. Die Bestimmungen des § 139c finden keine Anwendung

1. auf Arbeiten, die zur Verhütung des Verderbens von Waaren unverzüglich vorgenommen werden müssen,
2. für die Aufnahme der gesetzlich vorgeschriebenen Inventur sowie bei Neueinrichtungen und Umzügen,
3. außerdem an jährlich höchstens dreißig von der Ortspolizeibehörde allgemein oder für einzelne Geschäftszweige zu bestimmenden Tagen.

§ 139e. Von neun Uhr Abends bis fünf Uhr Morgens müssen offene Verkaufsstellen für den geschäftlichen Verkehr geschlossen sein. Die beim Ladenschluß im Laden schon anwesenden Kunden dürfen noch bedient werden.

Ueber neun Uhr Abends dürfen Verkaufsstellen für den geschäftlichen Verkehr geöffnet sein

1. für unvorhergesehene Nothfälle,
2. an höchstens vierzig von der Ortspolizeibehörde zu bestimmenden Tagen, jedoch bis spätestens zehn Uhr Abends,
3. nach näherer Bestimmung der höheren Verwaltungsbehörde in Städten, welche nach der jeweilig letzten Volkszählung weniger als zweitausend Einwohner haben, sowie in ländlichen Gemeinden, sofern in denselben der Geschäftsverkehr sich vornehmlich auf einzelne Tage der Woche oder auf einzelne Stunden des Tages beschränkt.

Die Bestimmungen der §§ 139c und 139d werden durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

Während der Zeit, wo die Verkaufsstellen geschlossen sein müssen, ist das Feilbieten von Waaren auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten oder ohne vorherige Bestellung von Haus zu Haus im stehenden Gewerbebetriebe (§ 42b Abs. 1 Ziffer 1) sowie im Gewerbebetrieb im Umherziehen (§ 55 Abs. 1 Ziffer 1) verboten. Ausnahmen können von der Ortspolizeibehörde zugelassen werden. Die Bestimmung des § 55a Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

Hier sei zur Erläuterung kurz folgendes angemerkt: Die Bestimmungen, die dem sozialpolitischen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren dienen sollen, sind zwingenden Charakters. Sie beziehen sich auf alle in offenen Verkaufsstellen Angestellte, insbesondere also auch auf Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Der Begriff der „offenen Verkaufsstelle" ist umfassender, als der des offenen Ladens (vgl. Erl. zu § 37 Anm. 5). Die „offene Verkaufsstelle" ist jede dem Zutritt des Publikums offen stehende, dem Verkauf von Waren dienende Stätte (Goldmann I 369). Die Verkaufsstätten auf den Straßen, die Buden auf den Jahrmärkten, die Verkaufsautomaten (RG. in DJZ. 96, 183 und 97, 186) fallen darunter. Ohne Belang ist, ob die Verkaufsstelle von einem Voll- oder Minderkaufmann betrieben wird, ob sie dem Engros- oder Detailverkauf und welchem Geschäftszweige sie dient. Nur muß der Verkauf von Waren (nicht etwa die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren oder ein sonstiges Handelsgewerbe) in ihr betrieben werden.

Der § 139c ordnet nun für sämtliche Angestellte in „offenen Verkaufsstellen" und den dazu gehörenden Schreibstuben (Kontoren) und Lagerräumen folgendes an: 1. eine nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit zu gewährende **ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 10 Stunden**, die sich in den im Absatz 2 erwähnten Gemeinden auf 11 Stunden erhöht; 2. innerhalb der Arbeiszeit **eine angemessene Mittagspause**, welche für die Angestellten, die ihre Hauptmahlzeit außerhalb einnehmen, $1^1/_2$ Stunden betragen muß.

Der § 139d schreibt drei Ausnahmefälle, in denen die Vorschriften über die Ruhezeit und die Mittagspause keine Anwendung finden, vor.

Der § 139e ordnet den sogenannten Neunuhrladenschluß für offene Verkaufsstellen an. Aber nur sie, nicht auch die dazu gehörenden Schreibstuben und Lagerräume, unterliegen dem Geschäftsschluß, der von neun Uhr abends bis fünf Uhr morgens dauern muß und sich auf den ganzen geschäftlichen Verkehr bezieht, so daß auch nicht der Prinzipal oder seine Familienmitglieder während dieser Zeit Verkäufe vornehmen dürfen. Der Absatz 2 bringt drei Ausnahmefälle. **§ 59.**

γγ) Im übrigen (abgesehen von den Vorschriften zu ββ) ist die Arbeitszeit an den **Werktagen** gesetzlich noch nicht festgelegt.

Hier entscheidet mangels Vereinbarungen oder Ortsgebrauchs der Wille des Prinzipals bis zu der im § 62 festgesetzten Grenze (vgl. die Erl. zu § 62); diese Grenze wird oft (vgl. z. B. Horrwitz 47) in einer zehnstündigen Arbeitszeit mit zweistündiger Mittagspause gezogen (s. a. § 62 Anm. 4). Über die regelmäßige Geschäftszeit hinaus braucht sich der Gehilfe nicht beschäftigen zu lassen. Doch ist es allgemein üblich, daß die Handlungsgehilfen das Geschäftslokal nicht vor Beendigung ihrer dringenden Arbeiten verlassen, selbst wenn dadurch eine geringe Verzögerung eintritt. Auch vorübergehende Mehrleistungen, die durch Jahreszeit und Konjunktur bedingt werden, sind nicht zu vergüten (vgl. Berliner Ältesten bei Dove-Apt 1). In der Ultimozeit, in der Inventur- und Weihnachtszeit wird wohl auch länger gearbeitet, ohne daß der Handlungsgehilfe sich dessen weigern oder besondere Bezahlung verlangen darf. Während des gewährten Urlaubs braucht der Gehilfe keine Dienste zu leisten und kann doch Vergütung verlangen (s. Anm. 33); der Prinzipal kann den Urlaub nicht willkürlich zurückziehen, es sei denn, daß wichtige Gründe eintreten und die Interessen des Gehilfen nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.

ε) Der Handlungsgehilfe ist dem Prinzipal Gehorsam schuldig. Nur wenn ihm gesetzwidrige oder unsittliche oder schikanöse (vgl. § 226 BGB.) Anweisungen erteilt werden, kann er den Gehorsam verweigern. — Ordentliche und pünktliche Dienstleistung durch einseitig angedrohte Ordnungsstrafen zu erzwingen, ist der Prinzipal nicht berechtigt. Geschäftsordnungen nach dieser Richtung sind nur gültig, wenn der Gehilfe sie rechtsgültig genehmigt hat. — Zur Tätigkeit außerhalb des Geschäftslokals ist der Gehilfe nur verpflichtet, wenn dies im Rahmen des übernommenen Dienstes liegt, z. B. beim Einkäufer, Reisenden (s. a. Anm. 9). Hat der Prinzipal mehrere Niederlassungen an demselben Orte, so muß der Gehilfe in jeder tätig sein; er braucht aber nicht in einer auswärtigen tätig zu sein (Berl. Ältesten bei Horrwitz 46). **Anm. 29.**

ζ) Der Gehilfe kann auf Leistung der Dienste verklagt und zu ihr verurteilt werden (AG. I Berlin in KGBl. 04, 64). Zwangsvollstreckung findet statt gemäß §§ 887 und 888 CPO. Nach § 887 ist der Prinzipal auf seinen Antrag zu ermächtigen, sich die Dienste durch einen anderen leisten zu lassen, wenn sie so beschaffen sind, daß solche Leistung durch einen Dritten erfolgen kann. Dies wird, wie wir im Gegensatz zu Düringer-Hachenburg (I 193) annehmen, meist der Fall sein, obwohl das Verhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ein Vertrauensverhältnis ist. Dieser Umstand steht der Eigenschaft der Dienste als solcher, die auch ein Dritter vornehmen kann, nicht entgegen. Nur selten wird hiernach der Fall vorliegen, daß ein Dritter die Dienste überhaupt nicht leisten kann; in diesem Falle versagt das Zwangsvollstreckungsrecht, denn die Erzwingung der Dienste durch Geld- oder Haftstrafe findet bei Dienstverträgen nicht statt (§ 888 Abs. 2 CPO.). In jedem Falle hat der seine Dienste verweigernde Handlungsgehilfe Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (§ 286 BGB.) und selbstverständlich muß er sich einen Abzug an der Vergütung gefallen lassen (§ 614 BGB.). Auch kann er damit einen gerechtfertigten Entlassungsgrund geben (§ 72). **Anm. 30.**

b) Über weitere Verpflichtungen des Gehilfen s. unten Anm. 38 bis 44. **Anm. 31.**

3. **Die Ansprüche des Handlungsgehilfen.** **Anm. 32.**

a) Von diesen Ansprüchen ist hier nur die Vergütung abgehandelt. Der Anspruch auf das Dienstzeugnis ist in § 73 besonders geregelt. — Einen Anspruch auf Beschäftigung,

§ 59. auf Entgegennahme der Dienste, hat der Gehilfe mangels besonderer Abrede nicht (RG. in JW. 03 Beil. 2, S. 17, auch abgedruckt bei Gruchot 47, 400), ebensowenig im Zweifel auf Belassung zugewiesener Funktionen und Vollmachten (§§ 611, 168 BGB.; s. a. § 84 Anm. 24 für Agenten), es sei denn, daß er für eine bestimmte Tätigkeit engagiert ist (s. Anm. 27). Der Handlungsgehilfe mag, wenn er hierin eine Abredewidrigkeit erblickt, die ihm sonst zustehenden Rechte geltend machen (s. Anm. 78 im Erk. zu § 58 und näheres in Anm. 30 zu § 70). — Denkbar ist noch ein Anspruch auf Rückzahlung einer gestellten Kaution. Sie kann erst zurückverlangt werden nach Ablauf einer Frist, innerhalb deren sich beurteilen läßt, ob Fälle der Haftbarkeit vorliegen (RG. in KGBl. 94, 48). — Außerdem aber besteht noch ein gesetzlicher Anspruch auf Pflege und ärztliche Behandlung für den erkrankten Handlungsgehilfen, wenn er in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist. Dieser Anspruch ist durch § 617 BGB. begründet (s. Anm. 9 zu § 63). — Ein Anspruch des Gehilfen auf das Ergebnis seiner Erfindertätigkeit ist dann nicht begründet, wenn diese Tätigkeit in den Rahmen seiner Dienstobliegenheiten fällt, wenn er insbesondere zur Entfaltung erfinderischer Tätigkeit angestellt ist (OLG. Hamburg und Hamm in OLGR. 6, 2 und 7, 383; ebenso RG. in SächsA. 14, 625: ein Angestellter einer chemischen Fabrik findet neue chemische Reaktionen zur Herstellung eines bereits bekannten Endproduktes von einem ebenfalls bekannten Ausgangsstoff; wäre aber der Ausgangsstoff kein bekannter gewesen, so hätte die Erfindung dem Angestellten gebührt. — Vgl. auch Pinner UnlWG. 130).

Anm. 33. b) **Die Vergütung** richtet sich nach der Vereinbarung; fehlt diese, dann nach Ortsgebrauch, und mangels eines Ortsgebrauchs entscheidet die Angemessenheit.

Die Vereinbarung muß bestimmt und deutlich sein. Sonst gilt sie nicht als solche. Die Zusage künftiger Gehaltserhöhung ist z. B. nicht gültig, wenn sie erfolgt ist „für den Fall, daß der Gehilfe sich nach den Wünschen des Prinzipals eingerichtet haben würde" (ROHG. 18, 258).

Die Vereinbarung allzu niedriger Löhne, sogenannter Hungerlöhne, kann unter Umständen ein unsittliches oder ein wucherisches Geschäft und nach § 138 BGB. nichtig sein (ebenso die von Seelmann mitgeteilten Urteile des AG. und des LG. Königsberg im „Recht" 04, 440; ferner das Leipziger KfmG. in „Soz. Praxis" 05, 676; vgl. auch RG. in JW. 04, 481 [2]). Der Gehilfe kann die Nichtigkeit eines solchen Vertrags jederzeit geltend machen. Nach § 826 BGB. hat der Prinzipal in solchem Falle den Gehilfen für die geleisteten Dienste und wohl auch für die Folgezeit, bis der Gehilfe eine neue Stellung findet, zu entschädigen.

Wer angemessenen Lohn fordert, hat zu beweisen, daß eine bestimmte Vergütung nicht vereinbart ist (s. Allg. Einl. 6./7. Aufl. Anm. 32; anders Rosenberg in ArchCivP. 91, 90).

Gegenstand der Vergütung kann Geld oder auch Waren (das Trucksystem ist hier nicht prinzipiell verboten; s. Anm. 5 zu § 64; es kann aber unter Umständen als unsittliches Geschäft betrachtet werden) oder auch Unterhalt (Naturallohn) sein.

Die Geldvergütung ist entweder festes **Gehalt oder Provision oder Tantieme.** Über Provision und Tantieme s. zu § 65.

Der Anspruch auf jede Art der Vergütung **verjährt** in 2 Jahren: „Gehalt, Lohn oder andere Dienstbezüge" (§ 196 Nr. 8 BGB.), also auch der Anspruch auf Tantieme und Provision. Die Verjährung beginnt am Schlusse des Fälligkeitsjahres.

Für die Urlaubszeit hat der Handlungsgehilfe die Vergütung zu beanspruchen (s. Anm. 28 a. E.). Dagegen nicht für die Überstunden (Berliner Ältesten bei Horrwitz 73 und KfmG. München im „GewGer." 10, 364); beim Mangel eines wirklichen Geschäftsbedürfnisses kann aber der Handlungsgehilfe die Arbeit in Überstunden verweigern (s. Anm. 28).

Auch Vorschußleistung kann vereinbart werden. Ohne Vereinbarung kann ein Vorschuß nicht gefordert werden, da das Entgelt im Zweifel erst nach Leistung der Dienste

bzw. nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist (§ 614 BGB.). Auch der Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Vorschüsse verjährt hier in 2 Jahren (§ 196 Nr. 8 BGB.). **§ 59.**

Den Charakter der vertragsmäßigen Vergütung tragen auch **zugesagte Gratifikationen, besonders Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen** (Berliner Ältesten bei Dove-Apt 25). Nur in seltenen Fällen wird man annehmen können, daß eine solche Zusage in Schenkungsabsicht erfolgt, meist soll sie ein Zuschlag zur Vergütung sein, wenn auch zum Zwecke der Anerkennung und Anspornung. Ist sie im Einzelfalle eine Schenkung, so greift die Formvorschrift des § 518 BGB. (gerichtliche oder notarielle Form, deren Mangel durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird) Platz; es kommt aber auch § 534 BGB. zur Anwendung, d. h. es liegt eine Schenkung vor, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, so daß sie nicht der Rückforderung und dem Widerrufe unterliegt (so auch der Berliner Handelsbrauch, s. Dove-Apt 24 u. 26 und Düringer-Hachenburg I 203; a. A. Horrwitz 69). Irgendeine Formvorschrift greift nicht Platz, wenn die Gratifikation, was die Regel ist, ein Zuschlag zur Vergütung sein soll. Letzteres kann sie selbst dann sein, wenn ihre Höhe nicht vereinbart ist, sie ist dann in ortsüblicher oder angemessener Weise zu leisten, wie dies auch unser Paragraph ergibt (Berliner Ältesten bei Dove-Apt 25). Es gilt als üblich, die Höhe der einmal gewährten Gratifikation nicht wieder zu vermindern, sofern nicht die Führung des Angestellten oder ungünstige Geschäftslage eine Ausnahme veranlassen (Dove-Apt 25). — Auch ist sie, wenn sie einmal Zuschlag zur Vergütung sein soll, anteilig zu leisten, falls der Gehilfe während des Geschäftsjahres austritt (freilich mit Fälligkeit erst zu Weihnachten usw.), es sei denn, daß der Prinzipal den Gehilfen wegen Pflichtverletzungen entlassen hat; denn immerhin soll doch die Gratifikation eine Belohnung für gute Dienste sein. Dem gegenüber führt das Urteil des OG. Wien (bei Holdheim 8, 230) aus, die zugesagte Neujahrsgratifikation sei als eine Art Prämie für das Ausharren im Dienste während des ganzen Jahres aufzufassen; sie sei an diese Bedingung geknüpft und deswegen nicht anteilig zu gewähren, wenn der Angestellte im Laufe des Jahres kündigt. Ähnlich hat sich das OLG. Hamburg in einem Urteil vom 9. 10. 03 (HansGZ. 03 Beibl. S. 285) rücksichtlich der Weihnachtsgratifikation ausgesprochen. Wir können uns diesem, von dem KfmG. Stettin („Gew.- u. KfmGer." 11, 131) gebilligten Urteile nicht anschließen. Ein fester Handelsgebrauch hat sich nicht gebildet (für Berlin streitig — vgl. Berliner Ältesten bei Horrwitz 69 —; für Breslau und Stettin nicht anerkannt — vgl. „Gew.- u. KfmGer." a. a. O.). — Nach dem Urteil des LG. I Berlin (in KGBl. 00, 107) ist die Gratifikation eine Nebenvergütung für zufriedenstellende Leistungen und wird deshalb dadurch verwirkt, daß der Gehilfe das Dienstverhältnis kündigt und in ein Konkurrenzgeschäft eintritt. Anm. 34.

Ganz anders verhält es sich in den zahlreichen Fällen, wo eine Gratifikation nicht zugesagt ist, sondern freiwillig gewährt wird; dann besteht kein Anspruch.

Zusatz 1. Erfordernisse des Anstellungsvertrages. Der Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen ist ein Handelsgeschäft. Er bedarf keiner Form. Zwar ist der Art. 317 des früheren HGB. und die darin statuierte Formfreiheit aller Handelsgeschäfte fortgefallen. Aber nach dem BGB. sind Dienstverträge nicht an eine Form gebunden. Zur Gültigkeit des Anstellungsvertrages gehört daher nichts weiter, als daß die beiden Vertragschließenden geschäftsfähig sind. Anm. 35.

Sind sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so müssen die Voraussetzungen des BGB. vorliegen, unter denen solche Personen gültig Verträge schließen können. Beim Prinzipal bedarf es hierzu der gemäß § 112 Abs. 1 BGB. mit Genehmigung des Gerichts erteilten Ermächtigung zu selbständigem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts. Beim Handlungsgehilfen genügt die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113 BGB.), die nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden kann (§ 112 Abs. 2 BGB.). Die Rücknahme darf nicht deshalb erfolgen, weil das religionsmündige und nicht mehr erziehungsbedürftige Mündel zuwider den Vorschriften seiner Religion, z. B. das jüdische am

§ 59. Sabbat, beschäftigt wird (KGJ. 23 A S. 8). **Zu Dienstverträgen, die über ein Jahr hinaus geschlossen werden, gehört bei Bevormundeten die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts,** § 1822 Nr. 7; der Vater bedarf ihrer jedoch nicht, wie aus § 1643 BGB. folgt. **Es kann aber auch der an sich unwirksame Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter genehmigt werden, auch** vom beschränkt Geschäftsfähigen selbst nach erlangter Geschäftsfähigkeit (§ 108 BGB.).

Daß der Engagementsvertrag im Zweifel zugunsten des Handlungsgehilfen auszulegen sei, wie Horrwitz (37) meint, ist eine wohl zuweit gehende Annahme. **Das ROHG.** (17, 19) hat auch nur ausgesprochen, daß die Auslegung, soweit es sich um die Verpflichtungen des Gehilfen handelt, im Zweifel zu dessen Gunsten zu geschehen habe. Das entspricht aber einer allgemein anerkannten Auslegungsregel, daß im Zweifel zugunsten des Verpflichteten auszulegen ist. Es gilt vielmehr der Satz des BGB., daß Verträge so auszulegen und Leistungen so zu bewirken sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten (§§ 157 u. 242 BGB.).

Anm. 36. **Zusatz 2. Besondere Betrachtung verdienen die Dienstverhältnisse des Handlungsreisenden.**

1. **Im Allgemeinen gelten die oben erörterten Vorschriften für die Handlungsgehilfen.**
2. **Als Besonderheiten** aber sind zu erwähnen:

a) **Von der Natur der Dienste des Handlungsreisenden.** Der Reisende ist verpflichtet, die Weisungen seines Prinzipals zu befolgen, darf nicht willkürlich die ihm vorgeschriebene Tour ändern, muß zurückkehren, sobald ihm dies geboten wird, darf nicht, wogegen manchmal von gewissenlosen Reisenden gesündigt wird, fingierte Orders überschreiben, oder auch nur die Bedingungen der von ihm abgeschlossenen Geschäfte unrichtig mitteilen. Er ist vielmehr zu gewissenhafter Berichterstattung verpflichtet und haftet für den sonst entstandenen Schaden, wozu besonders unnütze Prozeßkosten gehören (ROHG. 11, 93), setzt sich auch unter Umständen der Entlassung aus. Auf Reisen in fremden Ländern muß er sich über die Zollverhältnisse unterrichten und derart verfahren, daß der Chef möglichst wenig Spesen hat. Bei der Auswahl der Kunden muß er, wenn er auch nicht gerade das Delkredere hat, dennoch insofern sorgsam verfahren, als er mit offensichtlich zahlungsunfähigen Kunden nicht arbeiten darf und bei zweifelhaften wenigstens diesen Umstand angeben muß. Jedenfalls haftet er für die Sorgfalt eines ordentlichen Reisenden, wenn er die guten Verhältnisse des Kunden versichert. Über seine Pflicht zur Rechnungslegung s. Anm. 44. Außerhalb der Reise braucht er mangels besonderer Abrede nicht am Lager zu arbeiten, außer soweit dies zur Vorbereitung der Reise notwendig ist, desgleichen nicht in der Buchführung; aber er ist verpflichtet, die Dienste zu leisten, die mit der Reisetätigkeit zusammenhängen, z. B. die Korrespondenz mit der Reisekundschaft. Ebenso Horrwitz (44) und eine Reihe von ihm zitierter Auskünfte des Berliner Ältesten-Kollegiums; anders dagegen die Auskünfte derselben Behörde bei Dove-Apt 7 u. 8. — Bezüglich der **Stadtreisenden** hat sich ein fester Handelsgebrauch nicht gebildet, aber es wird von den Berliner Ältesten (bei Horrwitz 45; vgl. auch bei Dove-Apt 7) als geschäftsüblich bezeugt, daß die Stadtreisenden außerhalb der Besuchszeit im Geschäft insbesondere solche Arbeiten leisten müssen, die mit der Verkaufstätigkeit im Zusammenhange stehen, und daß sie jedenfalls täglich oder wenigstens mehrere Male in der Woche im Geschäftslokale zu erscheinen haben.

Anm. 37. b) **Unter den Ansprüchen des Handlungsreisenden** spielen eine große Rolle die **Diäten oder Reisespesen** (vgl. Hahn, Die Spesen der Handlungsreisenden, im „GewGer." 9, 273 ff.).

Hat der Reisende feste Spesen vereinbart, so trifft ihn die Gefahr etwaigen Mehrverbrauchs, aber etwa Erspartes ist sein Gewinn. In Ermangelung einer bestimmten Abrede über den Spesensatz hat der Reisende einen angemessenen Satz zu verlangen; er braucht dabei nicht seine Auslagen bis ins einzelne zu spezifizieren, sondern nur im allgemeinen die Art und Höhe der gehabten Bedürfnisse anzugeben (ROHG. 19, 9; Bolze 11 Nr. 332), insbesondere gilt dies, wenn Vertrauensspesen vereinbart sind (OLG. Dresden in ZHR. 34, 571). Der Gegenbeweis, daß der Reisende mehr berechnet, als er im Interesse des Geschäfts verbraucht habe, ist dem Prinzipal gestattet; bei Vertrauensspesen auch der Gegenbeweis, daß die

berechneten Spesen unangemessen hoch sind (OLG. Dresden im „Recht" 03, 268). Aber eine Eideszuschiebung dahin, daß der Reisende höchstens 12 Mark täglich im Interesse des Geschäfts gebraucht habe, entbehrt der sicheren tatsächlichen Grundlagen und ist unzulässig (Bolze 18 Nr. 714). Nach Breslauer Handelsgebrauch (Riesenfeld 24) muß der Reisende, der Vertrauensspesen erhält, auf Verlangen nachweisen, daß er die angegebene Zeit wirklich auf Reisen gewesen ist. Den Stadtreisenden werden Reisediäten in der Regel nicht vergütet, höchstens Fahrgelder zu Fahrten nach den Vororten und zu größeren Stadttouren. Als angemessen gilt bei Reisenden größerer und selbst mittlerer Häuser die Benutzung zweiter Wagenklasse, namentlich bei größeren Touren. In den Spesen ist die Gepäckfracht (besonders für Musterkoffer) mitinbegriffen (Horrwitz 98). Die Spesen sind vom Prinzipal im voraus zu zahlen, wenn auch nicht vor Beginn der Reise für die ganze Dauer, so doch mindestens jedesmal für einige Tage. Auch darf der Reisende die Ausgaben aus den von ihm eingenommenen Geldern bestreiten (Berliner Ältesten bei Horrwitz 97). Die Spesen sind zu zahlen auch für eine Probetour; auch für Sonn- und Festtage; auch für Krankheitstage (§ 63 Abs. 1); auch für die Tage des Reiseantritts und der Rückkehr, selbst wenn diese Tage nur teilweise ausgenützt sind (Berliner Ältesten bei Horrwitz 98 und bei Dove-Apt 16; s. aber KfmG. Stettin in „Gew.- u. KfmGer." 11, 153). Der Reisende, der Vertrauensspesen erhält, hat hieraus auch die Auslagen für Porti und Depeschen zu tragen (Auskunft der Breslauer Handelskammer bei Holdheim 8, 122).

Die Natur der Spesen wird wichtig, **wenn der Prinzipal den Reisenden nicht reisen läßt oder vorzeitig entläßt.** Es fragt sich in solchen Fällen, ob der Reisende dennoch einen Anspruch auf die Spesen hat. Für Beantwortung der Frage ist folgender Gesichtspunkt entscheidend. Die Spesen sind dazu bestimmt, nicht bloß die Transportkosten und den Mehraufwand, sondern den gesamten Lebensunterhalt des Reisenden während der Reisezeit zu bestreiten. Das ergibt schon ihre erfahrungsmäßige Höhe (etwa 20 Mark pro Tag, nur selten erheblich mehr oder erheblich weniger) und die Art, wie sie berechnet werden. Der Reisende bringt alles in Ansatz, was er für Essen, Trinken und Wohnung gebraucht hat, nicht bloß das Mehr gegen seinen regelmäßigen Aufwand an seinem Wohnorte. Läßt man ihn daher **vertragswidrig** (d. h. trotz vereinbarter oder in dem Geschäftszweige, bzw. in dem betr. Geschäfte üblicher, ev. nach billigem Ermessen zu bestimmender Reisezeit, vgl. RG. in JW. 99, 230[23] und den analogen § 315 BGB.) nicht reisen, so wird er insofern geschädigt, als er nunmehr seinen Lebensunterhalt von eigenem Gelde bezahlen muß (sog. Mundspesen). Insoweit bilden die Spesen einen wesentlichen Bestandteil der ihm vertraglich zugesicherten Einkünfte und dürfen ihm in dieser Höhe nicht durch Willkür entzogen werden (jetzt die herrschende Meinung, vgl. RG. in JW. 99, 230[23]; Bolze 11 Nr. 321; KG. in DJZ. 99, 466 und in OLGR. 2, 311; die OLG. Celle, Darmstadt, Dresden in OLGR. 6, 465 und 464 sowie 7, 148; Zweibrücken bei Holdheim 12, 210; vgl. auch KfmG. Mainz im „Gew.- u. KfmGer." 11, 151; Allfeld 292; Horrwitz 72; Goldmann I 288; Berliner Ältesten bei Dove-Apt 9 u. 10; anders Behrend § 45 Anm. 29). — Der Reisende darf zurückberufen werden, wenn durch seine Schuld, vielleicht infolge seiner Unfähigkeit, sehr geringe Erfolge erzielt werden, oder wenn der Prinzipal sonst einen wichtigen Grund hat, den Reisenden zurückzuberufen z. B. wegen ungünstiger Geschäftslage, ohne gleichzeitig einen wichtigen Grund zu seiner Entlassung zu haben. Es kann dem Prinzipal in solchen Fällen nicht zugemutet werden, den Reisenden fortgesetzt reisen zu lassen (s. a. RG. in JW. 99, 230[23]; KfmG. Stettin in „Gew.- u. KfmGer." 11, 154; nach dem Urt. des OLG. Marienwerder in SeuffA. 57, 26 darf er ihn in solchen Fällen mit Kontorarbeiten beschäftigen). Zahlt der Prinzipal aber dem Reisenden seinen Gehalt und einen angemessenen Spesenanteil, so hat der Reisende einen weiteren Anspruch nicht. Er kann den Prinzipal nicht darauf verklagen, daß er ihn reisen lasse (ebenso Horrwitz 71), und auch nicht darauf, daß er ihm seinen Schaden ersetze, weil er dadurch außer Konnex mit „seiner" Kundschaft komme. Derartige Rücksichten braucht der Prinzipal nicht zu nehmen. Der Reisende reist im Interesse des Prinzipals, das er auch wahrzunehmen

§ 59. hat. Sein Interesse wird im Verhältnis zum Prinzipal durch die Vergütung, die er erhält, begrenzt. Daß er nebenbei Verbindungen für seine Zukunft anknüpfen will, ist seine Sache. Darauf ist der Prinzipal auf Grund des mit dem Reisenden geschlossenen Dienstvertrages Rücksicht zu nehmen nicht verpflichtet und daher nicht gehalten, ihn zu entschädigen, wenn die Interessen des Reisenden nach dieser Richtung verletzt werden.

Anm. 38. **Zusatz 3. Zu den Pflichten des Handlungsgehilfen gehört jetzt auch die Verschwiegenheitspflicht** nach § 9 des UnlWG. Derselbe lautet:

Mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an Andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mittheilt.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntniß er durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Mittheilungen oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwerthet oder an Andere mittheilt.

Zuwiderhandlungen verpflichten außerdem zum Ersatze des entstandenen Schadens. Mehrere Verpflichtete haften als Gesammtschuldner.

Lit.: Fließ, Die Verpflichtung des Handlungsgehilfen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, Berlin 1898.

Anm. 39. 1. Unter **Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen** sind nicht nur solche geschäftlichen Vorkommnisse zu verstehen, deren Geheimhaltung der Geschäftsinhaber seinen Angestellten ausdrücklich zur Pflicht gemacht hat; vielmehr kann sich die gleiche Pflicht aus den Umständen und insbesondere aus dem erkennbaren Interesse des Geschäftsinhabers an der Geheimhaltung ergeben (RGSt. 29, 430; Pinner UnlWG. Anm. C I 3 zu § 9). Zu derartigen Geheimnissen gehören namentlich der Inhalt der Handelsbücher, einschließlich der Bilanzen und Inventuren, die Ein- und Verkaufspreise, die Bezugsquellen, die Kundenlisten usw. Das Geheimnis muß dem Gehilfen vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sein, gleichviel ob es gerade sein Sonderfach betrifft oder nicht. So muß der Buchhalter, der durch Zufall Einkaufsquellen im Geschäfte erfährt, reinen Mund halten (Fließ 27). Hat er sie bereits früher gekannt, so verletzt er durch eine Mitteilung an die Konkurrenz zwar nicht den § 9 UnlWG., kann aber damit Untreue begehen (§ 72 Nr. 1). Die geheim zu haltenden Umstände müssen aber bedeutsame sein gegenüber der Konkurrenz und nicht die kleinen täglichen Vorkommnisse des Geschäftslebens oder solche Dinge betreffen, die jeder im gleichen Geschäftszweige kennt (RG. in JW. 00, 75[15]).

Die Verschwiegenheitspflicht wird durch unbefugte Mitteilung an **andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder der Schadenszufügung** (nicht also bei Plaudern aus Leichtsinn, Prahlerei usw.) verletzt.

Anm. 40. 2. **Während der Geltungsdauer** des Dienstverhältnisses besteht nach Abs. 1 die Verschwiegenheitspflicht. Bei Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist hängt die Geltungsdauer davon ab, ob die Kündigung gerechtfertigt war oder nicht. Kündigt der Prinzipal mit sofortiger Kündigung und hält der Handlungsgehilfe die Kündigung nicht für gerechtfertigt und macht deshalb seine Rechte geltend, so wird er sich auch an die Verschwiegenheitspflicht für gebunden halten müssen. Kündigt der Handlungsgehilfe mit sofortiger Kündigung und läßt der Prinzipal die Kündigung nicht gelten, so handelt der Gehilfe auf seine Gefahr, wenn er sich an die Verschwiegenheitspflicht nicht für gebunden hält. Unter Umständen kann daraus ein neuer Grund zur sofortigen Kündigung hergeleitet werden. Ob Bestrafung eintreten kann, hängt in diesen Streitfällen vom dolus ab.

Anm. 41. 3. **Auch nach dem Austritte** darf der Handlungsgehilfe zufolge der Vorschrift des Abs. 2 diejenigen Geschäftsgeheimnisse zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt weder **selbst verwerten** noch an andere verraten, die er a) entweder durch eine widerrechtliche oder gegen

die guten Sitten verstoßende eigene Handlung, z. B. durch Erbrechen des Pults, Bestechung eines Kollegen, heimliches Abschreiben, Entwendung von Kundenlisten usw.; oder b) auch nur durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Mitteilungen (also eine ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraute Bekanntmachung) erlangt hat. Das RG. (DJZ. 04, 553) beschränkt mit Unrecht die Anwendung des Abs. 2 § 9 auf den Fall zu a; ist doch durch den Wortlaut des Abs. 2 („durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Mitteilungen") notwendig gegeben, daß Abs. 2 nicht nur zutrifft, wenn das Geschäftsgeheimnis durch unlautere Mittel erworben ist, sondern auch wenn es ohne solche Mittel durch anvertraute Mitteilungen erlangt ist. Dagegen kann nicht etwa angenommen werden, daß eine sonstige (gegen Abs. 2 nicht verstoßende) Verwertung der Geheimnisse nach beendetem Dienstverhältnisse im eigenen oder fremden Geschäft stets unter § 826 BGB. fallen muß (RG. in JW. 03 Beilage S. 60); sie kann aber mit Rücksicht auf die Einzelumstände darunter fallen (DJZ. 04, 553 und Pinner UnlWG. 174). § 59.

4. **Durch besondere Vereinbarung** kann auch sonst die Verschwiegenheitspflicht über die Geltungsdauer des Dienstverhältnisses hinaus ausgedehnt werden. Hierbei können auch Vertragsstrafen vereinbart werden, für die das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. gilt, das auch im Handelsrecht nicht stets wegfällt, da § 348 HGB. nur für eine von einem Kaufmann versprochene Vertragsstrafe gilt. In solchem Geheimhaltungsvertrage kann unter Umständen ein verstecktes Konkurrenzverbot, eine Umgehung des § 74 liegen. Alsdann findet dieser Paragraph Anwendung. Anm. 42.

5. Über die **Buße** (bis 10000 Mark) s. § 14, über die Verjährung der privatrechtlichen Ansprüche des Prinzipals auf Unterlassung oder Schadensersatz (sechs Monate seit der Kenntnis von der Verletzung und ohne Rücksicht auf diese Kenntnis drei Jahre seit der Verletzung) s. § 11 Abs. 1 des zit. Ges. Über Frist und Art der Strafverfolgung, die nur auf Antrag des Prinzipals eintritt, vgl. § 12 des Ges. Anm. 43.

Zusatz 4. Ferner hat der Gehilfe, wenn seine Tätigkeit eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, dem Prinzipal die erforderlichen Nachrichten zu geben, Auskunft und **Rechenschaft zu erteilen** (§§ 675, 666 BGB.). Ist seine Verwaltung mit Einnahmen oder Ausgaben verknüpft, so erfolgt diese Rechenschaft durch eine **geordnete Rechnungslegung** nach Maßgabe des § 259 BGB., wozu in den dort bezeichneten Fällen auch noch die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides bezüglich der gelegten Rechnung hinzutritt. Zur geordneten Rechnungslegung gehört nach § 259 BGB. auch die Vorlegung von Belegen, soweit solche erteilt zu werden pflegen. Hiernach wird vom Reisenden die Vorlage der Hotelrechnungen, nicht aber die Quittung der Dienstmänner, Kutscher usw. begehrt werden können (s. im übrigen Anm. 37). Der Offenbarungseid des Gehilfen bezieht sich nur auf die Einnahmen; es kann nicht etwa ein Eid dahin gefordert werden, daß er keine geringeren Ausgaben gehabt hat, als die aufgeführten (Düringer-Hachenburg I 200). Anm. 44.

Zusatz 5. Das Zurückbehaltungsrecht des Handlungsgehilfen, insbesondere des Reisenden. Die D. (60) meint, daß dem Reisenden an Mustern, Kundenbüchern usw. kein Zurückbehaltungsrecht zustehe, weil er nach § 855 BGB. nicht Besitzer sei. Allein das Zurückbehaltungsrecht des BGB. setzt nicht Besitz voraus. Vielmehr stellt es sich als ein Recht dar, die geschuldete Leistung, insbesondere die geschuldete Herausgabe eines Gegenstandes zu verweigern (§ 273 BGB.). Indes wird man — während des Dienstverhältnisses — das Zurückbehaltungsrecht wenigstens im Falle des § 273 Abs. 1 (wegen fälliger Gegenleistungen) dem Handlungsgehilfen deshalb nicht zugestehen können, weil sich „aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt". Der in der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts liegende Druck entspricht nicht der Stellung des Handlungsgehilfen zum Prinzipal. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 2 dagegen wegen Verwendungen oder Schaden, den die Sache selbst verursacht hat, wird man auch dem Handlungsgehilfen gewähren müssen. Anders freilich nach Lösung des Verhältnisses. In diesem Fall wird man dem Handlungsgehilfen das Zurückbehaltungsrecht im vollen Umfange des § 273 BGB. gewähren: also wegen fälliger Leistungen aus dem Dienstvertrage und wegen Verwendungen auf die Sachen oder wegen Schaden, den diese Sachen verursacht haben, und zwar Anm. 45.

§ 59. auch an vereinnahmten Geldern, Mustern und Waren, wobei auch § 320 BGB. mit in Betracht kommt. Durch Sicherheitsleistung kann der Prinzipal in allen Fällen die Herausgabe erzwingen (§ 273 Abs. 3 BGB.). Übereinstimmend überall OLG. Colmar in OLGR. 6, 350.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der §§ 369ff. HGB. steht dem Handlungsgehilfen nicht zu, weil er nicht Kaufmann ist (ROHG. 16, 82; LG. I Berlin in HR. 42, 511).

Anm. 46. **Zusatz 6. Oft lassen sich Handlungsgehilfen heimliche Provisionen („Schmiergelder") geben,** von den Personen, die mit dem Prinzipal Geschäfte machen, z. B. von Lieferanten. In manchen Geschäftszweigen ist dies ein gebilligter Usus. Wo dies nicht der Fall ist, liegt darin eine Pflichtverletzung, die Entlassung zur Folge haben kann (ROHG. 13, 184f.) und jedenfalls den Prinzipal berechtigt, die Herausgabe zu verlangen (§§ 675, 667 BGB.). Zu beachten ist, daß die Strömung gegen das „Schmiergelder"-Unwesen eine immer stärkere wird und mit Fug auf gesetzgeberische Abhilfe drängt. Das OLG. Dresden (SächsA. 12, 750) hält derartige Verträge stets für unsittlich, weil sie die pflichtmäßige Ausübung des Dienstes gefährden; die Sitte sei eine verwerfliche Unsitte (§ 138 Abs. 1 BGB.).

Anm. 47. **Zusatz 7. Pfändbarkeit und Abtretbarkeit des Anspruchs auf die Vergütung der Handlungsgehilfen.** (Lit: Georg Meyer, Das Recht der Beschlagnahme usw., Berlin 1900.)

1. **Die Vergütung darf** — vorausgesetzt, daß das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Gehilfen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt — **nicht gepfändet werden, soweit der Gesamtbetrag der Vergütung die Summe von 1500 Mark pro Jahr nicht übersteigt;** darüber hinaus darf sie gepfändet werden (§ 850 CPO.; RGes. vom 21. Juni 1869, abgeändert durch das RG. vom 29. März 1897; EG. zum Ges. betr. Änderung der CPO. vom 17. Mai 1898 Art. III). Ein Unterschied zwischen „dauernd" und „nicht dauernd" angestellten Personen wird nicht mehr gemacht. Als Vergütung gilt nach dem Gesetz (§ 1 des Ges. vom 21. Juni 1869) „Lohn, Gehalt, Honorar usw." Auch Provision und Tantieme sind dazu zu rechnen (LG. I Berlin in KGBl. 98, 96; OLG. Stettin in OLGR. 6, 418); nach KG. — dort 7, 319 — auch Provision für zukünftige, noch nicht vermittelte Geschäfte, was aber bedenklich erscheint, da die Forderung noch gar nicht existent ist. Überhaupt gehört zur Vergütung jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil, wobei es auch keinen Unterschied macht, ob dieser nach Zeit oder Stück, ob er mit dem Preise für Materialien oder mit dem Ersatz anderer Auslagen in ungetrennter Summe berechnet wird. Als Vergütung gilt dann der Betrag, der nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt. Alles das bestimmt § 3 des Ges. vom 21. Juni 1869. Die Reisediäten des Reisenden sind hiernach insoweit beschlagnahmefähig, als sie (s. Anm. 37) nicht dazu dienen, die Auslagen des Reisenden für den durch die Reise verursachten Mehraufwand zu ersetzen (OLG. Hamburg und Karlsruhe in OLGR. 6, 140 u. 141). Insoweit sie den Mehraufwand bestreiten sollen, gehören sie zu dem beschränkt pfändbaren Dienstaufwand nach § 850 CPO. Die Einkünfte, die zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, unterliegen hiernacht der Pfändungsbeschränkung; hierzu gehören Umzugsspesen, Tagegelder und Fuhrkosten, Repräsentationsgelder, auch Kleidergelder, wenn der Prinzipal eine besondere Uniform wünscht und zu diesem Zwecke Geld gibt. Dagegen sind Pensionsforderungen pfändbar.

   Selbstverständlich bezieht sich die Pfändungsbeschränkung auch auf die Ansprüche aus der Zeit nach der ungerechtfertigten Entlassung, nach unserer Ansicht entsprechend auch auf die Entschädigungsansprüche gemäß § 70 Abs. 2, da der Zweck des Schadensersatzes die möglichste Herstellung des früheren Zustandes ist (§ 249 BGB.; zust. Goldmann I 292 u. OLG. Kiel in OLGR. 7, 320).

   Was vom Gehilfen nach Leistung der Dienste und nach Ablauf des Tages, an dem die Vergütung zu entrichten war, nicht eingefordert worden ist, sei es auch deshalb, weil die Zahlung vorher abgelehnt worden war, kann ohne Rücksicht auf den Betrag gepfändet werden (KG. in OLGR. 5, 455).

2. **In demselben Umfange dürfen die Gehaltsforderungen auch nicht abgetreten werden** (§ 400 BGB.).

3. **In demselben Umfange ist auch die gesetzliche Aufrechnung ausgeschlossen** (§ 394 BGB.); anders nach früherem Recht (RG. 41, 53). **§ 59.**

4. **In demselben Umfange ist auch jede andere Verfügung über** den Anspruch auf Vergütung (Anweisung, Verpfändung, vertragsmäßige Aufrechnung usw.) ohne rechtliche Wirkung (§ 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869). Wegen der vertragsmäßigen Kompensation s. RG. 41, 54.

5. **Dagegen steht dem Prinzipal das Zurückbehaltungsrecht** an der Vergütung auch insoweit zu, als sie der Pfändung und sonstigen Verfügung entzogen ist, natürlich nur wegen seiner Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnisse (§ 273 BGB.). Wenn z. B. der Kommis eine Unterschlagung begangen hat, so ist der Prinzipal durch dieses Zurückbehaltungsrecht in der Lage, das rückständige Gehalt einzubehalten. Auf dem hier vertretenen Standpunkte steht die Rechtsprechung überwiegend, z. B. OLG. Köln, das Kammergericht, OLG. Kiel (in OLGR. 5, 456; 6, 423; 6, 225), OLG. Rostock (DJZ. 02, 488), und Pappenheim in überzeugenden Ausführungen (DJZ. 02, 86ff.: gl. M. auch Meyer a. a. O. 41). Auf dem gegenteiligen Standpunkte steht Sinzheimer (im „Recht" 03, 426) und Goldmann (I, 293). Das OLG. Hamburg (OLGR. 3, 352) verneint für die Regel das Zurückbehaltungsrecht, es sei denn, daß Dolus des Gehilfen vorläge, und es daher arglistig von ihm wäre, etwas zu fordern, was er sofort wieder zurückgeben müßte.

Zusatz 8. Der Handlungsgehilfe hat wegen aller seiner Vergütungsansprüche das im § 61 Nr. 1 der KO. vorgesehene Vorzugsrecht im Konkurse des Prinzipals. Anm. 48.

Zusatz 9. Über die Haftung des Prinzipals für Versehen der Gehilfen vgl. Erl. zu § 58 Anm. 26ff. Anm. 49.

Zusatz 10. Übergangsfragen. Sie richten sich nach dem oben Anm. 1 u. 2 Gesagten. Der kaufmännische Gehilfe eines Lagerhalters ist z. B. am 1. Januar 1900 Handlungsgehilfe geworden. Auf seine Dienstverhältnisse fanden aber, soweit sie privatrechtlicher Natur waren, zunächst die Bestimmungen des früheren Rechts Anwendung, bis sich das Verhältnis durch Unterlassung einer zulässigen Kündigung fortsetzte; sofern sie jedoch zwingender Natur waren, sofort das neue Recht (vgl. Allgem. Einl. Anm. 12ff.). Anm. 50.

§ 60.

Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. **§ 60.**

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als ertheilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

Lit.: Hartmann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen nach altem und neuem HGB., Berlin 1903.

Der vorliegende Paragraph regelt das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen. In Abs. 1 wird das Verbot aufgestellt, in Abs. 2 wird ein Hauptfall stillschweigender Genehmigung erwähnt. Das Verbot stammt bereits aus dem Mittelalter (Goldschmidt, Univers.-Gesch. 249[44]). Einleitung.

1. **Der Handlungsgehilfe fällt unter das Verbot.** Im Gegensatz zu Art. 56 und 59 des alten HGB., das dieses Verbot sowohl für Handlungsbevollmächtigte als auch für Handlungsgehilfen aufstellte, ist es im neuen HGB. nur für letztere aufgestellt. Der Bevollmächtigte fällt darunter nur dann, wenn er zugleich Handlungsgehilfe ist und als solcher; also z. B. der durch Dienstvertrag angestellte Prokurist, nicht auch der Ehemann, wenn er Prokura hat und in Erfüllung seiner Pflichten als Gatte der Frau tatsächliche Dienste leistet. Das Verbot Anm. 1.

§ 60. war ferner früher auch für vereinzelte Konkurrenzgeschäfte schlechthin, nicht nur im Handelszweige des Prinzipals aufgestellt.

Der Begriff Handlungsgehilfe ergibt sich aus § 59. Soweit danach auch bei Unentgeltlichkeit von einem Handlungsgehilfen gesprochen werden kann (z. B. beim Volontär, § 59 Anm. 10), gilt das Verbot des § 60 auch für ihn (Dernburg II § 310 zu III a. E.).

Anm. 2. 2. **Das Verbot bezieht sich auf die Dauer des Dienstverhältnisses** und zwar auf seine rechtliche Dauer (zustimmend Lehmann-Ring Nr. 1; Hartmann 18; Horrwitz 54; a. A. Dernburg II § 310, der es auf die tatsächliche Dauer, wie früher, bezieht). Bei sofortiger Kündigung kommt es also darauf an, wann gemäß § 70 das Verhältnis als aufgelöst zu betrachten ist. War der Grund kein wichtiger, so besteht trotz der sofortigen Kündigung des Handlungsgehilfen der Dienstvertrag fort und damit auch das Konkurrenzverbot.

Anm. 3. 3. **Verboten ist der Betrieb eines Handelsgewerbes und das Geschäftemachen in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder für fremde Rechnung.**

a) **Der Betrieb eines Handelsgewerbes.** Aus den Erläuterungen zu § 1 (Anm. 15 ff.; s. auch Anm. 2 zu § 236) ergibt sich der Begriff des „Betreibens", namentlich auch, ob die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Direktor einer Aktiengesellschaft, als Aktionär, als Kommanditist, als offener Gesellschafter der Betrieb eines Gewerbes ist oder nicht. Der Ehemann, der das Geschäft seiner Frau leitet, betreibt kein Handelsgewerbe, aber seine Tätigkeit kann unter b (Anm. 5) fallen. Andererseits verletzt das Verbot schon der, der zuläßt, daß auf seinen Namen ein Geschäft betrieben wird, wie dies aus Anm. 19 zu § 1 und Anm. 12 zu § 15 hervorgeht (Bolze 11 Nr. 337). Zu Unrecht wird hin und wieder (Hartmann 13) entscheidender Wert auf die persönliche Tätigkeit des Gehilfen für den Begriff des Betreibens im Sinne des § 60 gelegt.

Die Vorbereitung eines Handelsgewerbes seitens eines abgehenden Gehilfen (Mieten des Ladens, Engagement von Gehilfen, Besorgung von Einkäufen) fällt unter dieses Verbot nicht. Zwar gehört diese Tätigkeit bereits zum Betrieb des Handelsgewerbes (Anm. 10a zu § 1); allein wenn der Gehilfe seine Stellung verläßt, so wird man ihm nach dem Grundgedanken des Gesetzes dieses Recht insoweit gewähren müssen, als er dadurch nicht seine sonst übernommenen Vertragsverpflichtungen verletzt (zust. OLG. Dresden in OLGR. 3, 80). Aber der Verkauf von Konkurrenzwaren, und sei es auch zur Lieferung in der Zeit nach Aufhebung des Dienstverhältnisses, wäre unzulässiger Konkurrenzbetrieb, auch schon ein Zirkular an die Kunden oder eine Annonce, daß der Geschäftsbetrieb eröffnet werden soll. Ebensowenig darf der Gehilfe Muster zeigen. Er darf eben nur sich, nicht auch das Publikum auf das künftige Etablissement vorbereiten. Gelegentliche Mitteilungen aber, daß er sich etablieren wolle, schaden nicht. Fabrizieren darf er, aber nicht verkaufen oder feilbieten (in letzterer Beziehung unzutreffend RG. bei Bolze 12 Nr. 417). Auch Musterschutz- und Patentrechte kann er erwerben (s. a. § 74 Anm. 12).

Anm. 4. In welchem Zweige sich das Handelsgewerbe des Prinzipals bewegt, ist gleichgültig: ein Handelsgewerbe soll der Gehilfe überhaupt nicht betreiben, wohl aber darf er ein sonstiges Gewerbe betreiben. Wenigstens ist es ihm durch den § 60 nicht verboten. Es kann freilich sein, daß sich der Betrieb eines Gewerbes mit seinen Dienstpflichten sonst nicht verträgt. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so steht von Gesetzes wegen dem Gewerbebetriebe des Gehilfen, das kein Handelsgewerbe ist, nichts entgegen. Hier soll nur verhütet werden, daß der Gehilfe die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmanns auf sich ladet. Aber als Handelsgewerbe in diesem Sinne ist nicht nur das wirkliche Handelsgewerbe gemäß den §§ 1, 2 und 3 Abs. 2 zu verstehen, sondern auch das Scheinhandelsgewerbe nach § 5: der Handlungsgehilfe soll auch nicht als Kaufmann gelten. Denn dadurch ladet er eben die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmanns auf sich. Deshalb ist ihm auch das sonstige Auftreten im Rechtsverkehr als Kaufmann verwehrt (s. Erl. zu § 5). — Eine Kunst oder Wissenschaft darf der Gehilfe natürlich betreiben, sofern er nur sonst seinen Dienstpflichten nachkommt.

Anm. 5. b) **Geschäftemachen in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung.** Auch hier kann es sein, daß sich dies mit dem sonstigen Inhalte seines Anstellungs-

vertrages nicht verträgt. Aber wenn dies nicht der Fall ist, so ist dem Handlungsgehilfen im allgemeinen nicht verwehrt, einzelne oder gelegentliche Geschäfte zu machen. Sie dürfen nur nicht in den Handelszweig des Prinzipals fallen. Es darf also z. B. der Disponent eines Modebazars ein Spekulationsgeschäft in Börsenpapieren machen, ohne gegen § 60 zu verstoßen. Das Geschäftemachen wird nicht schon erschöpft durch jeden Abschluß von Rechtsgeschäften. Vielmehr ist darunter das zu verstehen, was man im landläufigen Wortsinne unter „Geschäftemachen" versteht: es muß eine spekulative Tätigkeit entwickelt werden (RG. in OLGR. 1, 228; zust. Hartmann 15). Der Buchhalter eines eingetragenen Grundstückshändlers z. B. würde nicht gehindert sein, ein Haus zum eigenen Bedarf zu kaufen oder ein Haus zu verkaufen; der Kommis eines Bankiers nicht gehindert, zum Zwecke der Vermögensanlage Papiere zu kaufen und zu verkaufen (Horrwitz 56). § 60.

Als Geschäftemachen gilt aber, wie bei der Allgemeinheit dieses Ausdrucks anzunehmen ist, jede spekulative Tätigkeit, nicht bloß der Abschluß von Rechtsgeschäften im eigenen Namen. So gehört dahin z. B. die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Leiter eines fremden Unternehmens (vgl. auch Anm. 4 zu § 236). Die Beteiligungen sind Geschäfte für eigene, die Leitungen fremder Unternehmungen sind Geschäfte für fremde Rechnung. Ebensowenig darf der Gehilfe solche Geschäfte vermitteln, die in den Handelszweig des Prinzipals fallen; auch dies fällt unter den allgemeinen Ausdruck Geschäftemachen für eigene oder fremde Rechnung und unter die ratio dieser Vorschrift. Es ist nicht nötig, daß gerade die Vermittlungstätigkeit als solche in den Handelszweig des Prinzipals fällt, daß also der Prinzipal gerade Makler ist. Anm. 6.

„Geschäfte" macht im Sinne des § 60, wer auch nur ein einzelnes verbotenes Geschäft macht (Hartmann 15).

Ein Handelsgeschäft braucht das Geschäft nicht zu sein, um unter das Verbot zu fallen. Meist wird das einzelne Geschäft kein Handelsgeschäft sein, und doch wird es in den Handelszweig des Prinzipals fallen. So z. B. wenn jemand einen großen Posten Zucker kauft, um ihn im einzelnen weiterzuverkaufen. Da es absolute Handelsgeschäfte nicht gibt, so ist dieses gelegentliche Spekulationsgeschäft kein Handelsgeschäft und fällt doch in den Handelszweig des Prinzipals, wenn dieser ein Zuckerhändler ist. Anm. 7.

Der Handelszweig des Prinzipals ist der, den er **tatsächlich betreibt.** Gleichgültig ist, ob der Gehilfe gerade zum Betrieb desselben engagiert ist (zust. Hartmann 17; dieser Ansicht jetzt auch Horrwitz 56 gegen seine erste Aufl.); auch gleichgültig, ob der Prinzipal schon beim Beginn des Dienstverhältnisses diesen Handelszweig betrieben oder das Geschäft nach dieser Richtung erst erweitert hat. Der Begriff Handelszweig bezieht sich nicht nur auf den Gegenstand, sondern auch auf die Art des Betriebs. Ein Engrosgeschäft in Kurzwaren und ein Detailgeschäft in Kurzwaren sind verschiedene Geschäftszweige (RG. 31, 99; abw. Goldmann I 297). Es müssen eben Konkurrenzgeschäfte vorliegen. Vgl. noch die Erl. zu § 74. Anm. 8.

Der § 60 kommt auch dann zur Anwendung (vgl. RG. 45, 32), wenn der Gehilfe das Geschäft mit seinem eigenen Prinzipal gemacht hat, selbstverständlich ohne daß es der Prinzipal weiß, z. B. wenn er unter dem Namen eines anderen Börsentermingeschäfte mit ihm gemacht hat.

4 **Ohne Einwilligung des Prinzipals** sind diese Tätigkeiten verboten. Mit seiner Einwilligung sind sie gestattet. Wissen müssen genügt nicht. Die Einwilligung kann auch vom Prokuristen und selbst vom Handlungsbevollmächtigten, wenn dies im Rahmen seiner Vollmacht liegt, erteilt werden. Die einmal vorbehaltlos erteilte Einwilligung kann nicht zurückgenommen werden (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2). Es ergibt sich wenigstens kein gesetzlicher Anhalt dafür. Im Gegenteil läßt Abs. 2 auf die Unwiderruflichkeit schließen. Aus § 183 BGB. folgt das Gegenteil nicht, weil es sich dort um solche Einwilligungen handelt, die zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften erforderlich sind; um solche handelt es sich hier nicht. Die Einwilligung kann nur erteilt werden vor der Vornahme der betreffenden Handlung (vgl. § 183 BGB., der insoweit hier entsprechend herangezogen werden kann). Die ohne Einwilligung vorgenommene Handlung kann aber nachträglich genehmigt werden (vgl. § 184 BGB.). Anm. 9.

§ 60. Beide Erklärungen sind formfrei (vgl. § 182 Abs. 2 BGB.) und können auch stillschweigend erteilt werden. Beispiele: Erfährt der Prinzipal davon, daß der in seinem Dienste stehende Gehilfe ein Gewerbe betreibt, und widerspricht er eine Zeitlang nicht, so liegt darin die Einwilligung in den Gewerbebetrieb. Teilt ihm der Gehilfe mit, daß er ein einzelnes Geschäft in seinem Handelszweige abschließen wolle, und widerspricht er nicht, so liegt darin der Regel nach eine Einwilligung. Denn er würde dolos handeln, wenn er den Gehilfen zu Aufwendungen veranlaßte, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, das er nicht genehmigen will. Dagegen wird hinsichtlich der bereits gemachten Konkurrenzgeschäfte in dem bloßen Schweigen der Regel nach eine nachträgliche Genehmigung um so weniger liegen, als ja seine durch die Zuwiderhandlung begründeten Ansprüche erst innerhalb 3 Monaten seit Kenntnis verjähren.

Besonderes gilt für den Fall, daß der Handlungsgehilfe beim Engagement bereits ein Handelsgewerbe betreibt. In diesem Falle wird nach Abs. 2 die Einwilligung fingiert, wenn der Prinzipal davon weiß und die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart; bloßer Protest genügt also hier nicht (Gareis Anm. 7 zu § 60; Hartmann 23 spricht von einer praesumtio iuris et de iure). Die gleiche Fiktion gilt nicht für den Fall vereinzelter Konkurrenzgeschäfte.

Anm. 10. **Zusatz 1. Entgegenstehende Abreden sind gültig.** Denn die Vorschrift ist nicht zwingenden Rechts (ebenso RG. in JW. 00, 662[16]). Es kann also sehr wohl (entsprechend den Beschränkungen des alten HGB.) vereinbart werden, daß der Handlungsgehilfe auch außerhalb des Handelszweigs des Prinzipals keine Geschäfte macht. Auch eine Vertragsstrafe kann hierauf bedungen werden. — Vgl. jedoch die §§ 74, 75.

Anm. 11. **Zusatz 2. Über heimliche Provisionen,** die der Handlungsgehilfe sich bei Besorgung der ihm zugewiesenen Geschäfte geben läßt, s. Anm. 49 zu § 59.

Anm. 12. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Auf ein vor dem 1. Januar 1898 begründetes Dienstverhältnis findet der § 60 keine Anwendung (sondern die Art. 59, 56 des alten HGB., vgl. RG. in JW. 00, 662[16]). Vom 1. Januar 1900 greift allerdings Art. 171 des EG. z. BGB. ein (vgl. Lehmann-Ring Nr. 8).

§ 61.

§ 61. Verletzt der Handlungsgehülfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntniß von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Folgen der Verletzung des im § 60 aufgestellten Konkurrenzverbots.** Im Abs. 1 sind die Ansprüche aufgezählt, die dem Prinzipal auf Grund der Verletzung zustehen, im Abs. 2 ist eine Verjährung dieser Ansprüche neu eingeführt.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die vom Gesetze gegebenen Ansprüche sind Schadensersatz oder Eintrittsrecht.**

a) **Diese beiden Rechte stehen dem Prinzipal wahlweise zu** (abweichend Art. 56 altes HGB.). Doch liegt nicht ein alternatives Schuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. BGB. vor (dieser Meinung Goldmann I 300; Hartmann 31; s. a. Anm. 1 zu § 113), sondern eine facultas alternativa des Gläubigers (vgl. den entsprechenden Fall und die ähnliche Wortfassung des § 249 Satz 2 BGB. und Planck Nr. 3 hierzu). Ein Recht des Gehilfen, dem Prinzipal eine Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen, besteht nicht. Aber manche der gedachten Vorschriften

werden entsprechend anwendbar sein (Neumann § 262 Anm. 1). Die Wahl erfolgt z. B. **§ 61.** (wie in § 263 BGB.) durch Erklärung gegenüber dem Gehilfen, welcher die gerichtliche Geltendmachung gleichsteht, und ist damit endgültig vollzogen (ebenso OLG. Hamburg in OLGR. 7, 149; dagegen Mahnke in DJZ. 05, 1118, der den Prinzipal erst dann für gebunden hält, wenn sich der Gehilfe mit der Wahl einverstanden erklärt hat).

b) **Der Schadensersatz** besteht in dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn (§§ 249, 251, 252 BGB.). Darunter ist aber nicht der Gewinn zu verstehen, den der Gehilfe aus dem verbotenen Geschäft gezogen hat; die Wirkung, diesen Gewinn für sich heranzuziehen, kann nur das Eintrittsrecht haben (AppG. Jena in BuschA. 22, 457; vgl. a. OLG. Hamburg, zit. Anm. 1). Doch kann allerdings auch der Anspruch auf Schadensersatz in seiner Substanziierung unter Umständen darauf hinauslaufen, daß ein Gewinn von gleicher Höhe dem Prinzipal entgangen ist, wie ihn das verbotene Geschäft dem Gehilfen gebracht hat. Anm. 2.

c) **Das Eintrittsrecht ist in seine einzelnen Bestandteile aufgelöst.**

α) Handelt es sich um Geschäfte für **eigene Rechnung**, so muß der Handlungsgehilfe (und nicht der Dritte) sie als für Rechnung des Prinzipals abgeschlossen gelten lassen. Dadurch tritt aber der Prinzipal nicht ohne weiteres in ein direktes Verhältnis zum Gegenkontrahenten. Vielmehr hat der Gehilfe das Ergebnis des Geschäfts auf den Prinzipal zu übertragen, selbstverständlich gegen Gewährung der Aufwendungen, die der Gehilfe darauf gehabt hat (RG. 45, 33). Er hat Forderungen abzutreten, ebenso Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H., Aktien zu übertragen usw.; es tritt nicht etwa ein gesetzlicher Eigentums- oder Forderungsübergang ein. Schwebt das Geschäft noch, so muß er es zugunsten des Prinzipals fortsetzen; ist es abgewickelt und die Gegenleistung vom Gegenkontrahenten bar ausgezahlt, so hat der Gehilfe den Gewinn dem Prinzipal herauszuzahlen (wobei er für seine persönlichen Bemühungen nichts berechnen darf); steht die Gegenleistung noch aus, so hat er den Anspruch an den Prinzipal abzutreten. Anm. 3.

β) Handelt es sich um ein Geschäft für **fremde Rechnung**, so hat er die schon erhaltene Vergütung herauszugeben, den Anspruch auf die noch ausstehende Vergütung aber dem Prinzipal abzutreten. Für die Abtretung gelten die Vorschriften des § 402 BGB. (Pflicht zur Auskunfterteilung und Aushändigung der Beweisurkunden). Haftung für Existenz der Forderung besteht nicht, da kein Kauf der Forderung vorliegt (§ 437 BGB.). Anm. 4.

γ) **Ein Vermittelungsgeschäft** ist in diesem Sinne ein für eigene Rechnung gemachtes Geschäft (Hahn § 5 Note 9 zu Art. 56; dagegen RG. 8, 48). Der Gehilfe hat also die Vermittelungstätigkeit zugunsten des Prinzipals fortzusetzen und die Vermittelungsgebühr dem Prinzipal zuzuwenden.

2. **Auch eine Klage auf künftige Unterlassung**, insbesondere Schließung des unbefugter Weise begründeten Geschäfts ist dem Prinzipal zuzugestehen (vgl. ROHG. 19, 138; § 890 CPO.). Anm. 5.

3. Behufs Geltendmachung der hier vorgesehenen Rechte wird man dem Prinzipal eine **Klage auf Auskunfterteilung** und Auslieferung der Beweisurkunden (§ 402 BGB.) sowie **auf Rechnungslegung** über die geschlossenen Geschäfte unbedenklich zugestehen (Laband in ZHR. 10, 291 ff.; Behrend § 45 Anm. 50; Hartmann 35; vgl. Bolze 8 Nr. 543). Anm. 6.

4. **Aber die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte sind gültig.** Das ergibt sich aus dem Worte „darf" im § 60 (Planck I, 27) und daraus, daß das Eintrittsrecht des Prinzipals die Gültigkeit voraussetzt. Es greift daher § 134 BGB. nicht Platz (zust. OLG. Braunschweig in SeuffA. 59, 257 und Hartmann 26). Anm. 7.

5. **Zu alledem tritt das Recht auf Entlassung** in den geeigneten Fällen nach § 72 Nr. 1 (s. unten Anm. 10) und auch auf Grund besonderer Vereinbarung **das Recht auf Vertragsstrafe** (Anm. 11). Anm. 8.

6. (Abs. 2.) **Die doppelte Verjährung**, die Abs. 2 anordnet, richtet sich im übrigen nach den Vorschriften des BGB. hinsichtlich der Unterbrechung, des vertragsmäßigen Ausschlusses, der Zulässigkeit von Fristverlängerung usw. Die Ausnahmevorschrift des § 201 BGB., wonach der Beginn der Verjährung erst mit dem Ende des Jahres eintritt, findet keine Anwendung. Anm. 9.

§ 61. Es verjähren immer nur diejenigen einzelnen Ansprüche, die vor mehr als 3 Monaten entstanden waren. Der Prinzipal muß Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäfts erhalten haben. Daß der Prokurist Kenntnis erhalten hat, genügt nicht. Dem Prinzipal steht aber der gesetzliche Vertreter gleich. Es genügt die Kenntnis von der Tatsache des Geschäftsabschlusses; darauf, wann die Kenntnis von den Einzelheiten des Geschäfts erlangt worden ist, z. B. der Höhe der Provision, kommt nichts an (OLG. Hamburg in OLGR. 7, 149).

Anm. 10. Zusatz 1. **Eine fernere Folge der Verbotsverletzung** kann das Recht auf **Entlassung** nach § 72 Nr. 1 sein. Dieses Recht hat aber eine selbständige Bedeutung und verjährt **nicht** etwa nach Abs. 2.

Anm. 11. Zusatz 2. **Auf Grund besonderer Vereinbarung kann auch eine Vertragsstrafe an die Verletzung geknüpft werden.** Wählt der Prinzipal diese, so ist damit der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, dagegen besteht daneben noch der Anspruch auf weiteren Schadensersatz (§ 340 BGB.). Der Anspruch auf die Vertragsstrafe unterliegt der Verjährung aus Abs. 2 (§ 224 BGB.) und dem richterlichen Ermäßigungsrecht nach § 343 BGB.

§ 62.

§ 62. Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Geräthschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehülfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebs es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehülfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehülfen erforderlich sind.

Erfüllt der Prinzipal die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehülfen obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Die dem Prinzipal hiernach obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph legt dem Prinzipal eine Reihe von Verpflichtungen auf, welche **die Fürsorge für das Wohl der Handlungsgehilfen zum Gegenstande haben.** Die Vorschiften sind den §§ 120a und 120b der Gewerbeordnung und dem § 618 BGB. nachgebildet. In das BGB. sind sie erst durch die Beschlüsse der zweiten Kommission und der Reichstagskommission gekommen. Der erste Entwurf des BGB. hatte derartige sozialpolitische Bestimmungen noch nicht; sie bergen den Tropfen „sozialen Öls", der ein Vorzug der neuen Gesetzgebung ist.

Nach § 139g der GewO. sind die Polizeibehörden befugt, zur Durchführung der in unserem § 62 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze in Ansehung der Einrichtung und Unterhaltung der Geschäftsräume und der für den Betrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften, sowie in Ansehung der Regelung des Geschäftsbetriebs die erforderlichen Maßnahmen im Wege der Verfügung für einzelne „offene Verkaufsstellen" (also nicht allgemein) anzuordnen. Nach § 139h kann der Bundesrat Vorschriften darüber erlassen, welchen Anforderungen die Laden-, Arbeits-

und Lagerräume und deren Einrichtung, sowie die Maschinen und Gerätschaften, zum Zwecke der **§ 62.** Durchführung der in § 62 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze zu genügen haben (s. eine solche Vorschrift Anm. 3). Die Vorschriften müssen (im Gegensatz zu § 139g) einen generellen Charakter tragen. Soweit der Bundesrat nicht eingreift, können die Vorschriften auch durch Anordnung der im § 120e Abs. 2 der GewO. bezeichneten Behörden erlassen werden.

Wenn sich auch § 62 Abs. 1 zunächst nur auf Handlungsgehilfen bezieht, so finden doch die Bestimmungen der §§ 139g und 139h der GewO. auch Anwendung auf die Handlungslehrlinge, da laut § 76 des HGB. die Vorschriften des § 62 auch für Handlungslehrlinge gelten.

Wegen des Verhältnisses des § 62 HGB. (bzw. § 618 BGB.) zu den Reichsversicherungsgesetzen vgl. Planck Nr. 5c zu § 618 (s. noch § 63 Anm. 6).

Abs. 1 handelt von den Verpflichtungen in bezug auf die geschäftlichen Einrichtungen im allgemeinen; Abs. 2 von weiteren Verpflichtungen gegenüber den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen (daneben kommt § 617 BGB. zur Anwendung, vgl. § 63 Anm. 9); **Abs. 3 regelt die Folgen der Pflichtverletzung; Abs. 4 wendet sich gegen entgegenstehende Vereinbarungen.**

1. (Abs. 1.) **Die Verpflichtungen des Prinzipals gegenüber dem Handlungsgehilfen in bezug auf die geschäftlichen Einrichtungen.** Prinzipal ist der, in dessen Namen das Geschäft betrieben wird (näheres § 1 Anm. 15—19). Die Fürsorge des Prinzipals hat sich auf die Geschäftsräume und auf die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften zu erstrecken, einerlei ob Räume oder Gerätschaften dem Prinzipal gehören oder nicht, sowie auf die Arbeitszeit. Hierbei hat er zu beachten, daß die Angestellten nicht immer mit der erforderlichen Aufmerksamkeit verfahren und verfahren können (RG. 19, 191; Gruchot 46, 1122). **Anm. 1.**

a) Die Geschäftsräume. Darunter sind alle Räumlichkeiten zu verstehen, die den Zwecken des Geschäfts nach irgendeiner Richtung dienen: die Kontorräume, Magazine, Lagerräume, ferner aber auch der bei einem Geschäftsraume befindliche Hof, Keller, Boden; auch die Treppen, Leitern, Stege, die zu den Geschäftsräumen führen (vgl. Gruchot 46, 928); die vor dem Geschäftshause befindlichen Plätze und Trottoirs; endlich aber auch die sonstigen Betriebsräume, in denen die technischen Vorgänge sich abspielen, wofern der Handlungsgehilfe in diesen, wenn auch nur zeitweilig, z. B. um Listen dorthin zu tragen oder Information dort einzuholen, sich aufhält (ausführlich hierüber Fuld 59f.).

b) Unter Vorrichtungen und Gerätschaften ist alles zu verstehen, was der Prinzipal den Gehilfen für ihre geschäftliche Tätigkeit zu liefern hat (Stühle, Tische, Schreibzeug, Klosetts usw.); nicht aber die Waren. **Anm. 2.**

c) Der Geschäftsbetrieb umfaßt alle Tätigkeiten, die für das Geschäft unternommen werden. Bei allzu kaltem Wetter darf der Gehilfe nicht den ganzen Tag im Freien beschäftigt werden; Sitzgelegenheit muß dem Verkäufer geboten werden, „die barbarische Übung", den Ladenmädchen während der Pausen das Sitzen zu verbieten, ist verpönt (KB. 25). Auf Grund des § 139h GewO. (vgl. oben Einl.) ist die Bek. vom 28. 11. 00 betr. die Einrichtung von Sitzgelegenheiten für Angestellte in offenen Verkaufsstellen sowie in den dazu gehörenden Schreibstuben (Kontoren) erlassen (RGBl. 00, 1033; vgl. noch § 59 Anm. 28 $\beta\beta$). **Anm. 3.**

d) Die Arbeitszeit. Ein Normalarbeitstag ist allerdings (wenigstens zurzeit) nicht vorgeschrieben, aber übermäßige Anforderungen soll der Prinzipal gleichwohl an den Gehilfen nicht stellen. 10—11 Stunden werden regelmäßig das höchste sein, was verlangt werden kann. Die Pausen zur Erholung und zur Einnahme der Mahlzeiten müssen genügend sein (s. auch § 59 Anm. 28). **Anm. 4.**

e) Die Gesundheit, selbstverständlich auch das Leben, müssen geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitte und des Anstandes muß gewahrt werden. Es muß daher u. a. für ordnungsmäßige Trockenheit der Räume, für Reinigungsgelegenheit gesorgt werden, die Bedürfnisanstalten müssen in genügender Anzahl vorhanden und so eingerichtet **Anm. 5.**

§ 62. sein, daß sie vom Standpunkte der Gesundheitspflege den Anforderungen genügen. **Vor allem** muß für Licht, Luft und Wärme gesorgt werden (weitere Beispiele gibt der **entsprechend heranzuziehende** § 120a Abs. 2, 3 der GewO.). Der Schutz der Gesundheit hat **aber seine** Grenze: **nur** soweit die Natur **des Betriebes es** gestattet, hat der Gehilfe hierauf **Anspruch**. Es gibt Betriebe, die eine Gesundheitsschädigung nicht vollständig ausschließen: **Drogengeschäfte**, Zigarrenläden, Trockenböden. Die Beweislast, daß die Natur **des Betriebes die** rückhaltslose Berücksichtigung der Gesundheit ausschließt, hat der Prinzipal, weil **obenan** die Regel steht, daß auf die Gesundheit der Gehilfen zu achten ist. Diese **Einschränkung gilt** nicht bei der Wahrung der guten Sitten und des Anstandes: jugendliche Personen **dürfen** z. B. nicht als Verkäufer sittlich anstößiger Gegenstände, z. B. von Präservativen, **verwendet** werden.

Anm. 6. 2. (Abs. 2.) **Besondere Fürsorgeverpflichtungen gegenüber den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen** (sog. „gebrödelten Angestellten", Gareis, Lehrbuch § 21 S. 94). Die Fälle sind allerdings seltener.

Die Rücksicht auf die Religion des Handlungsgehilfen ist dabei wohl nicht **objektiv aufzufassen**, es handelt sich dabei wohl mehr um das subjektive religiöse **Bedürfnis des betreffenden** Handlungsgehilfen. Bei der großen Zahl von Feiertagen und **gottesdienstlichen** Übungen, welche die einzelnen Religionen mit sich bringen und als religiöse **Pflicht betrachten**, wäre es eine übergroße Belästigung des Prinzipals, wenn er den in die **häusliche** Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen soviel freie Zeit lassen müßte, als **ihre Innehaltung** erfordert. Beabsichtigt ist nur die Schonung der religiösen Gefühle des **einzelnen (zust.** Horrwitz 103). Ist der Handlungsgehilfe z. B. Jude, aber ausgesprochener **Freigeist und** nicht gewohnt, den Sabbat zu halten und den Gottesdienst zu besuchen, so **braucht ihm** natürlich am Sonnabend nicht freigegeben zu werden. Düringer-Hachenburg (I 209; **ebenso** Goldmann I 307), wollen nicht die subjektiven Anschauungen des **Handlungsgehilfen, sondern** die Verkehrssitte entscheiden lassen. Allein dabei ist zu bedenken, daß die Vorschrift **öffentlichen** Charakter hat und daher durch die Verkehrssitte nicht geändert werden kann. **Sie will** ja gerade Mißbräuchen, die sich im Verkehr herausgebildet haben oder noch **herausbilden** können, im öffentlich-rechtlichen Interesse entgegentreten. Dieses geht aber **andererseits nicht** dahin, der Religion als solcher eine schützende und unterstützende Hilfe zu **gewähren, sondern** nur das religiöse Empfinden des Handlungsgehilfen zu schonen und zu schützen.

Anm. 7. 3. (Abs. 3.) Bei **Zuwiderhandlungen** kommen in bezug auf die Verpflichtung zum Schadensersatz die §§ 842—846 BGB. zur Anwendung. Aber damit ist **nicht gesagt**, daß die Zuwiderhandlungen nur Schadensersatzpflicht im Gefolge haben. **Vielmehr gilt über** die Folgen der Zuwiderhandlungen folgendes:

a) **Zunächst hat der Gehilfe Anspruch auf Erfüllung**, den er klagend geltend **machen kann** (ebenso Planck § 618 Nr. 5a), unter Umständen auch so, daß er seinen Gehorsam **und die** Erfüllung seiner Pflichten mit Recht verweigert. So ist es kein Ungehorsam im **Sinne des** § 72 Nr. 2, wenn ihm eine gesundheitsgefährliche Arbeitszeit zugemutet wird **oder ihm angesonnen** wird, in gesundheitsgefährlichen Räumen zu arbeiten, und er sich dessen **beharrlich** weigert.

Anm. 8. b) **Er kann statt dessen die Aufhebung des Verhältnisses verlangen** (§ 71 Nr. 3).

Anm. 9. c) **Endlich aber kann er außerdem** (d. h. neben der Erfüllung und neben der **Aufhebung des** Verhältnisses) **Schadensersatz beanspruchen**, und hierbei kommen, soweit es sich um **die Verletzung** der dem Prinzipal in Ansehung des Lebens und der Gesundheit **obliegenden Verpflichtungen** handelt, die §§ 842—846 BGB. zur Anwendung (ebenso Planck **a. a. O.**). Diese handeln zwar von außervertraglichen unerlaubten Handlungen. **Eine solche liegt hier** nicht vor, da es sich um Vertragspflichten handelt (vgl. RG. 15, 53). **Gleichwohl sollen für** die Art der Schadensvergütung diese Vorschriften maßgebend sein.

α) Im übrigen gelten die Vorschriften über unerlaubte Handlungen **für die** eben gedachten Verletzungen der das Leben und die Gesundheit **betreffenden**

Schutzverpflichtungen nicht. So z. B. gilt hier nicht die dreijährige Verjährung des § 62. § 852 BGB.; ferner nicht der Anspruch auf Ersatz von Schaden, der kein Vermögensschaden ist, da § 847 BGB. nicht zu den anwendbaren Paragraphen gehört (Fuld 70 und Düringer-Hachenburg I 210 wenden auch den § 847 BGB. an).

β) In den §§ 842—846 BGB. ist bestimmt, daß der Schadensersatz sich auch auf die Nachteile erstreckt, welche die Handlung auf den Erwerb und das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (§ 842); daß, wenn infolge der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten leidet, regelmäßig eine Rente, auf Verlangen des Verletzten aus besonderen Gründen eine Kapitalabfindung zu zahlen ist (§ 843); daß im Falle der Tötung der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung dem zu ersetzen hat, der die Verpflichtung hat, diese Kosten zu tragen (nicht dem, der sie freiwillig trägt), und dem Dritten, den der Getötete zu erhalten gehabt hätte, Unterhalt zu gewähren hat (§ 844); daß der Ersatzpflichtige auch denjenigen Dritten zu entschädigen hat, dem der Verletzte seine Dienste im Hauswesen oder im Gewerbe zu leisten gehabt hätte (§ 845); und daß endlich in den beiden letzten Fällen die allgemeinen Vorschriften über konkurrierendes Verschulden des Verletzten zur Anwendung kommen, auch wenn es sich um den Anspruch des Dritten handelt (§ 846). Anm. 10.

γ) Auch für die Schäden hat der Prinzipal einzustehen, die seine mangelhafte Fürsorge für die guten Sitten und den Anstand zur Folge hat. Nur finden auf diese Schadensersatzpflicht nicht die §§ 842—846 BGB. Anwendung, sondern die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Schadensersatz (zust. Lehmann-Ring Nr. 6). Hat z. B. der Prinzipal in nicht genügender Weise für die Aufrechterhaltung der guten Sitten durch Trennung des in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen weiblichen und männlichen Personals gesorgt und hat er dadurch bewirkt, daß ein junges Ladenmädchen verführt wurde, so haftet er ihm für den hierdurch erwachsenden Vermögensschaden. Vorbehaltlich natürlich des § 254 BGB. Das heißt: konkurrierendes Verschulden muß nach Lage des Falles berücksichtigt werden. Anm. 11.

δ) Überall ist, wie eben hervorgehoben, das konkurrierende Verschulden des Verletzten gemäß § 254 BGB. bei der Ersatzpflicht und bei dem Umfang des Schadens auch in seinen weiteren Folgen zu berücksichtigen (ebenso RG. in JW. 04, 290[12]). Anm. 12.

d) Die Zuwiderhandlung hat diese Folgen hier, wie überall, wo nichts anderes bestimmt ist, **nur dann, wenn der Prinzipal sie zu vertreten hat.** Zu vertreten hat jeder Vorsatz und Fahrlässigkeit der eigenen Person oder derjenigen Personen, deren man sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung bedient (§§ 276, 278 BGB.). Der Prinzipal kann sich insbesondere von seiner Haftung dritten Personen gegenüber nicht durch den Nachweis befreien, daß er einen zuverlässigen Vertreter mit der Aufsicht betraut habe (so mit Recht entschieden vom RG. (Gruchot 49, 639) in folgendem Falle: eine in mangelhaftem Zustande befindliche Leiter brach unter einer Verkäuferin, die Waren herunterholte, zusammen und brachte die Verkäuferin zu Schaden. Der Einwand des Prinzipals, daß er einem Geschäftsführer die völlig selbständige Leitung des Geschäfts mit allen Pflichten übertragen habe, und daß der Geschäftsführer während einer langjährigen Geschäftsführung sich als durchaus zuverlässig erwiesen habe, wurde in allen Instanzen zurückgewiesen). Vgl. weiter Anm. 27—31 im Exkurs zu § 58. Der § 278 Satz 2 BGB. ist hier nicht anwendbar (vgl. Anm. 14). — Die Haftpflicht tritt nicht ein, wenn eine Gefährdung der Angestellten oder die Notwendigkeit einer Einrichtung usw. bei Anwendung aller erforderlichen Sorgfalt nicht vorausgesehen werden konnte. Nur ist nicht erforderlich, daß gerade die konkrete Art und Weise des eingetretenen rechtsverletzenden Erfolges vorausgesehen werden konnte (RG. in JW. 03 Beil. 7 S. 57). Anm. 13.

4. (Abs. 4.) **Die Verpflichtungen des Prinzipals können durch Vertrag im voraus weder aufgehoben noch beschränkt werden.** Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Das ist mit den Worten „können nicht" ausgedrückt (vgl. Planck I 27). Demgemäß kann auch die Haftung für das Versehen der Vertreter hier im voraus nicht ausgeschlossen werden; der Anm. 14.

§ 62. § 278 Satz 2 BGB. ist dadurch von der Anwendung ausgeschlossen. Das „im voraus" bedeutet, daß jede Vereinbarung, die sich auf die Folgezeit bezieht, ungültig ist, gleichviel, ob sie bei Beginn oder während der Dauer des Dienstverhältnisses getroffen wird. Indessen hat sie nur die Nichtigkeit der betreffenden Abrede, nicht des ganzen Vertrags zur Folge (vgl. den Exkurs zu § 62). Über entstandene Schadensansprüche kann gültig paktiert, auf sie auch verzichtet werden (D. 62; KB. 25).

Aus diesem Prinzip ergibt sich zugleich, daß die pflichtverletzende Handlungsweise des Prinzipals dadurch ihren Charakter nicht verliert, daß der Handlungsgehilfe in die Tätigkeit einwilligt, z. B. sich der Anordnung, die Nacht durchzuarbeiten, fügt. Nur kann dies auf etwaige Schadensansprüche von Einfluß sein, indem hierin konkurrierendes Verschulden liegen kann.

Anm. 15. 5. **Strafbar auf Grund des HGB. sind die Zuwiderhandlungen nicht.** Anders, wenn sie gegenüber Lehrlingen begangen werden (§ 82 Abs. 1). Im Einzelfalle kann aber strafbare fahrlässige Körperverletzung oder gar Tötung vorliegen. Ferner enthalten die zur Durchführung des Abs. 1 § 62 erlassenen Bestimmungen der GewO. (vgl. Einl. oben) auch Strafandrohungen.

Anm. 16. 6. **Übergangsfrage.** Die Bestimmungen des § 62, greifen auch für die vor ihrem Inkrafttreten begründeten Dienstverhältnisse Platz (Anm. 2 zu § 59; Allg. Einl. Anm. 12 ff.; RG. 42, 100).

Exk. zu § 62.

Exkurs zu § 62.

Welches sind die Rechtsfolgen einer den Bestimmungen zum Schutze der Handlungsgehilfen widersprechenden Abrede?

Anm. 1. 1. Sowohl in dem § 62 als auch in mehreren anderen Paragraphen dieses 6. Abschnitts, der die Vorschriften über die Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge enthält, sind Bestimmungen getroffen, die teils ausdrücklich, teils implicite ihre Aufhebung durch entgegenstehende Abreden verbieten. Zum Teil ist dies ausdrücklich gesagt: § 62 Abs. 4; § 63 Abs. 2; § 64 Satz 2; § 67 Abs. 4; § 74 Abs. 3; § 75 Abs. 3 usw.; zum Teil folgt es aus dem Wortlaut der Vorschrift oder ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter (§ 69 Satz 2, § 73).

Daß in solchem Falle die Abrede selbst nichtig ist, ist klar und ist zum Teil auch ausdrücklich gesagt.

Anm. 2. 2. **Aber es fragt sich, welchen Einfluß übt diese Nichtigkeit der entgegenstehenden Abrede auf den ganzen Vertrag aus?** Nach § 139 des BGB. ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, außer wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Die Regel des BGB. ist also: der ganze Vertrag ist nichtig; und die Ausnahme: der Vertrag bleibt bestehen, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde. Allein wir werden die im ersten Halbsatz des § 139 aufgestellte Regel des BGB. auf die hier in Rede stehenden Abreden nicht anwenden können, sondern gemäß Art. 2 des EG. zum HGB. (vgl. auch die allg. Einl. Anm. 5, 17 u. 18) von der subsidiären Anwendung ausschließen. Wir werden, wenn wir der Tendenz der Vorschriften gerecht werden wollen, davon ausgehen müssen, daß das Gesetz die Vertragsfreiheit hier nur in ganz bestimmten Grenzen antasten wollte. Seinen Zwecken genügt ein Zustand, kraft dessen die Abreden gegen die von ihm aufgestellten Schutzvorschriften nichtig sind, im übrigen aber der geschlossene Vertrag zu Recht besteht. Man geht wohl nicht zu weit, wenn man sagt, daß der Gesetzgeber diesen Zustand gewollt, daß er dagegen nicht gewollt hat, es solle regelmäßig die Rechtsbeständigkeit des ganzen Dienstvertrages in Frage gestellt werden, wenn eine Schutzvorschrift durch eine getroffene Abrede verletzt wird. Durch einen Rechtszustand der letzteren Art würden ja die Schutzvorschriften dazu beitragen, die Rechtsstellung der Handlungsgehilfen noch unsicherer zu machen, und der Gesetzgeber wollte doch ihre Stellung befestigen.

Wir gehen daher, in dem sicheren Bewußtsein, daß dies dem Willen des Gesetzes entspricht, davon aus, daß in allen hier in Rede stehenden Fällen zwar die Abrede nichtig ist,

der Vertrag aber regelmäßig bestehen bleibt; nur wenn ausnahmsweise der gegenteilige Parteiwille aus der Sachlage hervorgeht, würde der ganze Vertrag für nichtig zu halten sein (vgl. Marcus in der DJZ. 99 S. 417, der auf Grund des § 139 BGB. in Verbindung mit den §§ 133 und 157 BGB. zu dem gleichen Ergebnisse gelangt; abweichend Goldmann I 311). Erl. zu § 62.

§ 63.

§ 63. Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Der Handlungsgehülfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Eine Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig.

Einleitung. **Die Folgen unverschuldeten Unglücks**, das dem Handlungsgehilfen begegnet, sind hier insofern auf den Prinzipal abgewälzt, als dieser Gehalt und Unterhalt für eine gewisse Zeit weiter zahlen muß, auch wenn der Gehilfe infolge des Unglücks keine Dienste leistet. Es ist dies eine Ausnahme von den §§ 323 und 614 Satz 1 BGB.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung ist Behinderung durch unverschuldetes Unglück.**

a) **Unglück.** Es muß ein wirkliches Unglück, ein Leid, dem Gehilfen passiert sein. Behinderungen anderer Art bilden nicht den Gegenstand dieses Paragraphen. Wie weit diese zugunsten des Gehilfen Berücksichtigung finden, darüber s. unten (Anm. 8). Als Unglück wird gelten müssen in erster Linie eigene Krankheit, sodann aber auch die Krankheit der nächsten Angehörigen, der Tod naher Verwandter, natürlich immer unter der Voraussetzung, daß dadurch wirklich nach den Anschauungen des Lebens eine Verhinderung zur Leistung der Dienste herbeigeführt wird. Auch muß es ein Unglück für den Gehilfen selbst sein, z. B. ungerechtfertigte Verhaftung. Unglückliche Ereignisse, die für den Gehilfen kein Leid im Gefolge haben, fallen nicht darunter; so z. B. Schneeverwehungen, Überschwemmung eines benachbarten Gebiets, durch welche die Verkehrsverbindung abgesperrt ist (abw. Lehmann-Ring Nr. 2; Horrwitz 76). Auch Einberufung in den Krieg kann nicht als Unglücksfall aufgefaßt werden (abw. die Genannten). Und noch weniger gehören hierher Behinderungen, die überhaupt keine Unglücksfälle bedeuten: Einberufung zum Geschworenendienste, Ladung als Zeuge, militärische Dienstleistung. Alle solche Behinderungen können unter § 616 BGB. fallen (ebenso RG. in KGBl. 04, 31; vgl. Anm. 8, dort auch wegen des Wochenbetts bei verheirateten Frauen).

Anm. 2. b) **Unverschuldet.** Die Krankheit z. B. ist unverschuldet, wenn sie trotz normaler Lebensweise eingetreten ist, wobei man aber nicht allzu puritanisch verfahren und nicht jedes Vergnügen oder jeden Sport als Abweichung von normaler Lebensweise betrachten darf. Unverschuldet ist das Unglück z. B., wenn der Kommis sich beim Tanzen oder Reiten, beim Radfahren oder bei Automobilfahrten das Bein bricht. Er darf jedoch beim Radfahren usw. keine Extravaganzen machen, sich nicht in besonders gefährliche Lagen begeben. Die Folgen außerehelichen Beischlafs (geschlechtliche Erkrankung, außereheliche Schwangerschaft, außereheliches Wochenbett) sind stets als verschuldet zu betrachten; über die sittliche Seite kann man hierbei sehr nachgiebig denken und muß doch zugeben, daß in rechtlicher Hinsicht ein Verschulden (Folgen von Extravaganzen) vorliegt. Übereinst. Fuld 49; Lehmann-Ring Nr. 2; auch Planck Nr. 4e zu § 617; Düringer-Hachenburg I 212; OLG. Frankfurt in OLGR. 8, 95 (Fall der Geschlechtskrankheit); LG. I Berlin in KGBl. 04, 85; Planck zu § 617; anders Horrwitz 77. Letzterer verwechselt die sittliche Zulässigkeit mit der rechtlichen Verschuldung. Auch eine militärische Dienstleistung zum Zwecke des Avancements ist sittlich unanfechtbar, aber die dadurch eintretende Dienstverhinderung ist selbst verschuldet (letzteres nach RG. in KGBl. 04, 31 zweifelhaft; entgegengesetzter Ansicht als wir Goldmann I 315).

§ 63. Anm. 3. c) **Verhinderung an der Leistung der Dienste muß vorliegen.** Das Unglück muß von solcher Beschaffenheit sein, daß man dem Gehilfen die Wahrnehmung seiner Dienstpflichten nicht zumuten kann. Eine zeitweise Verhinderung, wie früher nach Art. 60, braucht nicht vorzuliegen. Vielmehr greift auch dann die Vergünstigung des Paragraphen Platz, wenn sich von Anfang an übersehen läßt, daß die Verhinderung eine dauernde ist, ja auch dann, wenn der Handlungsgehilfe wegen dieser dauernden Verhinderung entlassen wird (§ 72 Abs. 2).

Ist der Handlungsgehilfe vor Ablauf von sechs Wochen wieder regelmäßig tätig gewesen, so beginnt von dem Eintritt einer neuen Krankheit die Frist von neuem zu laufen. Daß es dieselbe Krankheitsursache, vom medizinischen Standpunkte wohl gar dieselbe Krankheit ist, ist gleichgültig. Aber es darf kein dolus unterlaufen, d. h. es darf der Gehilfe nicht die fortdauernde Krankheit verbergen und nur, um die Frist von neuem beginnen zu lassen, die Tätigkeit wieder aufnehmen.

Anm. 4. 2. **Eine weitere Voraussetzung ist, daß das Dienstverhältnis während der sechs Wochen noch besteht und nicht aus anderen Gründen zur Lösung kommt.** Der § 63 setzt das Bestehen des Vertrages, den vertragsmäßigen Anspruch während der sechs Wochen voraus; er stellt keineswegs den allgemeinen Satz auf, daß ein Prinzipal seinem erkrankten Gehilfen sechs Wochen lang Gehalt und Unterhalt zu gewähren habe (RG. 48, 181). Dementsprechend sagt auch die D. (62): daß der Anspruch wegfällt, sobald das Dienstverhältnis endigt, verstehe sich von selbst. In welcher Weise der Vertrag endigt, ob durch Ablauf der vereinbarten festen Vertragszeit, ob durch erfolgte Kündigung und ob dabei eine längere oder kürzere Kündigungsfrist vertragsmäßig ausgemacht war, ist für die Vorschrift des § 63 gleichgültig (RG. a. a. O.). Wenn also z. B. der Handlungsgehilfe, dem zum 31. März rite gekündigt ist, am 21. März krank wird, so hat er nur für elf Tage den Anspruch; oder wenn er nach vierwöchentlicher Krankheit die Stellung deswegen freiwillig niederlegt, und der Prinzipal hierauf eingeht, so hat er den Anspruch nur für die vier Wochen. Eine Ausnahme macht der Fall, in dem die Entlassung gerade der Krankheit wegen erfolgt (§ 72 Abs. 2 und dort Anm. 8). Aber die Geltendmachung anderer Auflösungsgründe, z. B. eines kurzen Kündigungsrechts, oder eines anderweiten Rechts zur sofortigen Entlassung wird durch § 63 nicht gehemmt.

Wie steht es, wenn den Handlungsgehilfen vor dem Dienstantritt das Unglück trifft? Das ist ohne Belang. § 63 greift Platz.

Irrig ist die Auffassung des LG. I Berlin (KGBl. 00, 32), der Prinzipal müsse, wenn er sich die Vergünstigung des § 63 (also nur für sechs Wochen zahlen zu brauchen) wahren wolle, vorher den Gehilfen entlassen. Davon ist gar keine Rede. Die Auffassung entspricht weder dem Wortlaut noch der Absicht des Gesetzes, sie widerspricht geradezu dem § 72 Abs. 2 (gegen die Auffassung vgl. a. Staub in KGBl. 00, 37).

Stirbt der Handlungsgehilfe, so hört der Anspruch in jedem Falle auf. Sicher dann, wenn das Verhältnis damals noch bestand. Aber auch dann, wenn es deshalb nicht mehr bestand, weil es wegen der Verhinderung vorzeitig aufgelöst worden war. Auch in diesem Falle fällt der Vorteil der sechswöchigen Lohnzahlung mit dem Tode des Handlungsgehilfen fort. Denn § 72 Abs. 2 soll den Handlungsgehilfen bei plötzlicher Entlassung wegen der Verhinderung nicht besser stellen, sondern ihn nur vor Schlechterstellung schützen. Es ist auch nur „der im § 63 bezeichnete Anspruch", der nach § 72 Abs. 2 nicht berührt werden soll. Würde dieser auch ohne Entlassung nicht bestehen, so besteht er auch im Falle der Entlassung nicht.

Die Vereinbarung einer kürzeren, als der gesetzlichen Kündigungsfrist ist aber im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes § 1 Abs. 4 eine Verkürzung der Rechte des Handlungsgehilfen aus § 63 und hat seine Versicherungspflicht zur Folge (RG. 48, 180; KG. in OLGR. 2, 192; Entsch. des PrOVG. 38, 322).

3. **Die Wirkung** ist die Verpflichtung des Prinzipals zur Fortzahlung des Gehalts auf sechs Wochen. Sechs Wochen sind = 42 Tage (nicht 1½ Monate). Die Frist beginnt zu laufen mit dem nächsten Tage nach demjenigen, an dem die Dienstleistung aufhört (§ 187 Abs. 1 BGB.; OLG. Karlsruhe in OLGR. 3, 77); wegen des Endes der Frist vgl. § 188 Abs. 2 BGB.). Gehalt und Unterhalt umfassen jede Art der Vergütung, also auch die Provision und Tantieme (Düringer-Hachenburg I 213; Goldmann I 314; Horrwitz 74; anders hinsichtlich der entgangenen Provision Behrend § 45 Anm. 37). Bei der Provision ist der Betrag zu zahlen, der von dem Kommis, wenn er an der Fortsetzung seiner Tätigkeit nicht verhindert gewesen wäre, mutmaßlich verdient worden wäre. Auch wenn der Gehilfe auf Stücklohn angestellt ist, erhält er entsprechenden Lohnausfall ausgezahlt (vgl. Planck Nr. 2a zu § 616 BGB). **§ 63. Anm. 5.**

Was der Gehilfe während dieser Zeit anderweit als Entschädigung erhält, braucht er sich nicht anrechnen zu lassen. Für die Beträge, die ihm aus einer Kranken- und Unfallversicherung (s. § 62 Einl.) zukommen, ist dies im Abs. 2 besonders gesagt. Aber gleichzeitig ist hierdurch die Tendenz dieser Bestimmung klargestellt (vgl. auch Planck Nr. 3e zu § 616 BGB.). Was die Beträge aus einer Kranken- oder Unfallversicherung anlangt, so kommt es nicht darauf an, ob es eine gesetzliche Klasse oder eine freiwillige oder gar private ist. Das Gesetz macht (im Gegensatz zum Entwurf) diese Einschränkung nicht. Immerhin aber muß es eine Kasse sein, zu welcher der Gehilfe selbst (allein oder mit dem Prinzipal) die Beiträge zahlt. Wenn dagegen der Prinzipal selbst die Beiträge zahlt, so ist der Betrag, der dem Gehilfen zufließt, ihm von dem Prinzipal verschafft. Der Prinzipal hat sich in diesem Falle gegen die Lasten des § 63 selbst versichert. Was dem Gehilfen aus solcher Kasse zufließt, wird ihm vom Prinzipal zugewendet, und solche Zuwendung muß er sich anrechnen lassen (zust. Lehmann-Ring Nr. 6; abw. Goldmann I 317). Anm. 6.

Bei der Tendenz der Vorschrift muß es auch gleichgültig sein, ob es sich um Krankengeld oder Verpflegung im Krankenhause handelt. Der erkrankte Gehilfe, der im Hause des Prinzipals freie Station hat, kann daher Ersatz für diese beanspruchen, auch wenn er im Krankenhause auf Kosten der Kasse verpflegt wird (zust. KfmG. Stettin und Weinberg in DJZ. 05, 808; abw. KfmG. Hamburg ebenda).

4. **Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen.** Zulässig sind Vereinbarungen gegen Abs. 1, nicht auch gegen Abs. 2. Das bedeutet: es kann vereinbart werden, daß im Falle unverschuldeten Unglücks der Prinzipal das Gehalt nicht weiter zu zahlen braucht, oder nur für eine geringere Zeit oder nur im Falle bestimmter Unglücksfälle. Ist dies aber nicht vereinbart worden, besteht also der Anspruch auf Fortzahlung, dann ist eine auf die Anrechnung von Kassenbeträgen gerichtete Vereinbarung ungültig, auch dann, wenn sie nachträglich getroffen wird. In letzterer Hinsicht macht das Gesetz keinen Unterschied. Daß Vereinbarungen gegen Abs. 1 zugelassen, gegen Abs. 2 aber verboten werden, ist eine große Inkonsequenz. Aber der Gesetzeswille ist ganz deutlich erkennbar: einmal aus seiner Fassung und sodann aus der Entstehungsgeschichte, da ein Antrag, auch Vereinbarungen gegen Abs. 1 zu verbieten, abgelehnt wurde (KB. 31). Die Inkonsequenz ist immerhin aus dem Gesichtspunkte verständlich, daß sonst kranke Handlungsgehilfen noch schwerer Engagement finden würden. Aber im Interesse sozialer Gerechtigkeit läge es, Vereinbarungen auch gegen den Abs. 1 zu verbieten. Hier kann, da Wortlaut des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers entgegenstehen, nicht die Rechtsprechung, hier kann nur eine authentische gesetzliche Interpretion helfen, die im Hinblick auf die schroff sich widersprechenden Entscheidungen in einer tief in das Leben einschneidenden Frage dringende Notwendigkeit ist. In der Wissenschaft — eine Flut von Aufsätzen ist erschienen — und in der Praxis herrscht Uneinigkeit. Zust. zu der hier vertretenen Auffassung Düringer-Hachenburg (I 213); Cosack (§ 19 S. 92); Horrwitz (74 und in der DJZ. 04, 593); Goldmann (I 314); Kaufmann (DJZ. 03, 218); Lehmann-Ring (Nr. 5); Nathan (bei Holdheim 12, 202); anderer Meinung Weißler (DJZ. 01, 405 u. 478 sowie 03, 291); Strauß (DJZ. 05, 352). Die meisten ordentlichen Gerichte haben sich der hier Anm. 7.

§ 63. vertretenen Auffassung angeschlossen; dagegen namentlich das Berliner (KGBl. 03, 22 und 04, 36 und 50) und das Braunschweiger Landgericht. Auch bei den KfmG. zeigt sich die gleiche Wirrnis; für die hier vertretene Auffassung die KfmG. Breslau, Magdeburg, Hamburg; dagegen Bremen, Dortmund, Hannover, Stettin u. a., und seit etwa November 05 Berlin (vgl. Soz. Praxis 05, 675; DJZ. 05, 679 und 808). Ja dasselbe Kaufmannsgericht — Köln — hat bei verschiedener Besetzung widersprechende Urteile gefällt. Da das Reichsgericht durch die jetzige Organisation der Kaufmannsstreitigkeiten so gut wie ausgeschaltet ist, wird der Gesetzgeber eingreifen müssen, um die Streitfrage nicht zu verewigen.

Die Nichtigkeit der gegen Abs. 2 getroffenen Vereinbarung bewirkt nur die Nichtigkeit dieser Abrede, nicht die Nichtigkeit des Engagementsvertrages (vgl. den Erl. zu § 62).

Anm. 8. **Zusatz 1. Für die Fälle sonstiger unverschuldeter Verhinderung,** die nicht gerade als Unglück zu betrachten ist, sichert § 616 BGB. allen Bediensteten und demgemäß auch dem Handlungsgehilfen die Vergütung zu, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung gehindert wird (Lit.: Schalhorn in Soz. Praxis 10, 184ff.; v. Blume im „Recht" 02, 6ff. und 138ff.; Hilse ebendort 69). Solche Fälle sind: Einziehung zum Geschworenendienst, Ladung als Zeuge (über den Einfluß des § 616 auf die Gewährung von Zeugengebühren s. pr. JMBl. 03, 143), Verkehrsabsperrungen, militärische Dienstleistungen (außer zum Zweck des Avancements, dieses ist nicht unverschuldet (s. Anm. 2). Doch werden militärische Dienstleistungen von 6 bis 8 Wochen in den seltensten Fällen darunter fallen, da die Verhinderung eine kurze sein muß (D. 62; KB. 27); nach dem Urteil des KG. (in KGBl. 04, 31) ist eine sechseinhalbwöchige militärische Übung bei dreimonatiger Vertragsdauer eine erhebliche Verhinderung im Sinne des § 616, nach der Auskunft der Berl. Ältesten (bei Horrwitz 76) sogar unter allen Umständen schon eine mehr als vierzehntägige Übung. Ein fernerer Fall ist das Wochenbett bei verheirateten Frauen; führt es zu einer Krankheit, dann liegt ein Fall des § 63 vor, an sich ist aber das Wochenbett keine Krankheit. Bei unverheirateten Frauen liegt verschuldete Behinderung, bzw. verschuldete Krankheit vor (s. oben Anm. 2). — Die Hinderung muß, damit § 616 Platz greift, in der Person des Dienstverpflichteten liegen. Ist sie zwar unverschuldet, liegt sie aber nicht in der Person des Verpflichteten, so entscheiden andere Grundsätze. Liegt sie in der Person des Dienstberechtigten, so ist Annahmeverzug vorhanden und der Prinzipal muß die Vergütung gewähren ohne Anspruch auf die Nachleistung der Dienste (§ 615 BGB.). Wenn aber keinen Teil eine Schuld trifft, so liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor und es fällt der Vergütungsanspruch fort (§ 323 BGB. — Beispiel: die Fabrik brennt ab; so auch Planck Nr. 5 zu § 616; abweichend Goldmann — I 316 —, der auch in diesem Falle Annahmeverzug des Prinzipals annimmt; vgl. auch § 70 Anm. 5).

Die weiterzuzahlende Vergütung ist auch hier Gehalt, Provision, Tantieme usw. (s. Anm. 5).

Soweit § 616 BGB. Platz greift, muß sich der Handlungsgehilfe Beträge, die ihm aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommen, anrechnen lassen. Aber auch nur diese, sonstige Entschädigungen nicht; z. B. nicht die Löhnung bei einer militärischen Einziehung, Krankenkassenbeträge aus einer freien Hilfskasse, Unterstützungsgelder aus einer freiwilligen Unfallversicherung.

Auf die Vergünstigung nach § 616 BGB. kann im voraus oder nachher verzichtet werden (Planck Nr. 4 zu § 616 BGB.).

Anm. 9. **Zusatz 2. Dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen (und Handlungslehrling)** hat der Prinzipal ferner noch Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen zu gewähren auf Grund und nach Maßgabe des § 617 BGB., der neben § 63 zur Anwendung kommt und folgendes bestimmt:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen, jedoch nicht über die Be-

§ 63. endigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältniß wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

Hier wird vorausgesetzt, daß das Dienstverhältnis ein dauerndes ist (über diesen Begriff s. Anm. 13 zu § 66), ferner, daß die Erkrankung während des Dienstes nicht gerade aus Veranlassung des Dienstes erfolgt ist, mag auch ihr Keim schon vorher vorhanden gewesen sein. Bei mehrmaligen Erkrankungen kann die Pflicht mehrfach eintreten (vgl. Anm. 3). Sie tritt überhaupt nicht ein, wenn die Erkrankung vorsätzlich oder fahrlässig von dem Dienstverpflichteten herbeigeführt ist. Durch § 62 Abs. 2 HGB. ist § 617 BGB. nicht beseitigt (s. Einl. zu § 62); an die Stelle des im § 617 BGB. zitierten § 626 BGB. treten sinngemäß die §§ 70 u. 72 HGB.

Auf diese Vergünstigung kann im voraus nicht verzichtet werden (§ 619 BGB.), auch nicht während der Dauer der Krankheit. Dennoch wird, worauf Fuld (52) mit Recht aufmerksam macht, die Sache sich so gestalten, daß der Prinzipal, wenn er durch Vereinbarung von der Pflicht des § 63 befreit ist, gleichzeitig von den Verpflichtungen des § 617 BGB. befreit sein wird. Denn wenn die Befreiung des § 63 vorliegt, so tritt nach § 1 des KrankVersG. die Krankenversicherungspflicht der Handlungsgehilfen ein. Soweit diese aber eintritt, fällt die Verpflichtung aus § 617 BGB. fort (§ 617 Abs. 2 BGB.).

Anm. 10. **Zusatz 3. Weitere Rechte,** als die aus § 63 folgenden und in den Zusätzen 1 und 2 dargelegten, stehen dem Handlungsgehilfen auch dann nicht zu, wenn ihn das Unglück bei der Ausübung des Dienstes, z. B. durch einen Fall von der Leiter beim Herablangen von Waren, trifft, es sei denn, daß ein Verschulden des Prinzipals ihn schadensersatzpflichtig macht (so mit Recht Horrwitz 75).

Anm. 11. **Zusatz 4. Übergangsfragen.** Der § 63 gilt schon seit dem 1. Januar 1898. Die im Zus. 1 erwähnte Bestimmung des § 616 BGB. gilt nur dann, wenn der Dienstvertrag sich infolge der Unterlassung einer am 31. Dezember 1899 zulässigen Kündigung fortsetzt. Denn sie ist nicht zwingender Natur (s. Anm. 2 zu § 59). Die in Zus. 2 erwähnte Vorschrift des § 617 BGB. gilt, da sie ausschließlichen Charakter hat, sofort (Anm. 2 zu § 59).

§ 64.

§ 64. **Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig.**

Anm. 1. 1. (Satz 1.) **Die Vorschrift der Gehaltszahlung am Schlusse eines jeden Monats** ist eine Neuerung des jetzigen HGB. Sie richtet sich hauptsächlich gegen § 614 Satz 2 BGB., laut dem die Vergütung, wenn sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Daraus würde sich für den Handlungsgehilfen die Folgerung ergeben, daß der Gehilfe, wenn Jahresgehalt bedungen ist, in die Lage kommen könnte, das Gehalt erst nach Ablauf eines jeden Jahres zu fordern. Deshalb ist angeordnet, daß spätestens am Schlusse eines jeden Monats gezahlt werden muß. Nach der Fassung des § 64 Satz 1 ist aber nunmehr das Gehalt auch dann am Schlusse eines jeden Monats zu zahlen, wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, also z. B. wenn der Handlungsgehilfe gegen einen Wochenlohn von 50 Mk. angestellt ist. Nur ist selbstverständlich eine Vereinbarung, daß in solchen Fällen auch die Gehaltszahlung wöchentlich erfolgen soll, gültig; Satz 2 steht ihr nicht entgegen. Überdies wird in der Vereinbarung

§ 64. eines Wochenlohns schon nach richtiger Auslegung des Parteiwillens die Vereinbarung wöchentlicher Lohnzahlung liegen.

Anm. 2. Der Schluß des Monats bedeutet nicht den Schluß des Kalendermonats. Es soll nur bewirkt werden, daß das Gehalt nicht in späteren Perioden als am Schlusse eines jeden im Dienst verbrachten Monats gezahlt werden soll (D. 63). Endet der Monat an einem Sonn- oder Feiertage, so ist am nächsten Werktage zu zahlen (§ 193 BGB.). Endet das Verhältnis vor Ablauf des letzten Monats auf natürliche Weise, d. h. der Vereinbarung gemäß, dann muß es am Tage der Endigung gezahlt werden. Denn die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß das Verhältnis am Schlusse des Monats noch besteht. Aber bei vorzeitiger Endigung durch sofortige Kündigung des einen oder des andern Teils verbleibt es bei der Zahlung am Schlusse des Monats, weil sie den Handlungsgehilfen nicht schädigen, ihn aber auch nicht besser stellen soll, als wenn das Verhältnis seinen vereinbarten Abschluß fände.

Anm. 3. Nur auf das regelmäßige feste Gehalt („zukommende Gehalt") bezieht sich die Vorschrift, dagegen nicht auf Tantieme, Provision, Extragratifikationen.

Die Vorschrift des § 64 bezieht sich nicht auf den Agenten.

Anm. 4. 2. (Satz 2.) **Hinausschiebende Vereinbarungen sind nichtig.** Es kann also nicht vereinbart werden, daß das Gehalt später als am Schlusse eines jeden Monats gezahlt werden soll; weder kann dies bei Antritt des Dienstverhältnisses, noch später vereinbart werden. Auch nicht nach eingetretener Fälligkeit. Das Gesetz macht keine Ausnahme, und der klare Wortlaut sowie der gesetzgeberische Grund der Vorschrift treffen auch diesen Fall. Es kann daher entgegen der in der Reichstagskommission (KB. 32) zutage getretenen Anschauung nicht gültig vereinbart werden, daß der Handlungsgehilfe sein fälliges Gehalt bei dem Prinzipal stehen lasse. Sonst würde für den Fall der Verschlechterung der Verhältnisse des Prinzipals der Handlungsgehilfe des Schutzes entbehren, den ihm das Gesetz im Interesse der sozialen Lage des Standes und um seiner selbst willen geben will, eingedenk seiner schwächeren Position gegenüber dem Prinzipal, der gerade dann, wenn seine Verhältnisse sich verschlechtern, den Gehilfen bewegen wird, sein Gehalt bei ihm „stehen zu lassen", um es dann überhaupt nicht mehr auszuzahlen (anders die meisten Kommentatoren). — Die gleichwohl gegen den § 64 getroffene Abrede ist nichtig, macht aber nicht den ganzen Anstellungsvertrag nichtig (Exk. zu § 62).

Anm. 5. Andererseits legt das Gesetz den Ton nur auf den Zeitpunkt. Das **Gebot der Barzahlung ist damit nicht aufgestellt** (zust. Makower I 117). Gesetzliche oder vereinbarte Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt usw. sind durch das Verbot nicht getroffen, soweit sie nicht unsittlich oder sonst gesetzlich verboten sind (s. Anm. 47 zu § 59).

Anm. 6. 3. **Die Wirkung** der Vorschrift ist die Fälligkeit des Gehalts spätestens am Schlusse des Monats. Von diesem Tage ab sind demnach unter allen Umständen Zinsen zu zahlen (§§ 288, 284 Abs. 2 BGB.; vgl. Planck Nr. 6 zu § 284); mit Unrecht wird dies von Düringer-Hachenburg (I 215) geleugnet. Auch verletzt der Prinzipal durch Nichtzahlung an diesem Tage den § 71 Nr. 2; dies auch dann, wenn der Handlungsgehilfe sich mit der Nichtauszahlung einverstanden erklärt hat, nur daß im letzteren Falle die Sache oft milder zu beurteilen sein wird, oft aber auch schlimmer, als wenn keine Vereinbarung der Grund der Nichtzahlung ist.

Anm. 7. **Zusatz 1. Wo** das Gehahlt zu zahlen ist, hat das Gesetzbuch nicht ausdrücklich bestimmt. Hier entscheidet nach § 269 BGB. die Natur des Schuldverhältnisses. Aus ihr ist zu entnehmen, daß der Prinzipal in seinem Geschäftslokale zu zahlen hat. Auch die Übersendungspflicht des § 270 BGB. fällt hier dann fort, wenn der Gehilfe am Ort der Niederlassung des Prinzipals wohnt; anders, wenn der Gehilfe am anderen Orte wohnt oder sich bestimmungsgemäß aufhält, wie dies bei Reisenden oft der Fall ist. Wird der Gehilfe widerrechtlich entlassen, so wird man nunmehr annehmen müssen, daß der Prinzipal die Übersendungspflicht hat. Mit der Frage des Leistungsorts hat weder das Bestehen, noch der Wegfall der Übersendungspflicht etwas zu

tun (§ 270 Abs. 4 BGB.). Für etwaige Schadensersatzansprüche des Gehilfen (vgl. § 70 Abs. 2) finden entsprechende Regeln Anwendung. **§ 64.**

Über das örtlich zuständige Gericht s. RG. (42, 379), wonach in den Gerichtsstand der Niederlassung auch auf den Anstellungsvertrag gegründete Klagen des für diese Niederlassung engagierten Handlungsgehilfen (z. B. auf Gehalt, Rechnungslegung usw.) gehören.

Zusatz 2. Über das Recht des Prinzipals, gegen die Gehaltsansprüche des Gehilfen eine Forderung zur Aufrechnung zu stellen, s. oben Anm. 5 u. Anm. 47 zu § 59. Über das **Zurückbehaltungsrecht** des Handlungsgehilfen s. § 59 Anm. 47. Anm. 8.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Vgl. Anm. 1 u. 2 zu § 59 u. Anm. 12ff. Allg. Einl.

§ 65.

Ist bedungen, daß der Handlungsgehülfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle, so finden die für die Handlungsagenten geltenden Vorschriften des § 88 und des § 91 Satz 1 Anwendung. **§ 65.**

1. **Hinsichtlich der Provisionsansprüche gilt dasselbe wie beim Agenten.** Es wird daher auf die Erläuterung zu § 88 verwiesen. Auf § 89 ist im Gesetz nicht verwiesen, weil für den Handlungsgehilfen die allgemeine Vermutung nicht aufgestellt werden sollte, daß ihm, wenn er für einen bestimmten Bezirk angestellt ist, auch die Provision von direkten Geschäften zustehen soll. Es kann dies natürlich im Einzelfall vereinbart werden oder sich aus den Umständen ergeben (D. 64). Anm. 1.

Die Abrechnung erteilt der Prinzipal dem Provisionsgehilfen durch Zustellung eines **Buchauszuges** nach § 91. Es ist zwar nur der Satz 1 des § 91 in Bezug genommen, so daß es den Anschein hat, als hätte der Handlungsgehilfe nur den Anspruch auf einen Buchauszug über die durch seine Tätigkeit zustande gekommenen Geschäfte. Aber es kann ihm vertragsmäßig auch eine Provision von direkten Geschäften zustehen und dann hat auch sein Anspruch auf den Buchauszug eine entsprechend weitere Bedeutung (D. 64). Anm. 2.

Anspruch auf **Vorlegung der Bücher** zum Zwecke der Prüfung des Buchauszuges hat der Provisionsgehilfe ebensowenig, wie der Agent. In dieser Hinsicht enthält das jetzige Recht einen Rückschritt gegen das frühere (vgl. Anm. 4 zu § 91). Anm. 3.

Dem Gesetz entgegenstehende Abreden sind zulässig; auch können sich nach der Verkehrssitte Ausnahmen für bestimmte Klassen von Handlungsgehilfen herausbilden, z. B. für den Konfektionär (näheres Horrwitz 92).

2. **Über Tantiemeansprüche** ist hier nichts gesagt und auch nichts beim Agenten. Anm. 4.

Hierüber gilt folgendes:

a) Statt des festen Gehalts oder neben demselben hat der Handlungsgehilfe oft einen **Anspruch auf einen Teil des Reingewinns, Tantieme (commis interessé)**; über den Unterschied vom stillen Teilhaber s. zu § 335). Der Reingewinn ist der Nettogewinn nach Abzug der geschäftsüblichen Abschreibungen, nicht der Bruttogewinn, es sei denn letzteres deutlich vereinbart (vgl. auch Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 235ff.). Die Berechnung des Reingewinns erfolgt nach den Grundsätzen der Gesellschaften (ROHG. 17, 276); nur in diesem Sinne, nicht im Sinne einer gesellschaftlichen Gewinnbeteiligung ist die zitierte Entscheidung zutreffend. Zwischen ihm und dem Prinzipal und einem etwaigen stillen Gesellschafter wird der Geschäftsgewinn so berechnet, als wenn auch der c. i. Gesellschafter wäre. Auch findet § 120 Abs. 1 entsprechende Anwendung, wonach am Schlusse jedes Geschäftsjahrs die Gewinnberechnung stattzufinden hat. Rechtlich stellt sich aber in der Hauptsache der Anspruch des c. i. auf den Gewinnanteil als Gläubigeranspruch, nicht als gesellschaftlicher Anspruch dar. Es können danach beispielsweise entsprechende Anwendung weder § 121 Abs. 1 (4 % vom Jahresgewinn in Höhe des Kapitalanteils; zust. RG. in JW. 00, 18[27]) noch § 122 Abs. 1 (Ruhen des Rechts auf Auszahlung, soweit diese zum

§ 65. offenbaren Schaden des Geschäfts gereicht) finden. Auch die dienstliche Stellung des Gehilfen wird nicht geändert, er bleibt der Untergebene und hat auf die Geschäftsleitung keinerlei Einfluß (ROHG. 1, 194). Deshalb darf der Prinzipal auch beliebig viel in das Geschäft einlegen, auch wenn sich dadurch das Gewinnergebnis ändern sollte (Bolze 10 Nr. 430; vgl. OLG. Hamburg in OLGR. 10, 249); er kann andererseits auch den Betrieb einschränken oder auch einstellen, auch das Geschäft verkaufen. Im Falle der Aufgabe des Betriebs oder der Veräußerung des Geschäfts muß der Prinzipal natürlich — wenn nicht etwa gleichzeitig wichtige Kündigungsgründe vorliegen — den commis interessé angemessen für den dadurch entstehenden Tantiemeausfall entschädigen, d. h. er muß ihm für die noch rückständige Vertragsdauer soviel zahlen, als der Kommis vermutlich an Tantieme erhalten hätte, wenn der Betrieb fortgesetzt worden wäre. Dagegen hat der Kommis nicht Anteil an einem Gewinne, den der Prinzipal durch einen vorteilhaften Verkauf des Geschäfts erzielt; denn er hat nur Anteil am Betriebsgewinn bestimmter Geschäftsperioden (Bolze 10 Nr. 428; RG. in DJZ. 01, 50). Auch die Aufnahme von Darlehen gegen Gewinnbeteiligung muß der commis interessé gegen sich gelten lassen; die dem Gläubiger zu gewährende Vergütung geht zunächst vom Reingewinn ab, ehe der Gewinnanteil des c. i. berechnet wird (zust. Lehmann-Ring § 59 Nr. 11). Alle solche Verfügungen trifft der Prinzipal nach seinem Ermessen, bis zur Grenze des dolus.

Die Tantieme bezieht sich entweder auf den Reingewinn des Gesamtgeschäfts oder eines Teils desselben.

Anm. 5. b) Indessen muß man dem commis interessé **die Rechte zugestehen, die erforderlich sind, um seinen Anspruch auf den Gewinnanteil, mag dieser noch so geringfügig sein, geltend zu machen.** Zu diesem Zwecke muß ihm der Prinzipal zwar nicht gehörige Rechnung legen, also insbesondere keine Belege beibringen. **Aber er muß ihm,** soweit dies zu ihrer Prüfung erforderlich ist, **die Jahresbilanz vorlegen** (nicht abschriftlich mitteilen), **Einsicht der Bücher, Papiere und Inventuren** gestatten, jedoch auch nur soweit die Prüfung es erfordert, nicht etwa schlechthin, etwa zum Zwecke inquisitorischer Durchforschung (ROHG. 17, 276; Bolze 10 Nr. 226; RG. in JW. 87, 290[12]; 94, 317[18]; 97, 57[28] und 03, 273[11]; OLG. Stuttgart und Dresden in ZHR. 42, 514 und im SächsA. 11, 745). Zu einer eidlichen Bekräftigung der Bilanz ist der Prinzipal nicht verpflichtet, da ja der § 259 BGB., wie aus dem Gesagten hervorgeht, überhaupt nicht anwendbar ist (vgl. besonders Bolze 10 Nr. 226, wo der Anspruch auf förmliche Rechnungslegung auch dann versagt wird, wenn der Bedienstete am Verluste teilnimmt). Das Recht auf Einsicht der Bücher usw. steht dem c. i. grundsätzlich nur in Person zu, Sachverständige darf er nur insoweit zuziehen, als er ohne ihre Hilfe seine Tantieme nicht festzustellen vermag (OLG. Posen in OLGR 8, 95). Andererseits genügt die Verweisung auf die Handlungsbücher nicht, da dem Kommis nicht anzusinnen ist, die Tantieme aus den Büchern selbst zu berechnen, vielmehr kann er verlangen, daß ihm die Bilanz auf Kosten des Prinzipals aufgemacht wird (Bolze 4 Nr. 677; RG. in OLGR. 2, 94). Das Recht auf Vorlegung der Bücher ist nach neuem Recht nicht etwa deshalb zu versagen, weil der provisionsberechtigte Kommis es nach neuem Rechte nicht hat (s. oben Anm. 3). Es ergibt sich mit Folgerichtigkeit aus der Natur des Verhältnisses; Durchbrechung dieser Konsequenz durch das Gesetz beim Anspruch auf Provision ist nach bekannten Rechtsgrundsätzen einer entsprechenden Ausdehnung nicht fähig (vgl. noch § 45 Anm. 1).

Anm. 6. c) Das Recht auf Vorlegung der Bilanz und der Bücher wird durch ein **vertragswidriges Verhalten seitens des Kommis,** z. B. Unterschlagung, Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts, nicht verwirkt (ROHG 1, 194; 17, 275; RG. in JW. 97, 57[28]; OLG. Dresden im SächsA. 11, 746) und nicht zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Entlassung für den Fall, daß diese im Laufe des Jahres vorzeitig erfolgt; vielmehr ist auch in diesem Fall nur die Jahresbilanz vorzulegen, nicht die Bilanz eines Jahresabschnitts, zumal der Gewinn eines Jahresabschnitts durch den Verlust des folgenden aufgehoben und geschmälert werden kann (RG. I

Berlin in KGBl. 90, 13; OLG. Köln in ZHR. 46, 486). Der Jahresgewinn ist maßgebend, dieser ist dem Kommis bei einem im Laufe des Jahres erfolgten Austritte anteilig zu zahlen (Cosack § 19 III bringt folgendes Beispiel: Austritt am 1. April, Geschäftsgewinn bis dahin 24000 Mk., bis 31. Dezember 36000 Mk., Tantieme 10 %; dann erhält der c. i. $\frac{10}{100} \cdot \frac{36000}{4} = 900$, nicht etwa $\frac{10}{100} \cdot 24000 = 2400$ Mark). Wenigstens ist dies im Zweifel als Vertragssinn anzunehmen (übereinst. Behrend § 45 Anm. 25; OLG. Hamburg in DJZ. 98, 476; vgl. ROHG. 19, 121). § 65.

d) Auch geht es den Kommis nicht an, wenn sich in späteren Jahren Verluste ergeben (ROHG. 6, 25), noch darf ihm wegen des Verlustes aus früheren Jahren der Anteil am Reingewinn eines späteren Jahres geschmälert werden. **Vielmehr ist stets die nach kaufmännischen Grundsätzen aufgestellte Bilanz des betreffenden Jahres für die Tantieme maßgebend.** Das ändert sich auch dadurch nicht, daß die Ergebnisse der vom Handlungsgehilfen vermittelten Geschäfte etwa erst nach Abschluß der Jahresbilanz zum Ausdruck kommen oder sich anders gestalten, als sie in der Jahresbilanz zum Ausdruck gekommen sind. Geschäfte, die der Handlungsgehilfe vermittelt hat, die aber noch nicht ausgeführt worden sind, erscheinen nicht in der Bilanz (vgl. § 40 Anm. 4); sie fallen bei der Berechnung des Gewinns für das betreffende Jahr fort und fallen überhaupt für den Gehilfen fort, wenn er zum Ablauf des Jahres das Geschäft verläßt. Wenn umgekehrt ein Geschäft ausgeführt ist, so erscheint es in der Bilanz und ist mit Grundlage der Gewinnberechnung; wenn nachher nicht gezahlt wird, so schmälert das den Gewinnanteil des Kommis nicht. Die auf Delkredere-Konto gemachten Abzüge von den Außenständen oder Abschreibungen auf sie muß der Kommis so lange gegen sich gelten lassen, als nicht offenbare Unbilligkeit, Willkür oder Böswilligkeit zugrundeliegen; etwaige Eingänge in späteren Jahren auf solche Abbuchungen kann der Kommis nicht zur Grundlage von Nachforderungen machen (OLG. Hamburg in OLGR. 2, 248). Anm. 7.

e) Der Anspruch auf Vorlegung der Bücher ist **nicht abtretbar** (RG. in JW. 97, 57[25]). Gleiches gilt vom Anspruch auf Vorlegung der Bilanz. Anm. 8.

f) Die vorgelegte Bilanz kann der Kommis nicht einfach durch den Beweisantritt anfechten, daß die angesetzten Werte nicht angemessen seien. Denn darüber entscheidet das Ermessen des Prinzipals, dem ein gewisser Spielraum zu lassen ist. **Innerhalb der Grenzen billigen Ermessens ist daher eine Anfechtung ausgeschlossen.** Das Anfechtungsrecht beginnt dort, wo diese Grenzen überschritten sind, wo eine offenbare Unbilligkeit, Willkür oder gar Böswilligkeit in der Wertsansetzung liegt (zust. KG. in KGBl. 03, 6 OLG. Hamburg in OLGR. 2, 248; vgl. auch Neukamp in ZHR. 48, 480[10], der allerdings nur dann eine Anfechtung gestattet, wenn die Absicht der Schädigung des c. i. vorliegt, eine Einschränkung, die in der Natur der Sache nicht gerechtfertigt ist). Nimmt der c. i. in Kenntnis der Bilanz die Tantieme vorbehaltlos an, so begibt er sich damit des Anfechtungsrechts (OLG. Hamburg a. a. O.). Zu Unrecht gibt Horrwitz (93) dem c. i. ein Anfechtungsrecht schon bei jeder objektiven Unrichtigkeit der Bilanz. Anm. 9.

g) Der Anspruch auf die Tantieme **verjährt** in 2 Jahren (§ 196 Nr. 8 BGB.). Anm. 10.

Zusatz. Übergangsfrage. Die am 1. Januar 1900 angestellten provisionsberechtigten Handlungsgehilfen verlieren das Recht auf Vorlegung der Bücher, wenn sich ihr Verhältnis fortsetzt durch Unterlassung einer nach altem Recht zulässigen Kündigung (s. Anm. 1 u. 2 zu § 59). — Der § 65 hat, vom 1. Januar 1898 bis 31. Dezember 1899 noch nicht gegolten. Anm. 11.

§ 66.

Das Dienstverhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden. § 66.

§ 66. Einleitung. Die Bestimmungen der §§ 66—69 (Kündigungsfristen) gehören zusammen und betreffen nur ein auf **unbestimmte Zeit** eingegangenes oder verlängertes Dienstverhältnis.

Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen über die gesetzliche Kündigungsfrist gibt lediglich den früheren Art. 61 wieder. Das ist die ausgesprochene Absicht, obgleich der **Wortlaut** etwas verändert ist (D. 64). Die Änderungen gegen das frühere Recht enthalten erst die §§ 67—69. Die Vorschrift ist allerdings in dem Sinne dispositiv, als zunächst der Vertrag über die Zeitdauer und die Kündigungsfrist entscheidet. Allein der Zulässigkeit von Vertragsabreden sind in den folgenden Paragraphen Schranken gesetzt.

In der Erläuterung unseres Paragraphen soll nicht bloß die gesetzliche Kündigungsfrist, sondern sollen überhaupt **die allgemeinen Grundsätze über die Dauer und die normale Lösbarkeit des Dienstvertrages zwischen dem Prinzipal und Handlungsgehilfen** behandelt werden.

Anm. 1. 1. **In erster Linie sind für die Dauer und die normale Lösbarkeit des Dienstvertrages die Vereinbarungen der Parteien maßgebend.** Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber es ergibt sich daraus, daß die Bestimmung eine dispositive ist, wie § 67 ergibt.

Zur Auslegung der Vereinbarungen sei folgendes bemerkt:

a) **Aus dem Zeitabschnitt, für den der Lohn festgesetzt wird,** ist auf die verabredete Dauer des Dienstverhältnisses nicht zu schließen (Adler-Clemens Nr. 475). Durch die Festsetzung eines Jahreshonorars ist daher eine frühere Kündigung **nicht** ausgeschlossen (BuschA. 26, 269). Auch § 621 BGB. ändert hieran nichts. Nach diesem gilt im Falle der Bemessung des Lohnes nach Tagen, Wochen, Monaten oder Vierteljahren und mehr eine Kündigung für den folgenden Tag, zum Schluß einer Kalenderwoche, eines Kalendermonats, eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung bestimmter Kündigungsfristen. Allein die tägliche und wöchentliche Kündigung kann schon wegen § 67 HGB. hier nicht Platz greifen; aber auch im übrigen gilt § 621 BGB. für den Handlungsgehilfen nicht, weil für diesen die Kündigung bei unbestimmter Dauer durch § 66 HGB. geregelt ist.

Folgende Auslegungsfälle aus der Praxis seien hier hervorgehoben: Die Abrede, das Dienstverhältnis solle beim Verkauf des Geschäfts oder beim Tode des Prinzipals aufhören, ist entsprechend der Verkehrssitte dahin zu verstehen, daß beiden Teilen bei Eintritt dieser Ereignisse die in § 66 festgesetzte Kündigung zustehen solle (OLG. Karlsruhe in DJZ. 00, 363 und unten Anm. 14); doch kann natürlich die Abrede auch deutlich ein anderes ergeben. — Das Engagement für eine Geschäftsreise, deren Dauer sich nach objektiven Momenten, z. B. der Reiseroute, bestimmen läßt, gilt als für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossen (OLG. Braunschweig bei Warneyer 3 S. 219 Nr. 2; vgl. § 67 Anm. 3).

Anm. 2. b) Ist die bestimmte Dauer des Vertragsverhältnisses abgelaufen und wird das Dienstverhältnis stillschweigend, d. h. ohne unverzüglichen Widerspruch fortgesetzt, so gilt nunmehr der Vertrag **auf unbestimmte Zeit** verlängert (§ 625 BGB.). Darin liegt eine Art relocatio tacita, eine Fortsetzung des alten Vertrages in allen seinen Einzelbestimmungen (Natur der Dienste, Ansprüche des Gehilfen, Vertragsstrafe usw.).

Es kann übrigens auch die Fortsetzung auf bestimmte Zeit bei unterlassener Kündigung im voraus vereinbart werden (hierüber Anm. 5 zu § 67).

Anm. 3. c) **Für Anstellungen auf Lebenszeit oder für längere Zeit als 5 Jahre** gilt die Vorschrift des § 624 BGB., wonach das Dienstverhältnis von dem Dienstverpflichteten nach dem Ablauf von 5 Jahren mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt werden kann. Diese Vorschrift ist durch unseren § 66 HGB. für die Handlungsgehilfen nicht beseitigt; schon deshalb nicht, weil er nur Anstellungen auf unbestimmte Zeit im Auge hat, und dann, weil der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, durch die Sondervorschriften des HGB. dem Handlungsgehilfen Vergünstigungen zu entziehen, die er für andere Bedienstete gegeben hat. Dem Prinzipal steht dieses Kündigungsrecht nicht zu. Er kann auch nicht etwa den ganzen Vertrag aufheben, weil er ihn bei Kenntnis dieser Rechtslage nicht geschlossen haben würde.

Ein Engagement auf Lebenszeit liegt allein deshalb noch nicht vor, weil dem Handlungsgehilfen beim Engagement gesagt wurde, der fragliche Posten solle eine Lebensstellung

(Lebensposten) für ihn sein (so mit Recht OLG. Bamberg in OLGR. 3, 411); auch in **§ 66.**
diesem Falle greift die gesetzliche sechswöchentliche Kündigung Platz.

d) **Das Engagement auf Probe** im früheren Sinne, d. h. mit dem Rechte der täglichen Aufhebung ist wegen § 67 nicht mehr statthaft. Die Ausnahme des § 69 hat mit dem Probeengagement nichts zu tun (s. Anm. 1 zu § 69). Ein Probeengagement auf unbestimmte Zeit ist daher nur mit der Maßgabe statthaft, daß die Kündigung nicht vor Ablauf eines Monats erfolgen darf. Man wird jetzt wohl den Ausweg wählen, den Gehilfen auf bestimmte kurze Zeit zum Zweck der Probe zu engagieren. Dann kann die Zeit auch kürzer als ein Monat sein (Anm. 3 zu § 67). Ist nun in dieser Weise ein Engagement auf Probe erfolgt, dann ist der Gehilfe auf eine bestimmte Zeit fest angestellt. Die Absicht zu probieren, ist nur Beweggrund, für den Vertragsinhalt aber bedeutungslos, so daß weder der Prinzipal noch der Gehilfe den Vertrag deshalb vorzeitig lösen kann, weil es nach den bisherigen Ergebnissen der Probezeit zu einer Verlängerung der Vertragsdauer, zu einer endgültigen Anstellung nicht kommen werde. Wenn das Verhältnis nach Ablauf der vereinbarten Probezeit stillschweigend fortgesetzt wird, so gilt für die Folgezeit das oben Anm. 2 für die stillschweigende Fortsetzung überhaupt Gesagte. Das Verhältnis setzt sich also auf unbestimmte Zeit fort. Der § 67 Abs. 3 greift hier nicht Platz. Er betrifft einen anderen Fall, nämlich den, daß im voraus vereinbart wird, das Verhältnis solle sich fortsetzen, wenn es nicht vor dem Ablauf der Vertragszeit gekündigt werde; für diese Kündigung gelten dann die Zwangsvorschriften des § 67 Abs. 1. Es kann ferner auch vereinbart werden, daß nach Ablauf der bestimmten Probezeit der Vertrag sich auf bestimmte Zeit fortsetze. Auch das ist gültig (vgl. auch Anm. 5 zu § 67). Wird dagegen ohne Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer oder einer Kündigung beim Engagement nichts weiter erklärt, als daß es zur Probe erfolgt, so ist dies Angabe eines Motivs ohne rechtliche Bedeutung. Es greifen einfach die gesetzlichen Kündigungsfristen Platz (zust. OLG. Hamburg in OLGR. 3, 78). Die Annahme Makowers (I 117), daß in diesem Falle die geringste zulässige Kündigungsfrist von einem Monat gilt, erscheint willkürlich. Anm. 4.

e) Vereinbarungen täglicher, wöchentlicher, vierzehntägiger, vierwöchentlicher Kündigung sind durch den folgenden § 67 für den Regelfall ausgeschlossen (falsch daher die Entsch. des KfmG. Kiel — Soz. Praxis 05, 718 —, das eine tägliche Kündigung in dem dort erwähnten Fall für zulässig erklärte). Siehe jedoch zu §§ 68 und 69. — Die Vereinbarung vierwöchentlicher Kündigung wird aber meist als Vereinbarung einer einmonatlichen Kündigung auszulegen und als solche aufrechtzuerhalten sein (vgl. Anm. 8 zu § 67). Die Vereinbarung einer sechswöchentlichen Kündigungsfrist wird nach Treu und Glauben als Bestätigung des gesetzlichen Normalfalles, d. h. als lediglich zum Quartalsschluß zulässig, angesehen werden müssen. Für Berlin ist diese Auffassung handelsgebräuchlich (Ältesten bei Dove-Apt 28). Die Vereinbarung einer länger als sechswöchentlichen Kündigungsfrist gilt gleichfalls zum Quartalsschluß (RG. in SeuffA. 36, 436). Anm. 5.

2. **In zweiter Linie greift die gesetzliche Kündigungsfrist Platz** (vgl. über verschiedene Fälle, in denen sie eintritt, noch Anm. 5 a. E. zu § 67). Sie beträgt 6 Wochen vor Ablauf des Kalenderquartals. Sie muß daher (vgl. § 187 BGB.) am 43ten Tage vor Ablauf des betreffenden Quartals, in dem sie erfolgt, dem anderen Teile zugegangen sein (D. 64). Ist z. B. der Handlungsgehilfe am 1. Januar eingetreten, so kann ihm zum 1. April gekündigt werden. Die Kündigungstermine sind nicht etwa, wie die Kaufleute häufig annehmen, der 15. Februar, 15. Mai, 15 August, 15. November, sondern der 17. Februar (im Schaltjahr der 18. Februar), der 19. Mai, 19. August und 19. November, stets zum Schluß des betreffenden Quartals. Anm. 6.

3. **Die Beweislast** richtet sich, wenn streitig ist, ob die gesetzliche Kündigungsfrist Platz greift oder eine vertragliche, nach dem Grundsatz, daß die naturalia sich aus dem Gesetze ergeben und nicht bewiesen zu werden brauchen, daß vielmehr der zu beweisen hat, der die Abänderung der naturalia als accidentale behauptet (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 33ff., bes. Anm. 55; Anm. 7.

§ 66. dazu noch Bolze 23 Nr. 570). Es hat daher derjenige, der die Vereinbarung einer von der gesetzlichen abweichenden Kündigungsfrist oder einer bestimmten Vertragsdauer behauptet, dies zu beweisen (vgl. RG. 57, 50; Adler-Clemens Nr. 475). Auch durch die neue Fassung des § 66 sollte hieran nichts geändert werden. Denn der gegen Art. 61 veränderte Wortlaut beruht lediglich auf stilistischen Gründen und sollte keine sachliche Änderung im Gefolge haben. Steht fest, daß eine von der Gesetzesregel abweichende Kündigungsfrist oder eine bestimmte Vertragsdauer vereinbart ist, aber nicht, welche Abweichung, so hat der zu beweisen, dessen Darstellung sich am weitesten von der Gesetzesregel entfernt (6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 56). Das gilt auch vom Probeengagement (s. Anm. 4); bei ihm wird eine dem § 66 entgegenstehende Vereinbarung getroffen, die der zu beweisen hat, der sie behauptet.

Anm. 8. 4. **Die Folge der verspäteten Kündigung ist klar: sie bringt das Verhältnis zu dem beabsichtigten Termine nicht zur Lösung.** Ob sie wenigstens als Kündigung zum nächsten zulässigen Termine anzusehen ist, ist Tatfrage (Motive zum BGB. II 413). Meist wird es der Fall sein (zust. Sigel im „GewGer." Beil. zur Nummer vom 1. Oktober 1900). Gegen verspätete Kündigung braucht nicht protestiert zu werden, in ihrer stillschweigenden Entgegennahme liegt keine Annahme. Die Auffassung Makowers (I 118), daß eine unzulässige Kündigung bei unterlassenem Widerspruch gültig werde, weil nach § 151 BGB. die Annahme in solchen Fällen nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten sei, geht fehl, da es sich hier nicht um einen Vertragsantrag handelt.

Vorzeitige Kündigung aber ist rechtzeitige (OTrEntsch. 34, 170), so daß auch vor Antritt des Dienstes gekündigt werden kann, doch nur unter Einhaltung des zulässigen Kündigungstermins (OLG. Hamburg in ZHR. 40, 452; ausführlich abgedruckt in der HansGZ. 91, 310). Es kann z. B. ein Gehilfe, der mit der Kündigungsfrist von einem Monat engagiert ist und der am 1. Oktober eintritt, schon am 30. September zum Schluß des Oktober kündigen, nicht etwa erst zum Schluß des November, dem nach Beginn des Vertrages ersten zulässigen Kündigungstermin, wie das OLG. Frankfurt — im „Recht" 02, 269 — im Anschluß an eine ungenaue Fassung in der 6./7. Auflage angenommen hat.

Entlassung, wenn sie sich als unberechtigt erweist, gilt wenigstens als ordentliche Kündigung. Denn in solchem Akte liegt der Wille ausgedrückt, das Verhältnis so bald als möglich zu lösen. Desgleichen wirkt die Weigerung, den Dienst anzutreten oder den Gehilfen in den Dienst aufzunehmen, jedenfalls als ordentliche Kündigung.

Anm. 9. 5. **Eine Form der Kündigung** ist nicht vorgeschrieben. Sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen, **nur muß sie dem anderen Teil zugehen**, und ist in diesem Augenblick **wirksam**. Sie ist eine empfangsbedürftige Erklärung nach dem BGB. (§§ 130 bis 132 BGB.). Dem Zugehen steht die durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung erfolgte Zustellung gleich (§ 132 Abs. 1). Bei einer Kündigung unter Abwesenden trägt der Kündigende die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft. Doch darf sich der andere Teil nicht der Kündigung durch eigenes Verschulden entziehen, wie z. B. wenn der unterwegs befindliche Reisende in dieser Absicht fortwährend seinen Aufenthalt wechselt oder ihn verschweigt oder gar falsch angibt, sollte letzteres auch unabsichtlich geschehen (vgl. OLG. Braunschweig in ZHR. 34, 572, wonach eine Kündigung als wirksam galt, weil der Reisende sich die Briefe abzuholen pflegte und gerade an jenem Tage nicht abholte). Einen praktischen Ausweg, auch für den Fall, daß der Aufenthalt einer Person unbekannt ist, gibt § 132 Abs. 2 BGB. an die Hand, nämlich den Weg der öffentlichen Zustellung, doch nicht in dem Sinne, als ob nur auf diesem Wege die Willenserklärung als dem anderen Teile, dessen Aufenthalt zur Zeit unbekannt ist, zugegangen gelte. Bei solcher Annahme wäre die rechtzeitige Kündigung in vielen Fällen unmöglich. Diese Verschlechterung des Rechtszustandes gegen das frühere Recht war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt und ist auch nicht die unbeabsichtigte Folge seiner Gesetzesbestimmung. Zwar ist die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Aber die Erklärung gilt als dem anderen Teile zugegangen, wenn sie ihm dorthin geschickt wird, wo der andere Teil sich

nach seiner eigenen Angabe zu einer bestimmten Zeit aufhält. Wie sie ihm als zugegangen gilt, wenn sie in seinen Privatbriefkasten gesteckt wird, auch wenn er den Brief nicht herausnimmt, so gilt sie ihm als zugegangen, wenn sie ihm in das Hotel geschickt wird, in welchem er sich nach seiner Angabe am bestimmten Tage aufhält. Wenigstens wird man dies bei solchen empfangsbedürftigen Willenserklärungen annehmen müssen, die innerhalb eines Vertragsverhältnisses, wie hier, erfolgen; die Rücksicht auf dieses Verhältnis legt solche Pflichten auf (vgl. ROHG. 8, 80). Ohne Vertragsverhältnis dürfte man allerdings kaum so weit gehen. Vgl. a. Anm. 5 Exk. zu § 361. § 66.

6. **Inhaltlich muß die Kündigung bestimmt und endgültig sein,** nicht bedingt und unbestimmt, wie z. B.: „Das Verhältnis gilt nach Ablauf von 3 Monaten als gelöst, wenn Sie bis dahin keine besseren Geschäfte machen“ (ROHG. 4, 342), oder: „Ich löse zum 1. Juli mein Geschäft auf“, oder: „Wenn Sie wollen, können Sie schon zum ersten gehen“. Bestimmte, aber bedingte Kündigung ist nicht unwirksam (ebenso Lehmann-Ring Nr. 4; a. A. Planck Nr. 1 vor § 158 und Horrwitz 127). Mit dem Eintritte der Bedingung ist vielmehr die Kündigung wirksam, d. h. es gilt, als wäre sie erst jetzt erfolgt; der Eintritt der Bedingung wirkt nicht zurück. Die Kündigung wirkt vielmehr von dem Eintritt der Bedingung ab, sofern der Gekündigte über ihn nicht in Ungewißheit sein kann (vgl. § 643 BGB., wo ein Beispiel einer bedingten Kündigung enthalten ist; Bolze 12 Nr. 400; Allfeld 349; Neumann Anm. 3 a β vor § 158 BGB.). Anm. 10.

7. An einem **Sonntag** oder staatlich allgemein anerkannten **Feiertag** darf nicht gekündigt werden, weil dies der Verkehrssitte widerspräche (Planck Nr. 1 zu § 193). Fällt der Beginn der Frist darauf, so ist spätestens am Werktag vorher zu kündigen (Horrwitz 125; s. a. § 67 Anm. 4). Fällt das Ende der Frist darauf, so tritt an seine Stelle der nächstfolgende Werktag (§ 193 BGB.). Anm. 11.

8. **Bei Kündigung durch einen Bevollmächtigten** sind die §§ 174 und 180 BGB. zu beachten (vgl. hierüber Anm. 15 zu § 54 u. Anm. 61 u. 62. zum Exk. zu § 58). Anm. 12.

Zusatz 1. Nach der Kündigung muß der Prinzipal dem Handlungsgehilfen auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses gewähren (§ 629 BGB.), allerdings nur dann, wenn das alte Verhältnis ein dauerndes ist. Dauernd in diesem Sinne ist es dann, wenn der Dienstverpflichtete auf eine längere Dauer des Dienstes rechnen konnte, also wenn entweder eine lange bestimmte Dauer oder eine unbestimmte Dauer vereinbart war. Nicht dauernd ist z. B. ein Vertrag, bei dem der Gehilfe auf 6 Wochen zur Aushilfe angestellt wird; dauernd ein Vertrag, bei dem der Gehilfe gegen einmonatliche Kündigung angestellt wird (Cosack, Bürgerl. Recht I 501). Bedauerlich ist, daß nicht eine bestimmte Zeit zum Aufsuchen einer neuen Stellung gesetzlich bestimmt ist. Infolge der unbestimmten Fassung muß der Handlungsgehilfe im Streitfalle auf sein Risiko solange ausbleiben, als er es für angemessen hält. Anm. 13.

Zusatz 2. Andere Endigungsgründe. Tod des Prinzipals ist im Zweifel kein Erlöschungsgrund für das Dienstverhältnis (§§ 675, 672 BGB.), wohl aber Tod des Handlungsgehilfen (§§ 675, 673 BGB.). In beiden Fällen aber kann etwas Gegenteiliges vereinbart werden, oder aus dem Sinn des Vertrages sich ergeben, insbesondere also auch für den Fall des Todes des Dienstverpflichteten (zust. RG. in JW. 03 Beil. 2 S. 17). — Über Geschäftsveräußerung und Konkurs s. Anm. 27 zu § 70. — Darüber, daß die sechswöchentliche Kündigungsfrist durch die Abrede, daß beim Geschäftsverkauf oder beim Tod des Prinzipals der Vertrag aufhören soll, entsprechend der Verkehrssitte nicht beseitigt wird, vgl. oben Anm. 2. Anm. 14.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 1 u. 2 zu § 59. Anm. 15.

§ 67.

Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Theile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen. § 67.

§ 67. Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältniß für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.

Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig.

Der vorliegende Paragraph enthält eine weitgehende Einschränkung der Vertragsfreiheit bei Vereinbarung von Kündigungsfristen. Die Vorschrift war im alten HGB. nicht enthalten.

Anm. 1. 1. **Der Paragraph bezieht sich nur auf die Vereinbarung von Kündigungsfristen.** Die Vereinbarung von auflösenden, nicht in den Willen des Vertragsgegners gestellten Bedingungen fällt nicht unter den vorliegenden Paragraphen (Makower I 119). So ist z. B. die Anstellung auf die Zeit der Krankheit des ersten Buchhalters oder auf so lange, bis der Handlungsgehilfe eine neue Stellung gefunden habe, zulässig (OLG. Hamburg in OLGR. 11, 23; vgl. auch § 69). Wohl aber fällt unter den vorliegenden Paragraphen die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer, sofern das Lösungsrecht **für beide Teile verschieden** normiert ist. Denn im Grunde genommen ist dies nicht die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer, sondern ein Kündigungsrecht. Die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer kann begrifflich nur den Inhalt haben, daß der Vertrag nach Ablauf einer bestimmten Zeit aufhört, so daß für beide Teile Rechte und Verpflichtungen ihr Ende erreichen. Wird aber z. B. vereinbart, daß der Prinzipal nach Ablauf eines Jahres den Vertrag aufheben kann, der Gehilfe aber erst nach Ablauf von 3 Jahren, so liegt darin nichts weiter als die Vereinbarung von verschiedenen Kündigungsfristen für beide Teile. In diesem Falle greift der vorliegende Paragraph Platz.

Anm. 2. Durch den vorliegenden Paragraphen ist nicht für unzulässig erklärt die im Laufe eines Vertrages erfolgende Vereinbarung, **daß der Vertrag vorzeitig aufgehoben werden soll,** sei es sofort, sei es nach Ablauf einer gewissen Frist. Diese Abrede ist durch § 67 nicht berührt; weder ist sie für unzulässig erklärt, noch ist die hierbei bedungene Frist den Vorschriften des § 67 unterworfen, sofern es nur nicht wieder eine Kündigungsfrist ist.

Anm. 3. 2. Unbeschränkt zulässig ist aber die Abrede einer **bestimmten Vertragsdauer** im eigentlichen Sinne, d. h. so, daß **der Vertrag für beide Teile an einem bestimmten Zeitpunkte endet** (§ 620 BGB.); als bestimmt gilt danach die Dauer auch dann, wenn sie aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist (z. B. für eine Reise — vgl. § 66 Anm. 1 —, für die Meßzeit). Im Falle bestimmter Dauer findet der vorliegende Paragraph keine Anwendung; bei bestimmter Vertragsdauer kann vielmehr vereinbart werden, daß sie auch im Laufe des Monats ende, oder daß sie kürzer als ein Monat sei. Es ist also zulässig, daß jemand auf 6 Wochen oder auf 14 Tage oder auf 3 Tage engagiert wird. **Diesen Ausweg wird man wählen, wenn man jemanden auf Probe wird engagieren wollen** (D. 65; vgl. Anm. 4 zu § 66). Reicht die erste Probezeit nicht aus, um die Fähigkeiten des Gehilfen genügend zu beurteilen, so kann man ihn nach Ablauf der Probezeit auf eine bestimmte weitere Zeit engagieren. Das kann sich so von Woche zu Woche wiederholen. Dagegen kann die Erneuerung einer solchen Anstellung nicht etwa im voraus ausgemacht werden, etwa in der Form: Wenn die Anstellung nicht während der ersten Woche gekündigt wird, so setzt sich die Probezeit auf eine weitere Woche fort. Vielmehr unterliegt die Vereinbarung einer Verlängerung für den Fall unterlassener Kündigung der Vorschrift des Abs. 3 unseres Paragraphen (s. Anm. 5).

3. **Die im § 67 vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit** sind dreierlei: **§ 67.**

a) Jede andere Kündigungsfrist als die gesetzliche des § 66 muß mindestens einen Monat dauern. Die Kündigung muß am letzten Tage des vorhergehenden Monats erfolgen (§ 187 BGB.), d. h. dem andern Teile zugehen (s. Anm. 9 zu § 66). Anm. 4.

b) Sie muß, gleichviel ob länger oder kürzer als die gesetzliche, jedenfalls für beide Teile gleich sein (entsprechend dem § 122 GewO.).

c) Sie wird immer nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen (wie lang sie auch sein mag; so kann z. B. auch eine Kündigungsfrist von strikt 6 Wochen oder einem Jahr immer nur zum Monatsschluß ausgeübt werden.

4. **Die gleichen Beschränkungen** (zu III 1 u. 2) gelten auch für diejenige Kündigung, in deren Ermangelung ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag **sich abredegemäß verlängert** (Abs. 3; „unechte Kündigung", Lehmann-Ring Nr. 4). Ist der Vertrag zwar auf bestimmte Zeit eingegangen, soll aber die unterlassene Kündigung die Verlängerung des Verhältnisses zur Folge haben, so finden auf dieses Kündigungsrecht gleichfalls die Beschränkungen des Abs. 1 Anwendung: die Kündigungsfrist muß also für beide Teile gleich sein und sie darf nicht weniger als einen Monat betragen. Dagegen darf die Kündigung auf einen andern Zeitpunkt als auf den Schluß eines Kalendermonats lauten, da Abs. 2 nicht für anwendbar erklärt ist. War z. B. der Vertrag auf die Zeit vom 10. Januar bis zum 10. Juli eingegangen und vereinbart, daß er, falls nicht einen Monat vorher gekündigt werde, sich verlängern solle, so kann er spätestens am 10. Juni (§ 188 Abs. 2 BGB.) zum 10. Juli gekündigt werden; die Kündigung ist also in diesem Falle auch für einen andern Termin als für den Schluß des Kalendermonats zulässig. Wird nicht gekündigt und das Dienstverhältnis fortgesetzt, so kann der Vereinbarung entsprechend die Verlängerung entweder eine bestimmte Dauer haben (im obigen Beispiel: „falls nicht einen Monat vorher gekündigt wird, soll sich der Vertrag auf ein weiteres halbes Jahr verlängern") oder auf unbestimmte Zeit gelten (einfach obiges Beispiel). Im ersteren Falle gilt die vereinbarte feste Vertragsdauer (§ 620 Abs. 1 BGB., oben Anm. 3), im letzteren Falle erlangen auf die Prolongationszeit zunächst die Vorschriften des § 66 und bei Vereinbarungen die Vorschriften des § 67 in vollem Umfange (also auch die des Abs. 2) Geltung. Selbstverständlich kann auch eine weitere Verlängerung der Prolongationszeit, wenn nicht Kündigung erfolgt, und zwar auf bestimmte oder unbestimmte Dauer, vereinbart sein; dann greifen die entwickelten Grundsätze immer entsprechend Platz. Anm. 5.

Ist eine Verlängerung des Vertrages vereinbart, wenn er nicht vor Ablauf „gekündigt" wird, ohne daß eine Kündigungsfrist angegeben ist, so muß die Kündigungsfrist aus § 66 als gemeint gelten.

5. **Zuwiderlaufende Vereinbarungen sind nichtig.** Anm. 6.

a) Das bedeutet für den Regelfall nicht, daß der ganze Vertrag, sondern nur, daß die unzulässige Kündigungsabrede nichtig ist (s. Erl. zu § 62; aus den Umständen kann ausnahmsweise die Nichtigkeit des ganzen Vertrages gefolgert werden. **An die Stelle der unzulässigen Abrede treten die gesetzlichen Kündigungsvorschriften,** nicht etwa die nächste zulässige Mindestkündigungsfrist von einem Monate (zust. RG. in RGBl. 00, 22). War ursprünglich eine gesetzlich zulässige, aber von der gesetzlichen abweichende Dauer vereinbart (z. B. eine einmonatliche Kündigungsfrist oder eine Dauer von 6 Monaten), und es wird dann in Abänderung dieses Vertrages eine unzulässige (z. B. Kündigung von einem Tage) vereinbart, so tritt die ursprüngliche Vereinbarung in Kraft (RG. a. a. O.).

b) Aber auch die zuwiderlaufende Abrede ist nur dann nichtig, wenn sie dem Handlungsgehilfen ungünstig ist. Zwar geht der Wortlaut des Abs. 4 unseres Paragraphen weiter, indem er jede zuwiderlaufende Abrede für nichtig erklärt. Allein der wahren Absicht des Gesetzgebers entspricht nur eine Auslegung, welche die dem Handlungsgehilfen ungünstige Vertragsbestimmung für nichtig erklärt; denn nur zum Schutze des Handlungsgehilfen ist die Vorschrift getroffen. Nur dann kann man vom Standpunkt dieser Schutzvorschrift sagen, daß Anm. 7.

§ 67. „die Abrede der Vorschrift zuwiderlaufe" (so auch Makower I 119; Düringer-Hachenburg I 218; a. A. Goldmann I 326).

Anm. 8. c) **Die einzelnen zuwiderlaufenden Abreden:** Wird für den Prinzipal eine vierzehntägige, für den Handlungsgehilfen eine dreimonatliche Kündigungsfrist vereinbart, so ist diese Vereinbarung nichtig, und es tritt § 66 in Wirksamkeit. Wenn dagegen umgekehrt für den Handlungsgehilfen eine vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist, für den Prinzipal eine dreimonatliche, so ist dies gültig. — Wird die Kündigungsfrist für beide Teile gleich bestimmt, aber auf eine kürzere Zeit als einen Monat, z. B. eine tägliche oder eine vierzehntägige, so ist dies ebenfalls nichtig. Es gilt dann diese Frist nicht, auch nicht etwa die Mindestfrist von einem Monat, sondern es greift die gesetzliche Vorschrift des § 66 ein. — Wenn eine vierwöchentliche Frist vereinbart ist, wird man im Wege der Auslegung meist dahin gelangen, daß unter der vierwöchentlichen die einmonatliche von den Parteien gemeint war (ebenso Berl. Ältesten bei Dove-Apt 27; vgl. Anm. 5 zu § 66). — Wenn aber endlich die Kündigung für beide Teile gleich sein und mindestens einen Monat betragen soll, die Vorschrift des Abs. 1 also beobachtet ist, aber entgegen dem Abs. 2 bestimmt ist, die Kündigung solle vor dem Schlusse eines Kalendermonats das Verhältnis zur Beendigung bringen, so gilt zwar die vereinbarte Frist, aber die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats „zugelassen werden". Dieser Teil der Vereinbarung, der die Kündigung vor dem Schluß zuläßt, ist dann eben ungültig; die vereinbarten Fristen selbst bleiben gültig, weil sie ja an sich dem Gesetze entsprechen. Es kann auch nicht etwa angenommen werden, daß die Fristen nunmehr dem § 66 folgen, so daß nur zum Ablauf des des Kalenderquartals gekündigt werden könnte. Denn diese Kündigung greift nur Platz auf die nicht vertraglich bestimmten gesetzlichen Kündigungsfristen. Und verfehlt wäre es auch, zu sagen, daß in solchem Falle die ganze Kündigungsabrede ungültig wäre. Denn das Gesetz läßt durch die Scheidung der Absätze 1 und 2 deutlich erkennen, daß es die beiden Modalitäten (für beide Teile gleiche monatliche Kündigungsfrist einerseits und Kündigung zum Schluß des Monats andererseits) als selbständige betrachtet, von denen die Ungültigkeit der einen die Ungültigkeit der anderen nicht nach sich zieht. — Ist eine zulässige Kündigungsfrist bedungen, aber die „Kündigung für den Monatsschluß" nicht ausdrücklich aufgenommen, so ist dies kein Verstoß gegen § 67; vielmehr ist der dieser Vorschrift entsprechende Wille zu unterstellen (KG. in OLGR. 8, 96).

Nur die Kündigungsfristen sollen für beide Teile gleich sein. Also nicht sonst die Formen und Bedingungen der Kündigung. Es kann also gültig vereinbart werden, der Prinzipal dürfe mündlich, der Gehilfe nur im eingeschriebenen Briefe kündigen (Horrwitz 120).

Anm. 9. **Zusatz. Übergangsfrage.** Hierüber s. Anm. 1 u. 2 zu § 59, ferner Allg. Einl. Anm. 12 ff. Die Vorschriften des § 67 sind, wie dort ausgeführt ist, ausschließlichen Charakters und daher am 1. Januar 1898 auf die damals bestehenden Dienstverträge sofort anwendbar gewesen (zust. OLG. Colmar in OLGR. 5, 264; abw. Lehmann-Ring Nr. 7).

§ 68.

§ 68. Die Vorschriften des § 67 finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe einen Gehalt von mindestens fünftausend Mark für das Jahr bezieht.

Sie bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältniß kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen hat.

In den beiden hier vorgesehenen Ausnahmefällen liegen besondere Verhältnisse vor.

Anm. 1. 1. **Der Handlungsgehilfe mit 5000 Mark Gehalt** für das Jahr befindet sich in einer solchen wirtschaftlichen und sozialen Lage, daß er des Schutzes des § 67 nicht mehr bedarf.

Erfordert ist, daß sein **Gehalt** mindestens 5000 Mark beträgt, also seine festen, von vornherein feststehenden Bezüge ohne Tantieme, Provision, in unbestimmter Höhe in Aussicht gestellte Gratifikationen, ja selbst ohne Naturalbezüge, wie Wohnung und Kost; die nicht festen Bezüge kommen nur dann in Betracht, wenn sie in bestimmter Höhe garantiert sind (ebenso Düringer-Hachenburg I 219 und RG. in OLGR. 9, 250). Nicht ist erfordert, daß der Gehilfe auf mindestens ein Jahr angestellt ist, oder daß das Gehalt vertragsmäßig für das Jahr bemessen ist; wenn es nach kürzeren Abschnitten (Monaten, Quartalen) bemessen ist, so muß es für das Jahr mindestens 5000 Mark betragen. — § 68.

Der Paragraph greift Platz in dem Augenblicke, in welchem der Handlungsgehilfe in diese Gehaltsstufe aufrückt, auch wenn sein Gehalt früher weniger betragen hatte (ebenso Düringer-Hachenburg I 219 und im Endergebnis Goldmann I 330; a. M. Horrwitz 121).

2. **Bei dem für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommenen Reisenden** hat der Prinzipal wegen der großen Kosten der Hinaussendung eines solchen Reisenden und wegen der Art der Verwendung ein berechtigtes Interesse daran, sich die Dienste des Gehilfen für längere Zeit zu sichern, ohne seinerseits unbedingt auf die Befugnis zu verzichten, das Dienstverhältnis für den Fall, daß der Gehilfe sich nicht bewährt, schon vorher zu lösen (D. 65). Gegen willkürliche Ausübung des Kündigungsrechts ist der Gehilfe dadurch geschützt, daß die Vorschrift nur dann Platz greift, wenn der Prinzipal die Kosten der Rückreise im Falle der Kündigung vertragsmäßig zu tragen hat. Es genügt nicht, daß er im Kündigungsfalle die Kosten freiwillig übernehmen will, die Pflicht muß ihm vertragsmäßig obliegen. — Anm. 2.

Zu den außereuropäischen Ländern gehören auch die Schutzgebiete und Kolonien europäischer Staaten, auch Deutschlands.

Der Gehilfe muß seine Dienste in einer außereuropäischen Niederlassung verrichten, nicht etwa nur zu Reisen dorthin (z. B. nach dem Orient) engagiert sein.

3. **In diesen beiden Fällen können auch kürzere Kündigungsfristen** (tägliche, wöchentliche, vierzehntägige, vierwöchentliche) **vereinbart werden.** Tägliche Kündigung bedeutet, daß täglich mit eintägiger Frist gekündigt werden kann, nicht etwa, daß täglich mit gesetzlicher Frist gekündigt werden kann (zust. Lehmann-Ring Nr. 1). — Anm. 3.

Die Kündigung braucht in diesen Fällen auch nicht zum Schlusse des Monats zu erfolgen und die Frist braucht auch nicht für beide Teile gleich zu sein (in letzter Hinsicht anders § 69).

§ 69.

Wird ein Handlungsgehülfe nur zu vorübergehender Aushülfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältniß über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Die Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Theile gleich sein. — § 69.

1. **Die Vorschrift bezieht sich nicht auf das Engagement zur Probe** (D. 66; KB. 33). Über dieses s. Anm. 4 zu § 66 und Anm. 3 zu § 67. Der Unterschied zwischen beiden Arten von Engagements ist ein wesentlicher: beim Engagement zur Probe will man die Fähigkeiten des Gehilfen erproben, man will ihn ev. dauernd behalten; **beim Engagement zu vorübergehender Aushilfe** will man die Fähigkeiten des Gehilfen nicht probieren, sondern man will im Gegenteil einen fähigen Gehilfen engagieren, weil man vorübergehende Hilfe braucht, man will ihn aber nicht dauernd behalten (zust. RG. in KGBl. 99, 79 und KfmG. Berlin in DJZ. 06, 92). Selbstverständlich ist es unzulässig, die zwingenden Vorschriften über die Kündigung dadurch zu umgehen, daß man ein Probeengagement der Sachlage zuwider als Engagement zu vorübergehender Aushilfe bezeichnet (zust. RG. a. a. O. und Lützow in DJZ. 04, 741), oder den Handlungsgehilfen „zur Aushilfe" fortlaufend je auf drei Tage — Anm. 1.

§ 69. stets von neuem engagiert. In solchen Fällen ist der Regel nach nicht etwa das ganze Engagement nichtig, sondern es tritt die Nichtigkeit der dem Gesetze zuwiderlaufenden Abrede ein (s. Exk. zu § 62).

Anm. 2. 2. **Das Engagement zur vorübergehenden Aushilfe** wird durch den vorliegenden Paragraphen nur dann getroffen, wenn es **mit einer vereinbarten Kündigungsfrist** geschlossen ist. Nicht berührt wird durch unsern Paragraphen der Fall des Engagements zur vorübergehenden Aushilfe auf bestimmte Zeit (a. M. Goldmann I 332), und nicht ein solches auf unbestimmte Zeit, aber ohne Kündigungsabrede. In letzterem Falle liegt ein nach § 66 zu beurteilendes Verhältnis vor (s. Anm. 4); dies liegt z. B. vor, wenn nichts weiter gesagt ist, als: „ich engagiere Sie zur vorübergehenden Aushilfe". Das ist lediglich Engagement auf unbestimmte Zeit unter Angabe des Motivs. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen hierin auch die Abrede der jederzeitigen (täglichen) Kündigung gefunden werden kann.

Anm. 3. 3. **Nach dem vorliegenden Paragraphen kann bei dem Engagement zur vorübergehenden Aushilfe auch eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart werden als ein Monat** (Anm. 3 zu § 68), ferner auch eine Kündigung derart, daß das Verhältnis im Laufe des Monats endet. (Selbstverständlich kann auch eine kurze bestimmte Dauer, etwa von 3 Tagen, vereinbart werden; doch hat dies mit dem vorliegenden Paragraphen nichts zu tun, der sich nur mit Engagements auf unbestimmte Zeit beschäftigt; vgl. Anm. 2).

Anm. 4. 4. **Aber die Kündigungsfrist muß für beide Teile gleich sein.** Sonst ist die betreffende Abrede, wie das Wort „muß" und der enge Zusammenhang des § 69 mit § 67 ergibt, nichtig. Bei der besonderen Natur des hier vorliegenden Verhältnisses, das nur auf eine kurze Zeit berechnet ist, wird die Nichtigkeit der Abrede hier zumeist den ganzen Vertrag nichtig machen (s. Exk. zu § 62 Anm. 2 letzter Abs.; abweichend 6./7. Aufl. Anm. 3). Wird man dies im Einzelfalle nicht annehmen können, so greift die gesetzliche Kündigungsfrist des § 66 Platz. Man kann nicht etwa sagen, daß dann eine Kündigungsfrist Platz greife, wie sie der besonderen Natur des hier vorliegenden Verhältnisses entspricht, etwa eine kurze, den Umständen nach angemessene Kündigungsfrist, wie dies den Worten „zu vorübergehender Aushilfe" entspricht.

Anm. 5. 5. **Alles das gilt nicht mehr, wenn das Dienstverhältnis über die Zeit von 3 Monaten hinaus fortgesetzt wird.** Hierfür greifen vielmehr dann die Vorschriften des § 67 wieder Platz. Nicht gesagt ist, daß für das fortgesetzte Verhältnis auch die Vorschriften des § 66 Anwendung finden. Doch ist dies insoweit der Fall, als der § 67 durch die Kündigungsabrede verletzt ist (näheres hierüber Anm. 8 zu § 67).

Dies gilt kraft des vorliegenden Paragraphen nur für den Fall, daß das Engagement von vornherein auf unbestimmte Dauer erfolgt ist. Auf den Fall, daß das Engagement auf bestimmte Dauer erfolgt ist, bezieht sich der vorliegende Paragraph überhaupt nicht. Allein für diesen Fall gilt die Fortsetzung auf unbestimmte Dauer kraft des bürgerlichen Rechts (§ 625 BGB.). Indessen ist es natürlich möglich, daß sowohl nach Ablauf der ersten Kündigungsfrist als auch nach Ablauf der vereinbarten ersten Vertragsdauer eine bestimmte Dauer des Engagements zur vorübergehenden Aushilfe vereinbart wird. Die hier gegebenen Vorschriften sind überall nur gegen unzulässige Kündigungsfristen gerichtet.

Anm. 6. 6. **Die Beweislast,** wenn streitig ist, ob lediglich ein Engagement zu vorübergehender Aushilfe oder auf unbestimmte Zeit vorliegt, hat der, der das erstere behauptet (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 33 ff., besonders Anm. 55). Wird eine gegen § 67 verstoßende Kündigung vereinbart und dann gestritten, ob Engagement zur Probe oder zu vorübergehender Aushilfe vorliegt, so ist das letztere zu beweisen, weil es von der gesetzlichen Norm weit erheblicher abweicht, als das erstere. Das letztere ist eine ausnahmsweise zugelassene Abrede gegen zwingende Gesetzesnormen, das erstere ist zwar auch eine Abrede gegen das Gesetz, aber eine Abrede gegen ein Dispositivgesetz (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 56).

§ 70.

§ 70.

Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Lit.: Fieberg, Entlassung und Austritt, DJZ. 04, 483 ff.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph gibt für den Dienstvertrag die allgemeine, d. h. für den Prinzipal und den Gehilfen gleichmäßig geltende Bestimmung, daß das Dienstverhältnis aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann. Der Ausdruck „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ hat sich in der Rechtssprache nicht eingebürgert. Dazu ist er zu schwerfällig. Man wird wohl am besten von „sofortiger Kündigung“ (oder auch „Aufhebung“, s. Abs. 2 des § 70) sprechen. Die gegen den Gehilfen gerichtete sofortige **Kündigung** heißt in der Geschäftswelt Entlassung. Das Wort Rücktritt wird man hier überall vermeiden müssen, da ein Rücktritt im Sinne des BGB. (§§ 346 ff.) nicht vorliegt. Zum Wesen des Rücktritts gehört nämlich, daß der ganze Vertrag rückgängig gemacht wird und jeder Teil wiedergeben muß, was er auf Grund des Vertrages empfangen hat, während bei der sofortigen Kündigung nur die Rechte und Pflichten für die Zukunft beseitigt werden.

Der Abs. 1 entspricht wörtlich dem § 626, der Abs. 2 dem § 628 Abs. 2 BGB.

Die Materie soll nach folgenden Gesichtspunkten erläutert werden:

Es sollen (Abs. 1): 1. die Erklärung der sofortigen Kündigung, 2. die Gründe der sofortigen Kündigung, 3. die regelmäßigen Folgen der sofortigen Kündigung; und (Abs. 2) die ausnahmsweise Folge im Falle vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teiles untersucht werden. Drei Zusätze beschäftigen sich mit den sonstigen Aufhebungsgründen des Dienstvertrages, mit dem Verzichte auf die Dienste des Gehilfen und mit der Übergangsfrage.

I. Der Absatz 1 des § 70.

Anm. 1.

1. **Die Erklärung** der sofortigen Kündigung. **Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung** (vgl. Anm. 9 zu § 66).

a) Sie muß von der Partei ausgesprochen werden; das richterliche Urteil ist deklarativ, nicht konstitutiv, es stellt die Entlassung nicht her (unten Anm. 11). Unzulässig wäre ein Feststellungsantrag, daß eine erwartete oder auch eine schon eingetretene Tatsache den Prinzipal zur sofortigen aber noch vorbehaltenen Kündigung berechtige, da dies die bloße Stellung einer Rechtsfrage bedeuten würde. Steht aber der Kündigungswille außer Zweifel, z. B. wenn der Angestellte bereits vorläufig außer Dienst gesetzt ist, dann muß dem Prinzipal nachgelassen werden, vor dem Ausspruch der Entlassung die Feststellung seines Rechts hierzu klagend zu beantragen (so mit Recht OLG. Kiel in OLGR. 5, 54; Staub hat — in Abweichung von der 6./7. Aufl. Anm. 1 — in den Vorarbeiten sich dieser Ansicht angeschlossen). In der Zulassung dieser Feststellungsklage liegt eine Milderung, gegen die der andere Teil nichts einwenden kann (das RG. in JW. 02, 605 [7] läßt die Feststellungsklage erst zu, nachdem die sofortige Kündigung erklärt ist). Ein entsprechendes Klagerecht steht auch dem Gehilfen geeigneten Falles zu, dem aber für die Regel zunächst die Leistungsklage gegeben ist und hilft (s. Anm. 12).

Anm. 2.

b) Die Entlassung, sowie der Austritt können nach unserer Ansicht nicht zu einem späteren Zeitpunkte erfolgen, sondern nur „per sofort“. Es kann z. B. nicht gesagt werden: Vom Ersten nächsten Monats ab sind Sie entlassen, oder: Nach Beendigung der Tour sind Sie entlassen (abw. OLG. Kiel in OLGR. 7, 384).

Anm. 3.

c) Der Prinzipal ist nicht verpflichtet, bei der Entlassung die Gründe anzugeben, wie er auch im Prozesse andere Gründe vorbringen kann, als die bei der Ent-

§ 70. lassung vorgebrachten, weil es überall nicht auf die subjektiven Beweggründe, sondern auf die objektive Sachlage ankommt (ROHG. 17, 220; 21, 252; RG. in JW. 85, 283 [5]; 97, 88 [32] und 03, 389 [20]; OLG. Bamberg in OLGR. 5, 268 und Kiel 7, 384). Deswegen können auch später bekannt gewordene Gründe vorgebracht werden (vgl. die soeben zitierten Entscheidungen und RG. 32, 249; OLG. Karlsruhe in ZHR. 34, 575 sowie in BadR. 02, 120). Über Gründe, die sich später ereignen s. Anm. 7.

Anm. 4. d) Daß Entlassung vorliegt, muß der Gehilfe beweisen. Sonst hat er den Dienst willkürlich verlassen und muß die Folge dieses Verhaltens tragen. Wird der Gehilfe entlassen, so kann er unbeschadet seiner vertragsmäßigen Ansprüche gehen. Er braucht auch nicht (noch wörtlich) dem Prinzipal seine Dienste anzubieten (sich zur Verfügung zu stellen, wie man sagt), wenn er seine Ansprüche geltend machen will (a. M. Staub in 6./7. Aufl. Anm. 1, der indes in den Vorarbeiten zu dieser Auflage seine Ansicht geändert hat; der früheren Staubschen Auffassung sind beigetreten Goldmann I 340; Lehmann-Ring Nr. 4). Einmal liegt ein reales Angebot vor. Der Handlungsgehilfe hat durch den Antritt seiner Tätigkeit die Leistung gemäß dem gesamten Schuldverhältnisse, also die Dienste für die gesamte Anstellungszeit angeboten (ebenso Horrwitz 130; vgl. auch Römer in DJZ. 03, 340 u. Fieberg a. a. O.). Sodann aber greift auch § 324 BGB. ein; es ist unmöglich, die Dienste zu leisten, wenn sie nicht angenommen werden (auf diesem Standpunkte stehen OLG. Marienwerder in OLGR. 5, 32 und David im „Recht" 02, 146 ff.). Endlich kann auch § 615 BGB. in Verbindung mit § 293 BGB. für die hier vertretene Auffassung herangezogen werden (so Paul Stein in KGBl. 03, 36; Horrwitz 130 bezieht den § 615 auf den Fall, daß die Dienste noch nicht begonnen haben, aber auch bei dieser Auslegung ist der § 615 ein starkes Argument für die hier vertretene Auffassung).

Anm. 5. 2. **Die Gründe der sofortigen Kündigung.**

a) Das Gesetz sagt nur: sie müßten **wichtig sein**; ein Kriterium, das dann vorliegt, **wenn nach Lage der Umstände dem einen Teil nicht zuzumuten ist, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen.** Der wichtige Grund braucht weder vom andern Teil verschuldet zu sein (ROHG. 21, 252; OLG. Hamburg in OLGR. 8, 254; vgl. a. RG. 38, 27), noch überhaupt in der Person des andern Teils zu liegen. Das ergibt sich aus § 71 Nr. 1. Es kann daher sofort gekündigt werden auch aus solchen wichtigen Gründen, die sich in der Person des Kündigenden ereignen. Kündigen kann z. B. der Prinzipal bei Zerstörung der Handelsniederlassung durch Feuer, wenn dadurch die vollständige Einstellung des Gewerbebetriebs verursacht wird, oder bei gesetzlicher dauernder Unterdrückung des Gewerbebetriebs behufs Monopolisierung durch den Staat (OLG. Stuttgart in OLGR. 2, 503). Aber derartige Gründe aus der Person des Kündigenden wird man nur mit großer Einschränkung und Vorsicht gelten lassen können; der Fall muß entsprechend liegen, wie in Nr. 1 des § 71, d. h. es muß eine absolute Unfähigkeit vorliegen, von den Diensten Gebrauch machen zu können. So würde der Umstand allein, daß der Prinzipal sein Geschäft aufgibt, auch wenn es unlohnend ist, nicht genügen (RG. in JW. 03, 11 [26]); anders, wenn er durch einen Unglücksfall pekuniär in die Lage versetzt würde, überhaupt jeden Gewerbebetrieb zu unterlassen. (Liegt übrigens Unmöglichkeit der Erfüllung im Sinne des § 323 BGB. vor, so bedarf es einer sofortigen Kündigung nicht mehr; vgl. § 63 Anm. 8.)

Anm. 6. b) Die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist **Tat- und nicht Rechtsfrage** (RG. in JW. 01, 209 [9], wo deswegen auch betont wird, daß sie sich der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzieht); es müssen daher alle Umstände des Einzelfalles gewürdigt werden. Lange zurückliegenden Gründen wird oft weniger Erheblichkeit beikommen (Bolze 17 Nr. 414). Erfährt der Prinzipal den Entlassungsgrund und setzt das Verhältnis gleichwohl fort, so gilt der Grund insofern als verziehen, als auf ihn allein die Entlassung nicht mehr gestützt werden kann (ROHG. 19, 114; RG. 38, 116 und 51, 91). Ebenso können Dienstverfehlungen, die vor der ordentlichen Kündigung bekannt waren, später für sich

allein nicht als Entlassungsgründe geltend gemacht werden, weil angenommen werden muß, daß sie als Gründe zur vertragsmäßigen Kündigung benutzt und damit erledigt sind (Bolze 14 Nr. 393; RG. im SächsA. 7, 757; LG. I Berlin in ZHR. 42, 516). Im übrigen aber ist nicht ausgeschlossen, daß beim Eintritt neuer oder neu erfahrener Pflichtverletzungen auf früher bereits verziehene Vorgänge zurückgegriffen wird, um das gesamte Verhalten des Gehilfen zu charakterisieren (ROHG. 17, 221; Bolze 14 Nr. 393; RG. 38, 116 und 51, 91), wie auch sonst das Gesamtverhalten und die Gesamtheit der Umstände einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben können, wenn auch die einzelnen vorgebrachten Gründe, jeder für sich, nicht ausreichen würden (ROHG. 19, 114 und RG. in Holdheim 14, 25). Vgl. auch OLG. Dresden in ZHR. 34, 573. **§ 70.**

c) **Auch Gründe, die sich nach der Entlassung ereignen,** sind geeignet, die sofortige Kündigung zu rechtfertigen (RG. 32, 249). War die sofortige Kündigung durch die bisherigen Gründe gerechtfertigt, so bedarf es allerdings keiner Verstärkung der Gründe. Aber die durch die bisherigen Gründe nicht oder nicht genügend gerechtfertigte sofortige Kündigung kann durch nachträgliche Gründe gerechtfertigt werden, doch so, daß die Wirksamkeit der sofortigen Kündigung in solchem Falle erst mit dem Zeitpunkte dieser nachträglichen Tatsache eintritt. Und bei der Würdigung dieser nachträglichen Gründe wird immer zu beachten sein, daß die Parteien sich nicht in normalen Rechtsbeziehungen, sondern in einem Kampfverhältnisse befinden, welches die Pflichten gegenseitiger Rücksicht natürlich mindert, wenn auch nicht ganz aufhebt. Scharfe Worte werden nicht so leicht Ehrverletzungen sein, wie sonst; wenn der Kommis, um das Risiko seines Prozesses und seines Wartens zu vermindern, Geschäfte macht und dadurch formell dem § 60 zuwiderhandelt, so kann der Prinzipal daraus nicht so leicht einen Grund zur sofortigen Kündigung herleiten usw. Anm. 7.

d) Gründe, die sich **vor dem Engagement** ereignet haben, können als Entlassungsgründe nicht geltend gemacht werden (anders wohl auch nicht Bolze 17 Nr. 415; dagegen a. M. Goldmann I 336). Sie können Rücktrittsgründe aus anderen Gesichtspunkten sein (Irrtum, dolus usw., s. unten Anm. 29). Anm. 8.

e) Über später bekannt gewordene Gründe, die **vor der Entlassung** liegen, s. oben Anm. 3. — Über später bekannt gewordene Entlassungsgründe, die sich vor der durch den Gehilfen bewirkten sofortigen Kündigung ereignet haben, s. Anm. 20 a. E. Anm. 9.

f) **Auch durch Vertrag kann über die Wichtigkeit der Gründe Bestimmung getroffen werden:** es können Umstände, die es an sich nicht wären, zu wichtigen Gründen erhoben werden, und es kann Umständen, die an sich wichtige Gründe wären, diese Eigenschaft durch Vertrag genommen werden (vgl. RG. in JW. 98, 667[29]), beides bis zur Grenze, bei der durch solche Vereinbarung die guten Sitten verletzt werden (§ 138 BGB.). Zustimmend OLG. Hamburg in OLGR. 5, 266, LG. I Berlin in KGBl. 99, 57 und Ritter 118. Cosack (§ 19[42a]) will solche Vereinbarungen gar nicht zulassen, weil dadurch der Prinzipal den Gehilfen in ein zu großes Abhängigkeitsverhältnis bringen würde. Allein einmal schlagen nicht alle entgegenstehenden Vereinbarungen zum Nachteil des Gehilfen aus. Aber auch solche sind nicht schlechthin für unzulässig erklärt. Nur soweit das Abhängigkeitsverhältnis dadurch in einem Maße gesteigert wird, das sich mit den guten Sitten nicht verträgt, ist die Ungültigkeit der Vereinbarung anzunehmen (für die Regel nur der Vereinbarung, nicht des ganzen Dienstvertrags, vgl. Erl. zu § 62). Wenn z. B. ein Prinzipal in seinem Geschäfte eine in das Einzelne gehende Geschäftsordnung von seinem Personal unterschreiben läßt (über Handhabung der Garderobe, über Antritt zum Dienste usw.) und am Schlusse bemerkt, daß jede Zuwiderhandlung gegen die Geschäftsordnung oder gar jede sonstige Verletzung der Dienstpflicht zur sofortigen Entlassung berechtige, so gerät dadurch der Gehilfe in ein allzu drückendes Abhängigkeitsverhältnis. Einer generellen Entlassungsklausel gegenüber wird man sagen müssen, sie sei nur dahin aufrecht zu erhalten, daß jede erhebliche Verletzung der gedachten Vertragspflichten zur Entlassung berechtigt, wobei allerdings darauf Rücksicht genommen werden muß, daß der Prinzipal auf die in der Geschäftsordnung erwähnten Punkte Wert gelegt hat. Anm. 10.

§ 70. Anm. 11. 3. **Die Folgen der sofortigen Kündigung.** Lit.: Sigel, Die Ansprüche der Parteien bei Lösung des Arbeitsvertrages ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, im „GewGer.", Jahrg. 6, Beil. zu Nr. 1.

a) **Der Prinzipal kündigt ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, er entläßt den Handlungsgehilfen.**

α) **Hauptwirkung.** Die Kündigung, nicht erst das richterliche Urteil, bringt das Dienstverhältnis zur Aufhebung. **Allein diese Wirkung erzeugt die sofortige Kündigung nur dann, wenn sie gerechtfertigt ist** (D. 66). War sie nicht gerechtfertigt, so besteht das Dienstverhältnis trotz der sofortigen Kündigung fort. Der Standpunkt des preußischen Rechts, wonach die Rücktrittserklärung auf alle Fälle, sie mochte gerechtfertigt sein oder nicht, das Dienstverhältnis zur Auflösung brachte, ist hiermit verlassen. An die Stelle ist ein sehr verwickelter Zustand getreten. Denn es ist zwar sehr einfach ausgesprochen, daß die sofortige Kündigung, wenn sie gerechtfertigt ist, das Verhältnis löse. Schwer aber ist im Einzelfalle zu sagen, ob sie gerechtfertigt war. Hierüber sind die Parteien immer verschiedener Ansicht, und erst der Richterspruch entscheidet diese Frage. Bis dahin also weiß kein Teil, ob der Dienstvertrag noch besteht oder nicht (geeignetenfalls kann eine Feststellungsklage helfen; vgl. Anm. 1). Wird daher der Gehilfe entlassen, so weiß er zunächst nicht, woran er ist. Er selbst hält die sofortige Kündigung des Prinzipals nicht für gerechtfertigt. Aber es kann ja sein, daß der Richter anders entscheidet. Es bleibt ihm also nichts übrig, als während des Prozesses gegen den Prinzipal sich jeder Kontraktwidrigkeit, z. B. aller Konkurrenzgeschäfte (s. a. § 60 Anm. 2), zu enthalten. Indes der Gehilfe kann, wie Fieberg (a. a. O. S. 486 f.) mit Recht hervorhebt, auf einem anderen Wege rascher zur Klarstellung der Dinge gelangen. In der Entlassung kann zugleich eine Erfüllungsweigerung seitens des Prinzipals gefunden werden. Diese hat die gleichen Wirkungen, wie wenn dem Prinzipal eine Frist mit der im § 326 BGB. vorgesehenen Erklärung gesetzt wäre (RG. 51, 347). Der Gehilfe kann also dem Prinzipal sofort erklären, daß er eine nachträgliche Vertragserfüllung ablehne, und Schadensersatz verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Anm. 12. β) **Einzelfolgen.** Der entlassene Kommis hat hiernach, um dies zu präzisieren, wenn er die sofortige Kündigung für ungerechtfertigt hält, das Recht, **den Prinzipal auf Leistung der Vergütung zu verklagen** (nicht auch auf Annahme der Dienste, auf Belassung in seinen Funktionen; s. unten Anm. 30), davon ausgehend, daß der Vertrag fortbestehe, da die Kündigung nicht gerechtfertigt sei. Er klagt auf Zahlung des Gehalts und der sonstigen Vergütung (Unterhalt, Dienstwohnung, Tantiemen, Provision); zu Unrecht gibt Fischer — im „Recht" 03, 335 — dem Dienstherrn selbst bei unberechtigter Entlassung die Befugnis, die Naturalleistungen (Dienstwohnung usw.) dem Gehilfen sofort zu entziehen, und verweist die Gehilfen lediglich auf einen Schadensersatzanspruch (gegen ihn Meyer und Boehm ebendort 356 und 479; vgl. auch Josef im „Recht" 04, 498 und Anm. 13). Auch die noch nicht fälligen Raten kann der Gehilfe zum Gegenstande der Klage machen (§§ 257, 258, 259 CPO.). — Geeignetenfalls steht ihm auch eine Feststellungsklage zu (Anm. 1). — Soweit die Vergütung von seiner Tätigkeit abhängt, z. B. Provisionen für vermittelte Geschäfte, geht der Anspruch auf Leistung desjenigen, was er erhalten haben würde, wenn er tätig gewesen wäre.

Er braucht sich nicht „zur Verfügung zu stellen" (näheres oben Anm. 4). Nachzuleisten braucht er die Dienste nicht; doch muß er sich den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 615 BGB.). Infolge der letzteren Bestimmung hat er zwar keine Verpflichtung, sich nach anderer Stellung umzusehen, aber er darf auch eine sich ihm darbietende Gelegenheit dazu nicht böswillig ausschlagen. Eine ihm vom Prinzipal in dessen Geschäft angebotene Gelegenheit muß der Gehilfe sicherlich annehmen, wenn sie seiner bisherigen Stellung entspricht, und wenn darin eine Rücknahme der sofortigen Kündigung

liegt, die dem Prinzipal freisteht, da ja auch der Gehilfe sie für ungerechtfertigt erachtet. **§ 70.** Liegt darin eine Zurücknahmeerklärung nicht, so kann die Frage, ob der Gehilfe solche Arbeitsgelegenheit bei dem Prinzipal selbst annehmen muß, allgemein nicht beantwortet werden. Von Fall zu Fall muß beurteilt werden, ob dem Gehilfen zuzumuten ist, sich bei seinem bisherigen Prinzipal zeitweise beschäftigen zu lassen, damit dieser die Folgen seiner sofortigen Kündigung herabmindere. In der Regel wird in der Entlassung eine solche Herabsetzung des Gehilfen liegen, daß ihm dies nicht zuzumuten sein wird. Über anderweiten Erwerb s. weiter unten Anm. 20.

γ) Überall handelt es sich um einen Anspruch, der **unmittelbar** auf Leistung der vertragsmäßigen Vergütung geht, nicht, wie früher im preußischen Recht, um einen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Vertragsaufhebung. Denn wenn die sofortige Kündigung nicht gerechtfertigt ist, so ist der Vertrag ja nicht aufgehoben. Daraus folgt z. B., daß der Gehilfe, wenn zu den Dienstleistungen die Gewährung einer Wohnung gehört, nicht exmittiert werden kann, falls die Entlassung ohne wichtigen Grund erfolgt ist (s. a. Anm. 12). Daraus folgt ferner, daß die Beschränkungen der Lohnbeschlagnahme diesen Anspruch zweifelsohne treffen (OLG. Colmar in ZHR. 46, 491; s. Anm. 47 zu § 59), daß er der kurzen Verjährung der Lohnansprüche unterliegt, daß er das Konkursvorrecht für Lohnansprüche genießt. Anm. 13.

δ) Der entlassende Prinzipal mag, wenn er seine sofortige Kündigung für gerechtfertigt erachtet, Zahlung aller Ansprüche des Gehilfen seit der Kündigung verweigern — bis dahin schuldet er einen entsprechenden Teil der Vergütung, § 628 BGB. —, indem er im Wege der Einrede die Entlassung rechtfertigt. Er kann außerdem Schadensersatz vom Gehilfen verlangen, wenn seine Kündigungserklärung durch vertragswidriges Verhalten des Gehilfen veranlaßt ist (§ 70 Abs. 2). Anm. 14.

b) **Kündigt der Gehilfe ohne Einhaltung der Kündigungsfrist**, so ergeben sich folgende Wirkungen: Anm. 15.

α) Der Prinzipal kann, wenn er die Kündigung für ungerechtfertigt erachtet, den Gehilfen auf Leistung der Dienste verklagen. Zwangsvollstreckung erfolgt nach den §§ 887, 888 CPO. (Über Dienstleistung durch andere auf Kosten des Gehilfen s. Anm. 30 zu § 59). Der Prinzipal kann zwar nicht verlangen, daß der Gehilfe seine Dienste nicht einem anderen Prinzipal leistet, und kann daher darauf nicht schlechthin klagen. Er kann aber Erfüllung aller Vertragsverbindlichkeiten und deshalb Einhaltung der Vorschrift des § 60 verlangen und einklagen, wonach der Gehilfe kein eigenes Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals Geschäfte machen darf (a. A. Dernburg aus dem in § 60 Anm. 2 angegebenen Grunde und OLG. Dresden [SächsA. 13, 377], weil es darin einen Zwang zur Rückkehr in den Dienst erblickt, doch geht das zu weit). Endlich kann der Prinzipal Ersatz des Schadens geltend machen, der ihm durch die vertragswidrige Nichtleistung der Dienste erwächst (§ 70 Abs. 2; näheres hierüber Anm. 18ff.). — Gegen den neuen Prinzipal, der den Handlungsgehilfen annimmt, kann auf Schadensersatz geklagt werden und darauf, daß er sich der Benutzung der Dienste künftighin enthalte, wenn er wissentlich an dem Vertragsbruche in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise teilnimmt (§ 826 BGB.).

β) Der Prinzipal kann aber auch die in ungerechtfertigter sofortiger Kündigung liegende Dienstverweigerung seinerseits als sofortigen Kündigungsgrund benutzen und die sofortige Kündigung daraufhin seinerseits erklären. Das wird ihm auch anzuraten sein. Denn wenn er das nicht tut, so läuft er Gefahr, daß der Gehilfe, wenn er den Prozeß verliert, sich nunmehr als seinen Bediensteten betrachtet und den Dienst fortsetzt. Doch wird der Prinzipal regelmäßig noch in diesem Stadium das Recht haben, die ungerechtfertigte Kündigung des Kommis seinerseits als sofortige Kündigung geltend zu machen, und für die Zwischenzeit wird er gemäß §§ 320, 614 BGB. die Zahlung verweigern. Anm. 16.

γ) Der Gehilfe mag, wenn er seine sofortige Kündigung für gerechtfertigt erachtet, die Dienste verweigern, seine Kündigung einredeweise begründen und seinerseits die Ver- Anm. 17.

§ 70. gütung bis zum Zeitpunkte seiner Kündigung fordern (§ 628 BGB.). Außerdem aber kann er Schadensersatz vom Prinzipal verlangen, wenn durch dessen vertragswidriges Verhalten seine sofortige Kündigung veranlaßt worden ist (§ 70 Abs. 2; unten Anm. 18ff.).

Anm. 17a. c) Über das **Zurückbehaltungsrecht** des Gehilfen bei Auflösung des Dienstverhältnisses s. § 59 Anm. 45.

II. Der Abs. 2 des § 70.

Anm. 18. **Nach Abs. 2 kann der Teil, der durch das vertragswidrige Verhalten des anderen Teiles zur sofortigen Kündigung veranlaßt wurde, von dem letzteren Schadensersatz verlangen** (übereinst. mit § 628 Abs. 2 BGB.).

1. **Der Begriff des vertragswidrigen Verhaltens.** Vertragswidrigkeit kann hier nur als schuldhafte Pflichtverletzung ausgelegt werden, nicht als bloß objektive Vertragswidrigkeit, die nur zu sofortiger Kündigung berechtigen kann (übereinst. OLG. Hamburg in OLGR. 8, 255). Von selbst scheiden die Fälle aus, in denen die sofortige Kündigung durch Umstände in der Person des Kündigenden veranlaßt wurde, so z. B. wenn der Handlungsgehilfe kündigt, weil er selbst zur Fortsetzung der Dienste unfähig wird (§ 71 Nr. 1), oder wenn der Prinzipal kündigt, weil die Fabrik ihm abbrennt (s. a. Anm. 5). Zu den Fällen vertragswidrigen Verhaltens zählen mit Unrecht Düringer-Hachenburg (I 225) den Fall, daß der Erbe kündigt, weil er das ererbte Geschäft nicht fortsetzen will; hier liegt ja überhaupt kein Fall vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teiles vor. Es scheiden aber ferner aus die Fälle von Vertragswidrigkeit, die der andere Teil zwar veranlaßt, doch ohne seine Schuld (z. B. wenn der Kommis entlassen wird, weil er schwindsüchtig wird; oder wenn der Kommis kündigt, weil der Prinzipal in Konkurs gerät). Es bleiben nur übrig die Fälle **schuldhafter Pflichtverletzung seitens des anderen Teiles**; es liegt daher nichts weiter vor, als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß derjenige, der seine Vertragspflichten schuldhaft verletzt, dem anderen Teil zum Schadensersatz verpflichtet ist (s. über diesen Grundsatz die Erläuterung zum § 347). Schadensersatz braucht z. B. der Prinzipal nicht zu leisten, der im guten Glauben auf Grund bestimmter Verdachtsmomente den Angestellten des Diebstahls objektiv falsch bezichtigt und die Polizei zur Untersuchung veranlaßt, wenngleich er damit dem Angestellten Grund zum sofortigen Austritt gibt (OLG. Hamburg a. a. O.).

Anm. 19. 2. **Insoweit nach Vorstehendem ein Anspruch auf Schadensersatz besteht, ist sein Umfang folgender:**

a) **Beim Gehilfen besteht er zunächst in dem,** was er in seiner Stellung bis zum Ablauf der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsfrist oder Vertragsdauer bezogen hat (§ 249 BGB.; RG. 36, 53). Bestanden die Bezüge in Unterhalt, Spesen, Provision und Tantieme, so ist ein entsprechender Geldbetrag zu erstatten. Hatte er vertragsmäßig Vorschüsse zu verlangen, so müssen ihm auch diese gewährt werden. Sodann aber gehört zum Schaden auch der entgangene Gewinn (§ 252 BGB.).

Anm. 20. α) **Einwände:** Der Schadensersatzklage kann der Prinzipal den Einwand entgegensetzen, daß der Gehilfe keinen Schaden gehabt hat, indem er seine Kräfte anderweit verwendet hat (RG. 38, 119; vgl. § 615 BGB.). Diesen Einwand hat der Prinzipal zu substanziieren und zu beweisen (RG. 38, 119), was aber nicht durch den aufs Geratewohl zugeschobenen Eid geschieht, daß der Gehilfe anderweit soundsoviel verdient hat (vgl. Bolze 8 Nr. 912). Der anderweite Erwerb braucht nicht auf einem Dienstverhältnisse zu beruhen; es muß nur ein Erwerb sein, der durch Verwendung seiner Arbeitskraft erzielt ist, wie er sie sonst dem Prinzipal zu widmen gehabt hätte (ROHG. 2, 287; Bolze 12 Nr. 402). Auch daß der Kommis sich inzwischen etabliert hat, genügt allein nicht zur Begründung des Einwandes, da es ja sein kann, daß er hierbei Mißerfolge gehabt hat (anders anscheinend Bolze 12 Nr. 402).

Ferner aber ist der Einwand erheblich, daß der Gehilfe eine ihm dargebotene passende Gelegenheit zur anderweiten Verwendung seiner Dienste ausgeschlagen hat. Das geht aus § 254 BGB. (in Verbindung mit § 615 BGB.) hervor, wonach es als ein

konkurrierendes Versehen betrachtet wird, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Hier, wo es sich um Schadensersatz handelt, wo das Dienstverhältnis also nicht mehr besteht, ist von Fall zu Fall zu prüfen, inwieweit dem Beschädigten ein Verschulden an der Entstehung des Schadens beizumessen ist, und danach richtet es sich, welche Wirkung dies auf den Umfang des zu ersetzenden Schadens ausübt; unter Umständen kann dadurch die Schadensersatzpflicht ganz beseitigt werden. Hier wird davon auszugehen sein (vgl. oben Anm. 12), daß der Gehilfe bemüht sein muß, sich anderweit einen Dienst zu verschaffen (zust. Sigel im „GewGer." Jahrg. 6 Beil. 1). Inwieweit er hierbei als verpflichtet erachtet werden muß, auch eine ihm von seinem Prinzipal angebotene Arbeitsgelegenheit anzunehmen, darüber s. oben Anm. 12. **§ 70.**

Der Ersatzklage kann auch damit begegnet werden, daß man nachträglich Entlassungsgründe erfährt. Denn der Schadensersatz besteht ja nur in der Wiederherstellung des früheren Zustandes. Wäre man aber bei dem früheren Zustande zur Entlassung berechtigt gewesen, so hat der Gehilfe durch sein Gehen keinen Schaden erlitten. Hat auch der Gehilfe wichtige Gründe, so braucht in solchem Falle keiner den anderen zu entschädigen. Hatte der Gehilfe sie nicht, so besteht ja das Dienstverhältnis, und es kann der Prinzipal nunmehr „per sofort" kündigen. Das Entsprechende gilt, wenn umgekehrt der Prinzipal auf Schadensersatz klagt.

β) Die Schadensersatzforderung des Gehilfen unterliegt den gesetzlichen Lohnbeschlagnahme-Beschränkungen (Anm. 47 zu § 59); auch der Verjährung des § 196 Nr. 8; auch dem Konkursprivileg des § 61 Nr. 1 KO. (ebenso Goldmann I 343; Ritter 119). Sie kann auch im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden (RG. in DJZ. 96, 202; vgl. a. RG. 37, 305 und in JW. 96, 356). Ist noch keine Leistung fällig, so hat die Klage allgemein auf Schadensersatz zu lauten. Auf Zahlung der künftigen Gehaltsraten kann nicht geklagt werden; die §§ 258 u. 259 CPO. sind nicht anwendbar, weil nicht feststeht, daß der entstehende Schaden gerade diese Höhe haben werde. Ist eine Rate fällig, so kann diese Rate eingeklagt und im Laufe des Prozesses die Inzidentfeststellungsklage auf Schadensersatz gemäß § 280 CPO. erhoben werden. In jedem Falle kann wegen der im Laufe des Prozesses fällig werdenden Raten der Feststellungsantrag in den Leistungsantrag umgewandelt werden (vgl. RG. 23, 421). Anm. 21.

b) **Dem Prinzipal ist der Schaden zu ersetzen**, den er infolge des Verlustes der Arbeitskraft des Handlungsgehilfen erlitten hat (Inserate, höheres Gehalt für einen Ersatzmann, entgangenen Gewinn, wenn er keinen Ersatzmann, z. B. keinen Reisenden während der Saison, finden konnte usw.). Ja, er braucht auch für die Zeit bis zur Entlassung dem Gehilfen insoweit keine Vergütung zu gewähren, als dessen bisherige Leistungen infolge der Kündigung für ihn kein Interesse haben (§ 628 Satz 2 BGB.; vgl. noch Anm. 20 am Ende). Anm. 22.

Zusatz 1. Sonstige Aufhebungsgründe des Dienstvertrages. Abgesehen von dem sofortigen Kündigungsrechte des § 70 kann der Dienstvertrag noch durch andere Gründe vorzeitig enden. Anm. 23.

1. **Der Vertrag kann unter einer auflösenden Bedingung geschlossen sein.** Dies ist zulässig (vgl. Anm. 1 zu § 67).

2. **Der Vertrag kann wegen Irrtums oder Betrugs angefochten werden.** Diese Anfechtung ist wohl zu unterscheiden von der sofortigen Kündigung. Sie beruht auf einem Mangel in der Eingehung des Rechtsgeschäfts; dagegen hat die sofortige Kündigung einen gültigen Vertrag zum Gegenstande und stützt sich auf Ereignisse während seiner Dauer. Als Anfechtungsgründe kommen nach dem BGB. Irrtum, Betrug und Zwang in Betracht, doch sind nur die beiden ersten Anfechtungsgründe praktisch. Beim Irrtum handelt es sich meist um Eigenschaften der Person. Diese begründen eine Anfechtung wegen Irrtums nur dann, wenn sie im Verkehr als wesentlich erachtet werden (§ 119 Abs. 2 BGB.). Das wird besonders der Fall sein, wenn sich herausstellt, daß der Gehilfe nicht unbescholten ist, daß er wegen ehrenrühriger Vergehens, wegen Veruntreuung usw. bestraft ist (RG. 7, 77; OLG. Dresden Anm. 24.

§ 70. im SächsA. 13, 580), unter Umständen auch, wenn sich herausstellt, daß er in zerrütteten Vermögensverhältnissen lebt (RG. 12, 102), aber auch, daß er in früherer Stellung untreu gewesen ist und aus Schonung nicht bestraft wurde. Liegt eine Bestrafung sehr lange zurück, so wird sie nicht ohne weiteres die Anfechtung begründen (OLG. Hamburg in HansGZ. 03, 13 — ein Reisender war vor zehn Jahren mit mehrmonatlichem Gefängnis und mit Ehrverlust bestraft worden). Auch der Irrtum über Fähigkeiten des Gehilfen, wie sie zur Ausfüllung der Stellung erforderlich sind, kann geltend gemacht werden, doch nur dann, wenn dem Gehilfen die erforderlichen Fähigkeiten absolut mangeln, nicht schon dann, wenn er in der Betätigung nur geringe Fertigkeit hat. So ist z. B. wesentlich, wenn ein Korrespondent nicht orthographisch schreiben, wenn ein Buchhalter nicht mehr als die vier Spezies rechnen kann oder die Buchführung nicht versteht (Bolze 1 Nr. 997). — Die Beilegung eines falschen Namens („Chors" statt „Cohn") kann als Anfechtungsgrund durchgreifen (LG. I Berlin in KGBl. 04, 57). — Es steht nichts entgegen, daß die Anfechtungsgründe (Vorleben, Unfähigkeit usw.) gegebenenfalls auch als Entlassungsgründe geltend gemacht werden können (s. § 72 Anm. 10).

Anm. 25. Die Anfechtung wegen Irrtums hat zur Folge, daß der Vertrag als von Anfang an nichtig erscheint (§ 142 Abs. 1 BGB.). Für die bisher geleisteten Dienste ist der Wert zu vergüten (§§ 346, 818 Abs. 2 BGB.).

Die Anfechtung wegen Täuschung wird mit der wegen Irrtums meist zusammenfallen. Nur ist hier jeder Irrtum maßgebend, der in der Gegenpartei absichtlich erregt worden ist und dadurch die Vertragsschließung veranlaßt hat; es braucht kein wesentlicher Irrtum im Sinne des § 119 BGB. zu sein. Der Betrug kommt meistens zur Sprache, wenn der Gehilfe den Prinzipal zum Engagement durch Vorspiegelung früherer ähnlicher Stellungen und großer Erfolge bestimmt.

Anm. 26. 3. **Ob der Tod des Handlungsgehilfen und der Tod des Prinzipals Endigungsgründe sind**, darüber s. Anm. 14 zu § 66.

Anm. 27. 4. **Einfluß der Geschäftsveräußerung auf den Dienstvertrag.** Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 613 BGB.), und wenn sich der Leistungsinhalt durch die Abtretung verändert, ist die Übertragung überhaupt unwirksam (§ 399 BGB.). Bei Handlungsgehilfenverträgen wird man hiernach annehmen müssen, daß der Gehilfe im Zweifel sich nicht an den Geschäftserwerber wegen seiner Dienste weisen zu lassen braucht, es sei denn, daß sich hierdurch weder der Leistungsinhalt ändert, noch daß sonstige nach der Verkehrssitte stichhaltige Gründe gegen die Dienstleistung an den Geschäftserwerber vorliegen. Auf diesem Standpunkte stand auch das frühere ROHG. 18, 370 (ebenso nach neuem Recht Planck Nr. 1 zu § 399 BGB.). Zu demselben Ergebnisse kommt man übrigens auch dann, wenn man dem Gehilfen im Falle der Geschäftsveräußerung das Recht gibt, die Dienste trotz der Geschäftsveräußerung dem bisherigen Prinzipal anzubieten, und falls dieser die Annahme ablehnt, die vertragsmäßige Vergütung zu verlangen, wie wenn die Dienste geleistet wären. Denn auch von diesem Gesichtspunkte muß der Gehilfe sich den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweite Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterlassen hat (§ 615 BGB.). Es liegt aber eine böswillige Unterlassung der Verwendung seiner Dienste vor, wenn ihm der Geschäftserwerber, gegen dessen Geschäft und Person Einwendungen nicht bestehen, die Verwendung in seinem Geschäfte anbietet, und der Gehilfe sich dessen weigert, besonders wenn Dienste in Frage stehen, bei denen es nach der Verkehrssitte für den Schuldner gleichgültig ist, an wen er sie leistet. Bestehen aber stichhaltige Einwendungen gegen das Geschäft oder die Person des Geschäftserwerbers, oder sind Dienste der eben geschilderten Art in Frage, so braucht der Gehilfe dem Erwerber die Dienste nicht zu leisten und behält der Anspruch auf die Gegenleistung gegen den Geschäftsveräußerer (§ 615 BGB.). Die Beweislast für die „böswillige Unterlassung" trifft den Prinzipal, denn im Zweifel braucht der Gehilfe dem Dritten keine Dienste zu leisten. Er braucht das auf keinen Fall, wenn der Übergang seiner Dienste durch seine Vereinbarungen mit dem Prinzipal ausgeschlossen war (§ 399 BGB.).

Spielt sich die Sache so ab, daß der Geschäftserwerber und der Gehilfe das Verhältnis fortsetzen, so haftet gleichwohl der Geschäftsveräußerer (RG. 36, 50; Düringer-Hachenburg I 223; vgl. Anm. 1 zu § 26; a. A. Goldmann I 339). Ob auch der Geschäftserwerber haftet, richtet sich danach, ob einer der im § 25 behandelten Fälle der Passivenübernahme vorliegt. Ist dies der Fall, so haftet neben ihm jedenfalls der Geschäftsveräußerer (RG. 36, 50), bis er nach § 26 oder aus sonstigen Gründen von der Mithaftung frei wird (Anm. 1 zu § 26). **§ 70.**

5. **Konkurs des Prinzipals.** Dieser gibt beiden Teilen hinsichtlich eines angetretenen Dienstverhältnisses ein Kündigungsrecht, bei dem in keinem Falle eine längere als die gesetzliche Kündigung einzuhalten ist (§ 22 KO.); falls eine kürzere bedungen ist, gilt diese. Anm. 28.

Die Rechtslage gestaltet sich wie folgt:

a) In allen Fällen (auch in denen zu b bis d) ist der Vergütungsanspruch des Gehilfen bis zum Tage der Konkurseröffnung eine Konkursforderung, die in Ansehung des letztjährigen Rückstandes das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO. genießt.

b) Kündigt der Verwalter, so hat der Gehilfe für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einen Anspruch auf sein Gehalt als Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO.; das gilt auch für Dienste, die der Masse nicht zustatten kommen (Jaeger § 22 Anm. 14a; OLG. Karlsruhe in OLGR. 11, 370). Vom Ablauf der Kündigungsfrist ab hat er für die Dauer seines Vertrags Anspruch auf Ersatz des ihm durch die vorzeitige Vertragsaufhebung entstehenden Schadens als Konkursforderung (§ 22 Abs. 2 KO.).

c) Kündigt der Gehilfe, so hat keiner der Beteiligten einen Anspruch auf Schadensersatz (arg. e contrario § 22 Abs. 2 KO. und Jaeger Anm. 16 dort).

d) Kündigt kein Teil und setzt sich das Verhältnis im Konkurse fort, so ist der Anspruch des Gehilfen von der Konkurseröffnung ab für die ganze Dauer seines Vertrages Masseanspruch nach § 59 Nr. 2. Andererseits darf der Verwalter den Gehilfen auch bei wichtigen Gründen entlassen; der Gehilfe muß die Entlassung durch den Verwalter auch gegenüber dem Gemeinschuldner gelten lassen, insbesondere auch die Gründe des Konkursverwalters (RG. in JW. 03, 389[20]). Der Verwalter seinerseits darf auch Pflichtwidrigkeiten geltend machen, die schon vor der Konkurseröffnung begangen sind (RG. in JW. 97, 468[30]). —

Neben dem Kündigungsrechte des § 22 KO. wird man dem Gehilfen wegen des Konkurses des Prinzipals meist auch ein sofortiges Kündigungsrecht geben müssen. Indessen hat er in diesem Falle keinen Anspruch auf Schadensersatz. Denn man kann nicht sagen, daß der Konkurs ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals ist (§ 70 Abs. 2 HGB.; vgl. auch Anm. 6 zu § 71).

Hat der Engagementsvertrag **Geschäftsbesorgungen** (über diesen Begriff s. Jaeger § 22 KO. Anm. 10) zu seinem Inhalt, so erlischt mit der Eröffnung des Konkurses nicht nur der Auftrag hierzu, sondern eo ipso das ganze Dienstverhältnis gemäß § 23 Abs. 2 der KO. (abweichend Staub 6./7. Aufl. und die dort zitierten Cosack und Gareis; unserer Ansicht Jaeger § 22 Anm. 10; vgl. auch entsprechendes für den Agenturvertrag § 92 Anm. 12).

Über den Einfluß des Konkurses des Lehrherrn auf den Lehrvertrag s. § 77 Anm. 7.

Wegen des Konkurses des Gehilfen s. § 72 Anm. 10.

6. **Auch das allgemeine, im BGB. gegebene Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Verträgen** ist hier nicht aufgehoben. Die Absicht des Gesetzes geht nicht etwa dahin, durch den § 70 die allgemeinen Verzugsvorschriften bei zweiseitigen Verträgen hier außer Anwendung zu setzen (so auch Düringer-Hachenburg I 193 u. 221). Vielmehr bestehen sie daneben fort, werden aber hier wohl kaum praktische Bedeutung erlangen, da die §§ 70—72 den fraglichen Bedürfnissen vollauf Genüge leisten. Nach § 326 BGB. muß der Prinzipal dem Gehilfen, der mit Leistung seiner Dienste im Verzuge ist, eine Frist setzen, innerhalb deren dieser die Dienste zu leisten hat, und kann nach deren Ablauf vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nicht- Anm. 29.

§ 70. erfüllung beanspruchen. § 72 Abs. 1 Nr. 2 gibt ihm aber das Recht der sofortigen Kündigung bei unbefugtem Verlassen des Dienstes oder bei beharrlicher Weigerung. Das führt den Prinzipal schneller und einfacher zum Ziele. Das Ziel aber wird das gleiche sein. Denn auch nach § 72 Abs. 1 Nr. 2 kann er bei vertragswidrigem Verhalten Schadensersatz wegen der Nichterfüllung verlangen. Erfüllt der Prinzipal seine Verpflichtungen nicht, so gibt dem Gehilfen § 71 Nr. 2 genügenden Schutz; der Gehilfe braucht auf § 326 BGB. nicht zurückzugehen, der ihn insofern vielleicht ungünstiger stellen könnte, als hier schuldhafte Nichterfüllung vorausgesetzt wird.

Übrigens bedarf es der Fristsetzung aus § 326 BGB. nicht, wenn eine positive Vertragsverletzung vorliegt (hierüber Erl. zu § 374).

Anm. 80. **Zusatz 2. Verschieden von der Entlassung des Handlungsgehilfen ist der Verzicht auf seine Dienste.** Erklärt der Prinzipal diesen Verzicht, so kann der Handlungsgehilfe gleichwohl die Gegenleistung verlangen. Unter Umständen wird aber der Verzicht auf die Dienste und die Weigerung, die Dienste entgegenzunehmen, dem Gehilfen das Recht geben, ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen. So z. B. wenn der Gehilfe darauf Wert legt, zum Zwecke der Ausbildung seiner Fähigkeiten, sich in dem Geschäfte zu betätigen. Oft wird auch in der dauernden Untätigkeit eine so erhebliche Beeinträchtigung seiner sozialen Stellung liegen, daß er daraufhin sofort kündigen kann. Soll der Prinzipal gleichzeitig auf Schadensersatz belangt werden können, so muß darüber hinaus auch noch die Sache so liegen, daß der Prinzipal zur Gewährung der Beschäftigung verpflichtet war. Denn nur dann liegt in der Entziehung der Beschäftigung ein vertragswidriges Verhalten nach § 70 Abs. 2. Im allgemeinen hat der Prinzipal keine Pflicht, dem Handlungsgehilfen Arbeit zu gewähren (§ 611 BGB.). Eine Klage auf Gewährung der vereinbarten Beschäftigung, auf Belassung in seiner bisherigen Funktion hat der Gehilfe überhaupt nicht, außer wenn ein solcher Anspruch deutlich vereinbart war (vgl. Anm. 32 zu § 59).

Anm. 81. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Vgl. Anm. 1 u. 2 zu § 59; ferner Lehmann-Ring Nr. 9.

§ 71.

§ 71. Als ein wichtiger Grund, der den Handlungsgehülfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird;
2. wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt;
3. wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert;
4. wenn sich der Prinzipal Thätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumuthungen gegen den Handlungsgehülfen zu Schulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehülfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.

Der vorliegende Paragraph gibt einige Beispiele von wichtigen Gründen zur sofortigen Kündigung zugunsten des Handlungsgehilfen.

Anm. 1. 1. **Die Bedeutung dieser Beispiele** besteht darin, daß sie dem Richter einen Anhaltspunkt für sein Ermessen geben sollen, keineswegs sollen sie ihm eine Schranke sein. Sie sind vielmehr **weder erschöpfend noch zwingend** (vgl. den Zwischensatz: „sofern nicht" . . . „rechtfertigen"; die Beweislast für diese Ausnahme trifft den Prinzipal; s. a. Anm. 1 zu § 72). Auch durch Vertrag kann über die Wichtigkeit der Gründe Bestimmung getroffen werden (vgl. Anm. 10 zu § 70). Weiteres über den Begriff „wichtiger Grund" Anm. 5—10 zu § 70.

2. **Die gesetzlichen Beispiele sind:** **§ 71.**

Nr. 1. **Unfähigkeit des Handlungsgehilfen zur Fortsetzung der Dienste,** und zwar keine nur vorübergehende. Vorausgesetzt ist nicht eine vollständige und dauernde Arbeitsunfähigkeit, sondern es genügt Unfähigkeit zur Fortsetzung der dem Gehilfen obliegenden Dienste (KB. 60; Fuld 81). Das wird insbesondere der Fall sein, wenn der Gehilfe krank und infolgedessen zur Fortsetzung der Dienste unfähig wird, z. B. wenn jemand auf ärztliche Anordnung nicht mehr reisen darf. Ob der Gehilfe durch eigene Schuld oder durch Zufall unfähig wird, ist gleichgültig, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht. Anm. 2.

Nr. 2. **Nichtgewährung von Gehalt und gebührendem Unterhalt.** Darunter wird man aber nur eine wirkliche, nicht gerade wörtliche, Verweigerung verstehen können, nicht aber jede Nichtgewährung, die etwa auf bloßer Vergeßlichkeit oder auf augenblicklicher Verlegenheit, z. B. wegen Ausbleibens einer erwarteten Geldsendung, Verlegung des Kassenschlüssels, beruht. Die Verweigerung aber genügt ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden des Prinzipals, so daß eine unrichtige Auffassung über die Verpflichtung zur Gehaltszahlung oder Zahlungsunvermögen nicht entschuldigt. Auch das nicht vollständige Gewähren ist Nichtgewährung. Aber verhältnismäßig kleine Abzüge, z. B. 10 Mk. von 200 Mk. sind nicht entscheidend (Horrwitz 144; OLG. Hamburg in OLGR. 7, 385). Anm. 3.

Nr. 3. **Verweigerung der Schutzverpflichtungen nach § 62.** Eine beharrliche Verweigerung ist nicht erforderlich, andererseits ist die Verweigerung von Kleinigkeiten nicht ausreichend. Die Verweigerung setzt regelmäßig, aber nicht notwendig, eine Aufforderung seitens des Gehilfen voraus: unterläßt der Prinzipal wissentlich die Beseitigung schreiender Mißstände, so wird er sich nicht damit entschuldigen können, daß der Handlungsgehilfe ihn hierzu nicht aufgefordert hat (Düringer-Hachenburg I 228; a. A. Goldmann I 346). Anm. 4.

Nr. 4. **Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen, unsittliche Zumutungen, verweigerter Schutz gegen derartige Handlungen.** Die Tätlichkeit braucht nicht schwerer Natur zu sein, jede körperliche Züchtigung ist dem Prinzipal untersagt. Immerhin können die Umstände des Falles aus besonderen — vom Prinzipal zu beweisenden — Gründen auch eine Tätlichkeit entschuldigen, so z. B. wenn der Gehilfe frech und herausfordernd gewesen ist und den Prinzipal erheblich gereizt hat. Wohl aber muß die Ehrverletzung in der Regel eine erhebliche sein, um berücksichtigt zu werden. Nicht alles, was nach den §§ 185 ff. StrGB. als Beleidigung aufzufassen ist, ist eine erhebliche Ehrverletzung im Sinne unseres Paragraphen (RG. in JW. 92, 482[17]). Tadelnde Bemerkungen, selbst harte Redensarten, selbst ungeeignete, unanständige Worte fallen nicht darunter, wenn sie nicht wirklich die Ehre des Gehilfen in erheblicher Weise verletzen. So ist z. B. die in einem Prozesse zur Sprache gekommene Redensart: „halten Sie die Schnauze!" wohl unangemessen, aber nicht notwendig eine erhebliche Ehrverletzung. Doch kann in der öfteren Wiederholung solcher Redensarten (wer Nachsicht übt, gibt keinen Freibrief zur Fortsetzung, RG. in JW. 92, 219[22]), unter besonderen Umständen auch in ihrem einmaligen Gebrauche eine so erhebliche Geringschätzung des Gehilfen erblickt werden, daß hiermit das Kriterium erfüllt werden kann (RG. in JW. 04, 149[23]: wiederholte Redensarten, wie „ein richtiger Waisenknabe", „ein richtiger Esel" in Gegenwart jüngerer Angestellter). Das Aussprechen des Verdachts des Diebstahls ist eine erhebliche Ehrverletzung (LG. I Berlin in KGBl. 01, 10), es sei denn, daß der Vorwurf auf Grund wichtiger Momente unter vier Augen erhoben ist und der Prinzipal sich nachher entschuldigt. Erheblich ist der öffentliche Vorwurf der Unterschlagung, verbunden mit der Androhung strafrechtlicher Verfolgung (RG. in JW. 92, 482[17]). — Bei wechselseitigen Beleidigungen hat der Teil kein Recht, sie zur sofortigen Kündigung zu benutzen, der sie selbst durch schwere Provokation hervorgerufen hat (RG. in JW. 92, 274[20]; s. auch § 72 Anm. 1). Anm. 5

Die Verweigerung des Schutzes gegen Tätlichkeiten, Ehrverletzungen und unsittliche Zumutungen setzt in der Regel eine Aufforderung zur Gewährung des Schutzes voraus, aber nicht notwendig (s. Anm. 4). Weibliche Handlungsgehilfen werden oft aus Scham-

§ 71. gefühl die Bitte um Schutz unterlassen, zumal wenn sie sahen, daß der Prinzipal derartige Ungehörigkeiten bemerkt hat. Kenntnis des Prinzipals aber ist notwendig, sonst kann man von einer Weigerung nicht sprechen. Andererseits ist der Handlungsgehilfe auch dann berechtigt zu kündigen, wenn der Prinzipal sich in gutem Glauben weigert, den Schutz zu gewähren, z. B. weil er seinem Prokuristen, der die Ehrverletzung leugnet, mehr glaubt, als dem Handlungsgehilfen, der sich beschwert. Nicht das Verschulden des Prinzipals ist hier der Kündigungsgrund, sondern die Schutzlosigkeit des Gehilfen, den der Gesetzgeber aus solcher hilflosen Lage befreien will, ohne ihn an seinem Vermögen zu schädigen (AG. I Berlin KGBl. 99, 65).

Anm. 6. 3. **Andere Beispiele sind:** Analog obiger Nr. 1 wird man dem Handlungsgehilfen das Recht zur sofortigen Kündigung geben müssen, wenn er zu Hause unentbehrlich ist, z. B. den kranken Vater in der Landwirtschaft vertreten oder für die kranke Mutter das Geschäft führen muß. Ferner: Konkurseröffnung über das Vermögen des Prinzipals ist unter Umständen ein Aufhebungsgrund für den Gehilfen (ROHG. 19, 393; s. Anm. 28 zu § 70); daneben besteht das im § 22 der KO. vorgesehene Lösungsrecht. Ferner: Zumutung strafbarer oder unsittlicher Handlungsweise; ungerechtfertigte Prokuraentziehung (OLG. Braunschweig in ZHR. 37, 535), wobei aber zu bemerken ist, daß Prokuraentziehung nach erfolgter Kündigung regelmäßig kein sofortiger Kündigungsgrund sein wird (OLG. Hamburg in ZHR. 46, 485); bei einem auf Tantieme angestellten Reisenden Anstellung eines zweiten Reisenden für dasselbe Reisegebiet (OLG. Colmar im „Recht“ 02, 592); bei einem Betriebsleiter Anstellung eines zweiten Betriebsleiters neben ihm (OLG. Stuttgart bei Warneyer 2, 192[10]); Schikanierung des Gehilfen; Verübung ehrenrühriger oder strafbarer Handlungen durch den Prinzipal, deren Schwere es als eine Zumutung an den Angestellten erscheinen ließe, die Beziehungen aufrecht zu erhalten (Düringer-Hachenburg I 224).

Über Tod des Prinzipals und Geschäftsveräußerung s. Anm. 26 u. 27 zu § 70.

Anm. 7. **Übergangsfrage.** Hierüber siehe Anm. 31 zu § 70.

§ 72.

§ 72. Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt;
2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;
3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
4. wenn er sich Thätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zu Schulden kommen läßt.

Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im § 63 bezeichnete Anspruch des Gehülfen nicht berührt.

Der Paragraph gibt Beispiele von Entlassungsgründen zugunsten des Prinzipals.

Anm. 1. 1. **Die Bedeutung der Beispiele** liegt darin, daß sie Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen sein sollen. Sie sind aber nicht erschöpfend (ROHG. 4, 398; 6, 214; 10, 185). Das

§ 72. Gericht kann auch andere Gründe für wichtig erachten, unter Umständen auch solche, die den Tatbestand eines der Beispiele des vorliegenden Paragraphen nur teilweise darstellen; so kann z. B. eine geringe Ehrverletzung (Nr. 4) oder eine sechswöchentliche Militärübung (Nr. 3) oder eine nicht beharrliche Weigerung (Nr. 2) unter Umständen ein Entlassungsgrund sein. Die Beispiele des vorliegenden Paragraphen sind aber auch nicht zwingend (vgl. a. § 71 Anm. 1; zust. OLG. Colmar in OLGR. 9, 249). Nach seinem Ermessen kann der Richter auch beim Vorliegen einer der hier aufgezählten Tatbestände aus besonderen Gründen (für sie trifft den Gehilfen die Beweislast; gl. A. Lehmann in DJZ. 02, 555 und Litthauer-Mosse Anm. 1; a. A. OLG. Dresden in OLGR. 3, 80; s. a. § 71 Anm. 1) die Aufhebung des Verhältnisses für ungerechtfertigt erachten, so z. B. wenn die Veruntreuung gar zu geringfügig ist, sich etwa auf eine Zigarre oder ein paar Schuhsenkel erstreckt, oder wenn der Handlungsgehilfe zu der Ehrverletzung arg herausgefordert wurde, oder sofort um Entschuldigung gebeten hat. Die arge Provokation durch den Prinzipal insbesondere kann sehr wohl geeignet sein, das Verhalten des jungen Mannes zu rechtfertigen, z. B. wenn ihn der Prinzipal „Schwindler, Betrüger, frecher Patron" genannt und er hierauf „Gemeinheit und Erpressung" dem Prinzipal vorgeworfen hat. Man darf nicht sagen, der Gehilfe müsse sich Genugtuung für die ihm angetane Beleidigung von dem Strafrichter holen, dürfe aber keineswegs beleidigend erwidern (Bolze 13 Nr. 393; vgl. auch § 71 Anm. 5). Überschreitet die Erwiderung das zur Abwehr erforderliche Maß, so ist sie Entlassungsgrund (OLG. Karlsruhe in Bad. Rspr. 04, 148: Der Prinzipal schrieb, „das Leben ist nicht nur in F., sondern überall teuer, wenn man sein Geld mit Weibern verpraßt oder durch Spielen vergeudet", worauf der Gehilfe den Prinzipal in der Antwort „einen ganz gemeinen Schuft nennt, der sich als moralisch geohrfeigt betrachten könne"). — Auch durch Vertrag kann über die Wichtigkeit der Gründe Bestimmung getroffen werden (vgl. Anm. 10 zu § 70). Weiteres über den Begriff der „wichtigen Gründe" Anm. 5—9 zu § 70.

Anm. 2. Nr. 1. **Untreue, Vertrauensmißbrauch oder Übertretung des Konkurrenzverbots.** Untreue nach Handelsrecht ist nicht etwa gleichbedeutend mit der Untreue nach § 266 des Strafgesetzbuchs (zust. OLG. Kassel in ZHR. 42, 517). Die hier gemeinte braucht weder strafbar zu sein, noch den Prinzipal zu schädigen (Bolze 13 Nr. 391); die Erschütterung des Vertrauens ist das Wesentliche (zust. OLG. Bamberg in OLGR. 5, 268). Untreue liegt vor, wenn der Gehilfe bewußt die sittliche Pflicht verletzt, das seinige zu tun, um die Interessen des Geschäfts zu fördern und alles zu unterlassen, was sie gefährdet (so mit Recht OLG. Zweibrücken bei Holdheim 12, 210). Der Vertrauensmißbrauch kann auch in nicht dolosen Handlungen bestehen, so z. B. wenn der Prinzipal dem Kommis allgemein das Nachmessen eines Warenpostens anvertraut und dieser die Nachmessung einem ungewandten oder unzuverlässigen Unterbeamten überläßt; oder wenn sich sämtliche Angestellte zu gemeinsamen exorbitanten Forderungen und zur Drohung mit einem Massenaustritt zusammentun (OLG. Dresden in OLGR. 6, 4). Unter die vorliegende Rubrik fallen: fälschliches Vorgeben von Krankheit bei Dienstversäumnis (Handelsgericht Stuttgart in ZHR. 21, 564); Angabe eines falschen Namens beim Engagement („Cohrs" statt „Cohn" in KGBl. 04, 58); Berechnung von Spesen, die nicht verbraucht sind (Bolze 6 Nr. 515; OLG. Bamberg a. a. O.), oder von Reisetagen, die nicht zu Handlungsreisen verwendet worden sind; Annahme von Schmiergeldern (KfmG. Stettin in „Gew.- u. KfmGer." 11, 201; s. a. § 59 Anm. 46); Tilgung von Privatschulden an Dritte durch Aufrechnung von Forderungen des Prinzipals (Bolze 13 Nr. 391); Einsendung erdichteter oder zweifelhafter Bestellungen durch Reisende (ROHG. 21, 393), abgesehen von Ausnahmefällen, wenn der Prinzipal dahingehende Anforderungen stellt (OLG. Dresden in OLGR. 3, 79: „Sie müssen sehen, daß Sie Geschäfte machen, auf welche Art ist egal, und wenn Sie die Leute auf den Kopf stellen"); Weigerung des Reisenden, die vereinnahmten Gelder herauszugeben, weil er sie auf das künftige Salär verrechne (ZHR. 8, 164); unbefugtes Eröffnen von Briefen (BuschA. 21, 349); Verrat von Geschäftsgeheimnissen (ROHG. 19, 115; vgl. Anm. 38ff. zu § 59); Erteilung von Rat an einen Konkurrenten des

§ 72. Prinzipals behufs Herstellung von Konkurrenzwaren (Bolze 6 Nr. 517); **Beeinflussung von Kunden zugunsten eines Konkurrenzgeschäfts** (Holdheim 12, 210); **Verleitung anderer Angestellten** zum Kontraktbruch gegen den Prinzipal, ja auch nur Förderung solchen **Bruches** (KfmG. Breslau in „Gew.= u. KfmGer." 11, 177); **Verbreitung ungünstiger Nachrichten über** die Geschäftsverhältnisse des Prinzipals, selbst wenn sie wahr sind (OLG. Kassel in ZHR. 42, 517). Es genügt jedoch nicht die Anfertigung von Notizen über Einkaufspreise, Adressen oder sonstige Geschäftsvorgänge zum Privatgebrauch (LG. Frankfurt in ZHR. 34, 574; anders RG. in JW. 96, 700[35]), es sei denn, daß ein ausdrückliches Verbot ergangen wäre. Ohne dieses Verbot aber auch dann nicht, wenn der Gehilfe beim Suchen einer neuen Stellung dem künftigen Prinzipal verspricht, ihm diese Notizen nach Antritt des neuen Dienstes zugänglich zu machen (zu weitgehend BuschA. 16, 158). Wohl aber ist es Entlassungsgrund, wenn ihm die Gründung eines Konkurrenzgeschäfts verboten war und er sich zum Zwecke solcher Gründung Notizen macht (RG. in ZHR. 46, 492), oder wenn er wesentliche geschäftliche Vorkommnisse trotz allgemein übernommener Schweigepflicht weiter mitteilt (RG. in JW. 00, 75[13]), oder wenn er Geschäftsgeheimnisse in Verletzung des § 9 des UnlWG. verrät (vgl. § 59 Anm. 38). — Auch schon begründeter Verdacht der Unredlichkeit bei objektiver Pflichtwidrigkeit hat der Praxis genügt (ROHG. 4, 398; OLG. Hamburg in ZHR. 46, 491), jedoch wohl mit Unrecht: Verdacht ist kein Beweis und kann wohl Anlaß zur Kündigung, aber nicht Grund zur Entlassung sein (mit uns übereinst. OLG. Zweibrücken bei Holdheim 12, 210).

Übertretung des Konkurrenzverbots von § 60; geringfügige Übertretung des Verbots ist jedoch kein Entlassungsgrund (ROHG. 19, 115).

Anm. 3. Nr. 2. **Dienstverweigerung und Dienstversäumnis.**

a) **Dienstverweigerung.** Nicht jeder geringfügige Widerspruch gegen einen erteilten Dienstbefehl genügt als Weigerung (zust. OLG. Bamberg in OLGR. 5, 268: ein Reisender war saumselig in der Mitteilung seiner jedesmaligen Adresse). Die Weigerung muß ferner beharrlich sein. Bei Dienstverweigerung nur für einen Vormittag wird die Beharrlichkeit fraglich sein (LG. I Berlin in KGBl. 00, 22). Unfraglich ist sie aber bei eigenmächtiger und grundloser Unterbrechung der Tour seitens eines Reisenden (OLG. Hamburg in OLGR. 6, 4). Ein baldiges Aufgeben der Weigerung ist geeignet, ihr die zur Vertragsaufhebung führende Spitze abzubrechen; doch kommt es auch hier auf die Lage des Einzelfalles an.

b) **Dienstversäumnis.** Sie muß erheblich und unbefugt sein.

Anm. 4. α) **Erheblich.** Unter Umständen kann schon eine eintägige Unterbrechung genügen (HAG. München im BuschA. 30, 160), unter Umständen auch schon eine mehrstündige, z. B. bei Fabriken, die eine Unterbrechung in der Leitung ohne erheblichen Schaden nicht vertragen, oder während lebhafter Geschäftszeit, z. B. an dem goldenen Sonntag vor Weihnachten (prinzipiell zust. OLG. Braunschweig in BraunschwZ. 51, 116). Im Zuspätkommen, das in Gehaltsprozessen eine große Rolle spielt, sieht die Praxis einen Entlassungsgrund nur dann, wenn der Gehilfe wiederholt zu spät kommt, obgleich ihm für den Fall der Wiederholung die Entlassung angedroht wurde. Bloße Unpünktlichkeit ist im allgemeinen kein Entlassungsgrund (vgl. Bolze 15 Nr. 277).

Anm. 5. β) **Unbefugt.** Das bedeutet, wie es früher im Art. 64 Nr. 3 hieß, ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund. Rechtmäßig ist zunächst dasjenige Hindernis, das dem Gehilfen ein Recht gibt, den Dienst zu versäumen; so insbesondere, wenn dies nach der Kündigung zum Zwecke der Aufsuchung eines neuen Dienstes erfolgt (vgl. Anm. 13 zu § 66), oder wegen der Bestimmungen über die Sonntagsruhe usw. (§ 59 Anm. 28). Aus dem Geiste des Gesetzes ist aber zu entnehmen, daß als rechtmäßig auch dasjenige Hindernis zu betrachten ist, das in Erfüllung höherer Pflichten seinen Grund hat. Der Handlungsgehilfe ist in solchen Fällen durch eine Art Notstand entschuldigt. Diese höheren Pflichten können verschiedener Art sein.

Obenan steht die Pflicht um das Wohl und Wehe der eigenen Person. Es entschuldigt daher Krankheit, und zwar für kürzere Zeit, schon wenn man sich unpäßlich und

krank fühlt (LG. I Berlin in KGBl. 01, 20), für längere Zeit, wenn sie so erheblich ist, § 72. daß der Gehilfe seine Dienste nicht zu leisten vermag. Dabei muß auch der Gehilfe das seinige tun, um zu genesen, und darf nicht umgekehrt durch seine Lebensweise den Heilungsprozeß aufhalten (LG. I Berlin in KGBl. 90, 6). Daß er aber auf der Straße gesehen wurde, ist noch kein Beweis, daß er gegen diese Pflicht gefehlt hat. Das gleiche gilt vom Besuchen öffentlicher Lokale, da es Leiden gibt, welche die Arbeitsfähigkeit ausschließen, sehr wohl aber den Besuch öffentlicher Lokale gestatten (KG. in KGBl. 94, 26). — Der Gehilfe ist ferner entschuldigt, wenn dringende Sorge um das Wohl seiner Angehörigen ihn abgehalten hat. Nach den Tatumständen ist zu beurteilen, ob es sich um so nahe Angehörige und um eine so schwere Krankheit und um ein so dringendes Bedürfnis seiner Anwesenheit handelte, daß das Ausbleiben für gerechtfertigt erachtet werden kann. Auch religiöse Pflichten können einen rechtmäßigen Hinderungsgrund abgeben, so z. B. wenn der jüdische Handlungsgehilfe an hohen Festtagen ausbleibt (a. A. Makower I 125). Angesichts des § 62 Abs. 2 kann dies, obwohl er nur von dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Gehilfen handelt, nicht zweifelhaft sein (für Berlin betreffs der jüdischen Neujahrsfeiertage von den Ältesten bezeugt, Dove-Apt 6; das gleiche muß dann selbstverständlich für das Versöhnungsfest gelten). Überall werden hierbei die Anschauungen des Ortes, auch die des Gehilfen in Betracht zu ziehen sein; es ist ferner nicht aus den Augen zu lassen, daß eine große Anzahl Menschen sich zwar nicht an alle Satzungen der Religion hält, aber dennoch an den hohen Festtagen das Bedürfnis fühlt, den Gottesdienst zu besuchen (gl. A. Horrwitz 46). (Diese letztere Erfahrung läßt das Urteil des LG. I Berlin in KGBl. 90, 36 außer Betracht.) Auch die Betätigung politischer Pflichten (Wahl zum Reichstag) bildet einen rechtmäßigen Hinderungsgrund; desgleichen die Betätigung der allgemeinen Zeugenpflicht. Dagegen ist ein Wegbleiben zum Zwecke der Teilnahme an Vereinsfestlichkeiten, Stiftungsfesten, Ausflügen, auch an Familienfesten oder an patriotischen Feiern nicht als befugt anzusehen. Ausnahmen können auch hier Platz greifen (z. B. die eigene Hochzeit).

γ) **Zu beweisen** hat der Prinzipal nicht bloß das Fortbleiben, sondern auch den Mangel des rechtmäßigen Hinderungsgrundes, also insbesondere, daß der Gehilfe nicht krank war (ROHG. 7, 262; anders Dernburg PrPr. II § 193[10] und Horrwitz 137); selbstverständlich nur, soweit es sich um die Rechtfertigung der Entlassung, der Gehaltsverweigerung für die Zukunft handelt. Soweit es sich um den Lohn für die Zeit der Dienstversäumnis selbst handelt, hat der Gehilfe darzulegen, warum er trotz Nichtleistung der Dienste den Vertrag nicht verletzt habe. Aber auch, soweit es sich um die Gehaltsverweigerung für die Zukunft handelt, hilft die freie Überzeugungstheorie dem Prinzipal insofern, als aus der Weigerung des Gehilfen, nähere Angaben über seine Krankheit zu machen, genügende Schlüsse gegen den Gehilfen gezogen werden können. Anm. 6.

Im allgemeinen und abgesehen von besonderen Umständen wird man den Gehilfen für verpflichtet halten müssen, sich von dem durch den Prinzipal benannten Arzte untersuchen zu lassen; freilich erst nach Aufforderung durch den Prinzipal und auf dessen Kosten (vgl. auch LG. I Berlin in KGBl. 04, 105). Die Verneinung dieser Pflicht (vgl. z. B. Horrwitz 138) entspricht nicht dem Verhältnisse zwischen Gehilfen und Prinzipal. Hat aber der Gehilfe einen Kassenarzt konsultiert, so liegt in der Weigerung, sich durch den vom Prinzipal geschickten Arzt untersuchen zu lassen, kein Entlassungsgrund (LG. I Berlin in KGBl. 03, 58).

δ) Hat übrigens der Gehilfe sein Ausbleiben **nicht rechtzeitig entschuldigt**, so wird schon dies in der Regel ein Entlassungsgrund sein (KG. in KGBl. 99, 80), es sei denn, der Hinderungsgrund war so beschaffen, daß der Gehilfe auch behindert war, sich zu entschuldigen. Auch hier hat der Prinzipal zu beweisen, daß der Gehilfe sich nicht entschuldigt hat; denn darin liegt der die Entlassung rechtfertigende Respektmangel. Anm. 7.

Nr. 3. **Anhaltende Krankheit, längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit, oder mehr als achtwöchentliche militärische Dienstleistung.** Anm. 8.

§ 72. Anhaltende Krankheit ist die, deren Ende sich nicht absehen läßt oder die voraussichtlich erheblich lange dauern wird. Eine Krankheit, die nur sechs Wochen dauert, wird man angesichts des § 63 nicht als anhaltende ansehen können (anders Horrwitz 140 und Goldmann I 351). Für die Entscheidung dieser Frage kommt es übrigens auf die Lage an, wie sie sich zu der Zeit gestaltet, wo die Entlassung ausgesprochen wird bezw. ausgesprochen werden soll. Ist in diesem Augenblick die Krankheit als eine in absehbarer, verhältnismäßig kurzer Zeit endende anzusehen, so ist sie keine anhaltende Krankheit, mag sie auch bis zu jenem Zeitpunkte bereits erheblich lange gedauert haben (ebenso OLG. Karlsruhe in OLGR. 3, 77 und OLG. Kassel im „Recht" 04, 634). — Bloße Kränklichkeit, d. h. eine anhaltend leidender Zustand, öfters mit Unterbrechungen, aber immer nur auf kurze Zeit an der Dienstverrichtung verhindert, ist jetzt nicht mehr hervorgehoben. Unter Umständen kann auch dies Entlassungsgrund sein, z. B. bei einer noch jahrelang laufenden Vertragsdauer. Krankheit, die nicht anhaltend ist, wird ebenfalls nicht hervorgehoben, kann aber ebenfalls Entlassungsgrund sein, wenn ein besonderer Grund hinzutritt, z. B. wenn sie ekelerregend ist (OTr. Berlin in ZHR. 14, 538). Geschlechtliche Krankheit ist an und für sich kein Entlassungsgrund. Sie ist zwar verschuldet im Sinne des § 63 (s. dort Anm. 2), aber darum noch kein Entlassungsgrund im Sinne des § 72, selbst nicht notwendig bei der Handlungsgehilfin (vgl. KG. in KGBl. 94, 26).

Freiheitsstrafen können, auch wenn sie kurz sind, nach Lage des Falles Entlassungsgrund sein, z. B. wenn sie wegen einer unehrenhaften Handlung oder wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels erfolgt sind, nicht z. B. wenn ihr Grund eine fahrlässige Körperverletzung ist (vgl. Anm. 1).

Die Hervorhebung der mehr als achtwöchentlichen militärischen Übung ist eine Neuerung des jetzigen HGB. und entscheidet eine bisherige Streitfrage (s. a. § 63 Anm. 8).

Soweit diese Entlassungsgründe (zu Nr. 3) unter den Begriff **des unverschuldeten Unglücks fallen** (vgl. hierüber zu § 63), wird durch die Entlassung der im § 63 bezeichnete Anspruch auf die Vergütung für 6 Wochen nicht berührt, wie im **Abs. 2 unseres Paragraphen bestimmt ist.** Damit ist aber, ebensowenig wie im § 63 (vgl. Anm. 4 daselbst), gesagt, daß der Handlungsgehilfe unter allen Umständen seine Vergütung für die Dauer von 6 Wochen erhalten muß. Vielmehr kann der Prinzipal durch die Entlassung nicht schlechter gestellt werden, wie wenn er gekündigt hätte. Der Handlungsgehilfe hat also Anspruch auf diese Vergütung für so lange Zeit, wie er sie bei ordnungsmäßiger Kündigung oder sonstiger Vertragsbeendigung, auch z. B. bei Lösung des Verhältnisses im gegenseitigen Einverständnis, gehabt hätte; nur niemals auf länger als 6 Wochen. Keineswegs beginnt die sechswöchentliche Frist in solchem Falle vom Tage der sofortigen Kündigung, sondern vom Tage, an dem die Dienstleistung aufhörte (OLG. Karlsruhe in OLGR. 3, 77). — Über den Fall, daß der Handlungsgehilfe vor der wegen unverschuldeten Unglücks erfolgten Entlassung, aber innerhalb der 6 Wochen stirbt, s. Anm. 4 zu § 63.

Anm. 9. Nr. 4. **Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal** oder **dessen Vertreter** (vgl. hierzu oben Anm. 1). Selbstverständlich hat der Handlungsgehilfe den Prinzipal mehr zu respektieren, als umgekehrt. Auch hier ist die Ehrverletzung nicht vom Standpunkte des Strafrichters zu beurteilen (Bolze 15 Nr. 323; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 552). Bloßes unpassendes Benehmen, besonders als erstmalige Ausschreitung, fällt nicht darunter (OLG. Hamburg in ZHR. 42, 518), ebenso nicht eine wahre Strafanzeige (KG. in KGBl. 01, 121), wohl aber abfällige und verdächtigende Äußerungen (Bolze 17 Nr. 415; OLG. Dresden in OLGR. 3, 79), Drohungen (Bolze 15 Nr. 323) und kraß respektwidriges Betragen (OLG. Hamburg in OLGR. 6, 189). — Als Vertreter ist hier der zu erachten, der im Auftrage des Prinzipals den Betrieb oder den betreffenden Teil des Betriebes leitet; ob er Rechtsgeschäfte nach außen abschließen darf, ist unerheblich. Es ist an einen Stellvertreter im Befehlsrecht oder in der Aufsicht gedacht, z. B. einen Fabrikaufseher, einen Werkmeister, auch einen Buchhalter, dem Gehilfen oder Lehrlinge unterstellt sind (so mit Recht Gareis,

Lehrbuch § 20 S. 84[1]). — Auch Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen Mitangestellte können einen Entlassungsgrund bilden: nicht nur dann, wenn sie sich zugleich als Achtungsverletzung gegen den Prinzipal darstellen, sondern wenn sie überhaupt als „wichtiger Grund" nach den Umständen des Falles in Betracht kommen. Dadurch, daß die Nr. 4 diesen Fall nicht hervorhebt, ist er keineswegs ausgeschaltet, wie das LG. II Berlin (KGBl. 05, 98) zu Unrecht annimmt (vgl. Anm. 10 u. 1). § 72.

2. **Andere Beispiele** für den Paragraphen überhaupt (vgl. a. § 71 Anm. 6) sind: Zerrüttete Vermögensverhältnisse des Prokuristen (RG. 12, 102); Konkurseröffnung über das Vermögen des Handlungsgehilfen ist je nach der Wichtigkeit der Stellung des Handlungsgehilfen Entlassungsgrund (ROHG. 18, 24; sie ist aber kein Lösungsgrund aus § 22 der KO., Jaeger Anm. 8 dort; über den Konkurs des Prinzipals vgl. Anm. 28 zu § 70); Irrtum über die Unbescholtenheit des Gehilfen (Anm. 24 zu § 70); grobe Unredlichkeit in der früheren Stellung (RG. bei Puchelt Anm. 3); mangelhafte Schulbildung, unorthographisches Schreiben (Stadtgericht Frankfurt a. M. ZHR. 14, 541); beim Buchhalter schon unleserliche Handschrift; beim Korrespondenten sogar schon sehr unschöne Handschrift; überhaupt absolute oder auch unter Umständen besonders auffällige Unfähigkeit, die Stellung auszufüllen (OLG. Dresden in OLGR. 3, 78; s. a. Anm. 24 zu § 70); beim Buchhalter grobe Fehler in der Buchführung (Bolze 1 Nr. 997); Trunksucht (RG. bei Puchelt Anm. 3); Trunkenheit; das Ohrfeigen anderer Gehilfen im Geschäfte, wobei selbstverständlich — wie überall in diesem Paragraphen — die Umstände des Einzelfalles entscheiden (vgl. Anm. 9 a. E.); Verleitung anderer Gehilfen zur Untreue; ekelerregende Krankheiten unter Umständen (ObTr. Berlin in ZHR. 14, 538); vorgeschrittene Schwangerschaft in Verbindung mit ansteckender Krankheit, Krätze (LG. I Berlin in KGBl. 04, 85); Beleidigung der Ehefrau des Prinzipals (BuschA. 9, 380); Eingehen eines anderweiten Engagements zu einem früheren Termine, als der bestehende Engagementsvertrag endet, in solchem Falle braucht der Prinzipal nicht zu warten, bis der Zeitpunkt eingetreten, wo der Gehilfe den mit ihm bestehenden Vertrag wirklich brechen wird, um den andern zu erfüllen; Verleiten von Angestellten zur Aufhebung des Dienstverhältnisses und zum Eintritt in ein anderes Geschäft (vgl. ROHG. 19, 115; s. a. Anm. 8); erhebliche falsche Angaben beim Engagement über die Leistungen in der früheren Stellung, wenn die gegenwärtigen Leistungen im schroffen Widerspruche hierzu stehen (vgl. Anm. 24 zu § 70); unsittliches, mit der Stellung des Gehilfen unvereinbares Verhalten außerhalb des Geschäfts; unsittlicher Lebenswandel — ein Fall, der früher besonders hervorgehoben war (Art. 64 Nr. 6); gewerbsmäßiges Glücksspiel; aber nicht ohne weiteres außerehelicher Geschlechtsverkehr, selbst zwischen Angestellten (LG. Görlitz in Breslau AK. 17, 27), auch nicht Prahlen am Wirtshaustisch mit Glück bei Frauenzimmern (OLG. Hamburg in ZHR. 34, 573); auch nicht der abendliche Besuch öffentlicher Lokale durch eine Handlungsgehilfin in Herrenbegleitung (KG. in KGBl. 94, 26); ebenso nicht außerehelicher Beischlaf oder ein Konkubinatsverhältnis, wenn sie nach außen kein Ärgernis erregen, auch von der Handlungsgehilfin gilt dies (Kammergericht a. a. O.; RG. in Puchelts Z. 32, 15). Dagegen kann gegebenenfalls ein Konkubinatsverhältnis des Gehilfen, z. B. wenn er mit seiner Konkubine im Geschäftshause wohnt, Entlassungsgrund sein (RG. 38, 115), oder unsittlicher Verkehr, wenn er ihn in einer ihm im Geschäft überlassenen Wohnung treibt (OLG. Darmstadt in HessR. 5, 42). — Keinen Entlassungsgrund bietet politische Agitation irgendwelcher Art (LG. I Berlin in KGBl. 91, 28). Anm. 10.

Zusatz. Übergangsfrage. Hierüber s. Anm. 31 zu § 70. Anm. 11.

§ 73.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehülfe ein schriftliches Zeugniß über die Art und Dauer der Beschäftigung fordern. Das § 73.

§ 73. **Zeugniß ist auf Verlangen des Handlungsgehülfen auch auf die Führung und die Leistungen auszudehnen.**

Auf Antrag der Handlungsgehülfen hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

Lit.: Über das Dienstzeugnis vgl. Brückmann (Seufferts Bl. 69, 449ff. und 518ff.); Hilse (KGBl. 04, 37); Marcus („Recht" 02, 610); Oertel (SächsA. 12, 28ff.); Wittner (Holdheim 12, 176).

Das Recht des Handlungsgehilfen auf Ausstellung eines Zeugnisses. — Abs. 1 des § 73 entspricht, wenn auch nicht ganz wörtlich dem § 630 BGB.; vgl. auch die §§ 113 Abs. 1 u. 2, 114 GewO.

Anm. 1. 1. **Wer hat das Zeugnis zu verlangen?** Jeder Handlungsgehilfe, auch der zur Probe angestellte, auch der zur vorübergehenden Aushilfe angestellte (nicht bloß der dauernd angestellte, wie nach § 630 BGB.), auch der vorzeitig entlassene und sofort kündigende. Entläßt der Prinzipal den Gehilfen, so ist es nur eine Folge seines Standpunkts, daß er dem Gehilfen ein Dienstzeugnis ausstellt; denn er sieht ja das Verhältnis als beendigt an. Wenn der Gehilfe es seinerseits auch nicht so ansieht, wird er doch guttun, zur Verminderung seines Risikos seine Arbeitskraft anderweit zu verwenden, und der Prinzipal würde dolos handeln, wenn er das Dienstzeugnis verweigerte. Aber auch der vorzeitig kündigende Handlungsgehilfe kann vom Tage der sofortigen Kündigung an ein Zeugnis verlangen, weil er von da ab sich nach einer anderen Stelle umsehen muß, schon um den Schaden vom Prinzipal abzuwenden oder ihn zu verkleinern (vgl. Anm. 12 u. 20 zu § 70). Die Beendigung des Verhältnisses ist also hier nicht überall im streng juristischen Sinne zu nehmen (ebenso Fuld 53).

Anm. 2. 2. **Wer hat das Zeugnis auszustellen?** Der Prinzipal. Aber auch der Prokurist ist nach § 49 dazu befugt (OLG. Hamburg in OLGR. 3, 410), zumal wenn, wie oft bei großen Firmen, persönliche Beziehungen zwischen Prinzipal und Gehilfen fehlen (a. A. Horrwitz 104).

Anm. 3. 3. **Wann ist das Zeugnis auszustellen?** „Bei" (d. h. im Falle) der Beendigung des Dienstverhältnisses. Daraus wird mit Recht gefolgert, daß der Gehilfe schon vom Tage der Kündigung an das Zeugnis fordern kann (KB. 37; Horrwitz 105; Fuld 54; fast alle Kommentatoren des HGB.; OLG. Colmar in OLGR. 5, 265f.; abweichend Oertel a. a. O. und OLG. Darmstadt in OLGR. 3, 78); natürlich auch nachher, bis zum Ablauf der Verjährungszeit von 30 Jahren, da eine kürzere Frist nicht bestimmt ist, es sei denn, daß der Prinzipal nach Lage der Sache mit Recht geltend machen kann, ihm sei die Erinnerung an die zu bezeugenden Tatsachen abhanden gekommen. Marcus (a. a. O.) läßt das Recht auf ein Zeugnis erlöschen, wenn der Angestellte es nach seiner Entlassung nicht begehrt und ohne ein solches eine Stellung gefunden hat.

Wie aber, wenn der Gehilfe auf bestimmte Zeit engagiert war? Dann darf er das Zeugnis schon einige Zeit vor Beendigung des Dienstverhältnisses verlangen.

Anm. 4. 4. **Der Inhalt des Dienstzeugnisses** betrifft jedenfalls die Art und Dauer der Beschäftigung, und zwar in spezialisierter Weise über die Art; so kann z. B. ein Kommis, der als „erster Verkäufer" engagiert und beschäftigt war, ein dahingehendes Zeugnis verlangen (LG Karlsruhe in „Gew.- u. KfmGer." 11, 204). Der Gehilfe kann verlangen, daß außerdem Führung und Leistungen zu bescheinigen sind. Wider seinen Willen kann ihm ein Zeugnis über die Führung und die Leistungen nicht aufgedrängt werden (RG. bei Holdheim 7, 85). Kann der Gehilfe auch ein Zeugnis über Führung **oder** Leistungen allein verlangen? Wir verneinen dies. Schon nach dem Wortlaut des Gesetzes steht dies nicht in seinem Belieben. Auch könnte dadurch das Zeugnis für den Leser ein falsches Gesamtbild liefern, wenn z. B. die Leistung gut, die Führung schlecht war, aber letzteres auf Verlangen des Gehilfen nicht bescheinigt ist (ebenso Wittner bei Holdheim 12, 178; anders KG. in KGBl. 02, 28 und Horrwitz 106 in Abänderung seiner früheren Meinung). Verlangt der Gehilfe ein Zeugnis über die Führung, so kann auch das außerdienstliche Verhältnis (nicht aber das politische Verhalten) in Betracht gezogen werden. Auch kann der Entlassungsgrund angegeben werden,

aber auf Verlangen des Gehilfen muß alsdann der tatsächliche Vorgang mitgeteilt, nicht ein bloßes Urteil (z. B. wegen Ungehorsams, wegen liederlichen Lebenswandels, wegen Untreue usw.) angegeben werden (vgl. auch Auskunft der Berl. Ältesten bei Horrwitz 107). Weitere Angaben sind unstatthaft; so darf z. B. nicht bemerkt werden, daß der Prinzipal zur Ausstellung des Zeugnisse durch richterliches Urteil gezwungen wurde. Ebenso sind heimliche Merkmale unstatthaft (vgl. § 113 Abs. 3 GewO.), schon weil sie dem Gehilfen sein Nachprüfungsrecht nehmen. Das Zeugnis darf überhaupt keinen ungewöhnlichen Inhalt haben. Es muß so ausgestellt werden, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten (§ 242 BGB.). So ist z. B. die Annahme eines Zeugnisses über die Dauer der Beschäftigung mit Recht verweigert worden, das die Bescheinigung enthielt: Herr Müller war in meinem Geschäfte vom 1. April 1893 bis 15. Oktober 1896 „früh 9 Uhr" beschäftigt. Denn dieser Zusatz läßt die Deutung zu, als ob der Gehilfe plötzlich entlassen wäre. § 73.

Das Zeugnis muß in schriftlicher Form (§ 126 BGB.) erteilt werden.

5. **Die Bestimmung ist öffentlichen Rechts und unverzichtbar** (KB. 38). Auch ein nachträglicher Verzicht ist unverbindlich. Hieraus folgt wegen nachträglicher Zeugnisse: Sollte der Gehilfe beim Abgange erklären, er wünsche nur über die Dauer, nicht über die Art seiner Beschäftigung ein Zeugnis, so kann er diesen Verzicht widerrufen oder vielmehr unbeachtet lassen, da er unerheblich ist. Auch wenn er ursprünglich eine Ausdehnung des Zeugnisses auf die Führung und die Leistung nicht gewünscht oder sogar das Gegenteil verlangt, und ein Zeugnis über Art und Dauer schon angenommen hatte, so kann er nachträglich diese Ausdehnung verlangen (abweichend LG. I Berlin in KGBl. 05, 33). Denn es kann ja sein, daß sich solche Verzichte für sein Fortkommen als schädlich erweisen, und diese sein Fortkommen sichernde Bestimmung soll im öffentlichen Interesse seinem Verzichte nicht unterliegen. Aus dem gleichen Grunde kann der Gehilfe, wenn das Zeugnis über Führung und Leistungen schlecht ausgefallen ist, das Zeugnis zurückgeben und ein anderes nur über Art und Dauer verlangen (abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 4, der aber seine Stellung in den Vorarbeiten zu dieser Auflage geändert hat). Anm. 5.

6. **Berichtigung des Zeugnisses.** Der Gehilfe kann eine bestimmte Fassung des Zeugnisses (z. B. daß die Leistungen gute waren) nicht verlangen; denn die Formulierung ist Sache des Prinzipals (RG. in OLGR. 9, 252; entgegengesetzt OLG. Dresden in SächsA. 7, 553). Aber er kann Berichtigung des Zeugnisses verlangen, wenn es der Wahrheit nicht entspricht oder ungehörige Zusätze enthält. Dabei hat der Gehilfe die Beweislast (OLG. Hamburg in OLGR. 5, 269; vgl. auch Fuld, Beweislast bei Dienstzeugnissen im „Recht" 04, 626). Zweifellos hat er das Recht auf Berichtigung, wenn das Zeugnis Tatsachen enthält und diese unwahr sind. Aber auch dann, wenn es zwar ein Urteil enthält, dieses aber wider besseres Wissen abgegeben ist (OLG. Hamburg a. a. O.) oder aber nach objektiver Beurteilung der Sachlage ein offenbar unrichtiges ist (infolge falscher Informationen durch den Leiter einer Filiale oder gehässiger Einflüsterungen). Aber es muß ein offenbar unrichtiges Urteil sein. Solange man über das Urteil streiten kann, ist es Sache des Ermessens des Prinzipals (s. a. OLG. Hamburg OLGR. 10, 330). Anm. 6.

Die Berichtigung hat nicht mittels Durchstreichung der unrichtigen Sätze, sondern durch Ausstellung eines neuen Zeugnisses zu geschehen (OLG. Dresden im „Recht" 01, 472). — Bei einem neuen auf Beanstandung ausgestellten Zeugnis kann der Prinzipal mit Rücksicht auf ihm inzwischen bekannt gewordene Tatsachen vom Inhalt des alten abweichen, gleichviel ob sich die Beanstandung gerade auf diesen Punkt erstreckt hat (OLG. Kiel in OLGR. 9, 251: der Gehilfe verlangte einen Nachtrag über seine Führung, der Prinzipal berichtigte sein früheres Urteil über die Leistungen).

Entdeckt der Prinzipal später, daß sein Zeugnis unrichtig ist, so kann er es zurückfordern oder auch dadurch berichtigen, daß er dem Gehilfen ein neues Zeugnis oder einen Nachtrag, eine Berichtigung zusendet (Düringer-Hachenburg I 233). Der Gehilfe, der in diesem Falle nur von dem ersten Zeugnisse Gebrauch macht, begeht eine Täuschung.

§ 73. Anm. 7. 7. **Auf Ausstellung oder Berichtigung des Zeugnisses kann der Gehilfe klagen.** Der Anspruch ist ein vermögensrechtlicher im Sinne von § 546 CPO. (RG. in DJZ. 02, 384). Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 888 CPO. (Geldstrafe oder Haft). Außerdem aber kann der Gehilfe wegen der Weigerung zur Berichtigung oder Ausstellung in den geeigneten Fällen Schadensersatz beanspruchen.

Anm. 8. 8. Wegen eines unrichtig ausgestellten Zeugnisses kann der neue Prinzipal auf Schadensersatz klagen, aber nur, wenn vom alten Prinzipal gegen den § 826 BGB. gefehlt oder gegen die Grundsätze von der Empfehlung vorsätzlich verstoßen ist (s. a. Lehmann-Ring Nr. 2). Der § 823 BGB. kommt hier nicht zur Anwendung (vgl. RG. 51, 93; abw. 6./7. Aufl. Anm. 5); bloße Fahrlässigkeit genügt also nicht.

Zusatz. Übergangsfrage. Hierüber s. Anm. 1 u. 2 zu § 59. Die Vorschrift ist als zwingend zu betrachten (vgl. auch Lehmann in ZHR. 48, 35) und hat rückwirkende Kraft.

§ 74.

§ 74. **Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.**

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

Lit.: Steiner, Die Konkurrenzklausel nach dem neuen HGB., Stuttgart 98; **Reinshagen**, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen, Leipzig 03.

Einleitung. **Die §§ 74 und 75 regeln die Konkurrenzklausel nach Beendigung des Dienstverhältnisses.** Die Paragraphen füllen eine Lücke des alten HGB. aus, die sich außerordentlich fühlbar gemacht hat. Die auf diesem Gebiete zutage getretenen Mißbräuche einerseits, die Schwankung der Rechtsprechung andererseits verlangten gebieterisch eine gesetzliche Regelung.

In § 74 werden die Voraussetzungen der Gültigkeit behandelt. In § 75 wird die Frage erörtert, für welche Fälle der Vertragsauflösung die Konkurrenzklausel gilt. Ferner enthält § 75 eine Sonderbestimmung über die an die Verletzung des Verbots geknüpfte Vertragsstrafe.

Hervorgehoben mag noch werden, daß sich das Verbot nur auf **Handlungsgehilfen** (ebenso RG. 53, 155) bezieht (über den Begriff vgl. Anm. 7ff. zu § 59; über Konkurrenzverbote zwischen selbständigen Kaufleuten s. Anm. 33ff. zu § 22; über die Konkurrenzverbote mit höheren Gewerbegehilfen Art. 9 II EG. z. HGB.) und auf die Konkurrenz **nach Beendigung des Dienstverhältnisses** (über Konkurrenz während der Dauer des Dienstverhältnisses s. § 60).

Auch die Streitigkeiten aus den §§ 73, 74 unterliegen der Zuständigkeit der **Kaufmannsgerichte** (§ 5 Nr. 6 KfmGG).

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzungen der Gültigkeit sind:** die Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit darf nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreiten, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird. Eine Erstreckung des Verbots über 3 Jahre ist überhaupt unzulässig.

Anm. 2. a) Der Hauptton liegt also darauf, daß durch die Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit eine **unbillige Erschwerung des Fortkommens** des Handlungsgehilfen ausgeschlossen sein muß.

§ 74.

α) Eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit kann auch in der Verpflichtung zur Geheimhaltung von Fabrikationsgeheimnissen liegen, wenn dem Gehilfen dadurch die Erlangung einer anderen Stelle oder die Gründung einer selbständigen Existenz erschwert wird (RG. in Gruchot 47, 1002).

β) Wann die zulässigen Grenzen hinsichtlich der unbilligen Erschwerung des Fortkommens überschritten sind, kann nur im Einzelfalle gesagt werden. Die geschäftlichen Verhältnisse des Prinzipals einerseits, die des Gehilfen andererseits, auch die Frage, ob der Gehilfe etwa durch sein Gehalt ausreichend für die Konkurrenzenthaltung in einer bestimmten Zeit entschädigt ist, werden hier maßgebend sein. Die Aufgabe, die hier an die Gerichte gestellt wird, ist allerdings nicht unerfüllbar, aber außerordentlich schwer. Über die Auslegung im Einzelfalle s. unten Anm. 7ff. Einen sicheren Anhaltspunkt dafür, ob der Gehilfe gefahrlos Konkurrenz machen darf, wird er trotz der vorliegenden Gesetzesbestimmung und trotz der mannigfachen Entscheidungen, die auf diesem Gebiete bereits ergangen sind, nur selten haben. Meist wird ihm nichts übrig bleiben, als die Feststellungsklage, die freilich Zeit — und damit Geld — kostet.

Anm. 3. Die festgesetzte Zeitgrenze von 3 Jahren bedeutet natürlich nur, daß sie keinesfalls überschritten werden darf. Aber Konkurrenzverbote mit geringerer Zeitgrenze können unter Umständen ebenfalls dem § 74 zuwiderlaufen. Das Verbot über drei Jahre hinaus ist jedenfalls auf drei Jahre gültig, wenn es nicht aus anderen Gründen unwirksam ist. Die drei Jahre rechnen von der Beendigung des Dienstverhältnisses ab; das ist von der rechtlichen Beendigung ab. Da sich erst durch den Richterspruch herausstellt, ob die sofortige Kündigung eine gerechtfertigte war und deshalb zur Beendigung des Verhältnisses führte (vgl. Anm. 11 zu § 70), ist es bis dahin ungewiß, wann die vereinbarte Sperrzeit für die Konkurrenz beginnt.

Auch in Abs. 1 unseres Paragraphen ist unter Beendigung des Dienstverhältnisses die rechtliche Beendigung zu verstehen (vgl. § 60 Anm. 2).

Anm. 4. b) Die zweite Voraussetzung ist, daß die Vereinbarung nicht mit einem **minderjährigen** Handlungsgehilfen getroffen worden ist, gleichviel, ob der gesetzliche Vertreter hierbei mitgewirkt hat oder nicht, oder ob er nachher genehmigt. Eine solche Vereinbarung ist nichtig. Gültig wird sie erst durch eine Bestätigung gemäß § 141 BGB. In der Fortsetzung des Vertrages nach Eintritt der Großjährigkeit liegt sie nicht ohne weiteres (übereinst. KfmG. Mannheim in „Gew.- u. KfmGer." 11, 200). — Wird aber die Vereinbarung mit dem gesetzlichen Vertreter persönlich geschlossen, nicht mit dem Minderjährigen, so ist sie gültig (a. M. Goldmann I 360; Litthauer-Mosse Nr. 8); ist doch der Grund der Bestimmung, daß ein Minderjähriger in der Regel die Tragweite einer solchen Abmachung im vollen Umfange nicht zu würdigen vermag (D. 69). Gültig ist die Vereinbarung mit einem für volljährig Erklärten (§ 3 BGB.).

Anm. 5. 2. **Verstößt das Verbot gegen die gesetzlichen Erfordernisse,** so hat dies für die Regel nur auf das Konkurrenzverbot, nicht auf die übrigen Teile des Vertrages Einfluß: der Dienstvertrag bleibt für die Regel im übrigen gültig (vgl. den Exk. zu § 62). Dies gilt auch im Falle der Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen (zust. Reinshagen 29; hier anders Düringer-Hachenburg I 238). Das Konkurrenzverbot selbst ist freilich, wenn es mit einem Minderjährigen vereinbart ist, nichtig (Anm. 4). Abgesehen von diesem Falle aber liegt Nichtigkeit der Abrede nicht vor. Aber sie ist **„nur insoweit verbindlich"**, als die Grenzen der Billigkeit nicht überschritten sind. Sie ist nicht (wie nach der früheren Rechtsprechung, RG. 31, 98) unverbindlich, wenn diese Grenzen überschritten sind, sondern nur insoweit unverbindlich, als sie überschritten sind, also nur hinsichtlich des Übermaßes (vgl. D. 69; KB. 41; ebenso RG. in Gruchot 48, 369; OLG. Hamburg in OLGR. 7, 385). Dadurch entsteht für den Richter wiederum die schwierige Aufgabe, das Verbot inhaltlich zu ermäßigen und seine Grenzen so festzusetzen, daß der Billigkeit entsprochen ist; so ist z. B. ein ohne räumliche Begrenzung aufgestelltes Verbot auf den Ort der Niederlassung des Prinzipals und die Umgebung einzuschränken (OLG. Dresden in SächsOLG. 25, 214). Doch ist

§ 74. der Richter je nach den Umständen auch in der Lage, die ganze Konkurrenzklausel für ungültig, weil unbillig, zu erklären (KB. 41; OLG. Darmstadt in OLGR. 11, 383: dem Gehilfen war die Tätigkeit in fast allen Artikeln, Stoffen und Zutaten der Portefeuillebranche, in der er ausgebildet und bisher tätig gewesen war, untersagt; zust. Reinshagen 26; anders Steiner 27). Insbesondere darf er auch ihre volle Richtigkeit anzunehmen, wenn der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. (Wucher) vorliegt (Düringer-Hachenburg I 236; anders Lehmann-Ring Nr. 5). Dagegen ist (mit Steiner a. a. O.) der Richter nicht befugt, der Konkurrenzklausel eine der Billigkeit entsprechende Gestalt dadurch zu geben, daß er zwar Ort, Zeit und Gegenstand der Konkurrenztätigkeit unberührt läßt, aber die Art der Tätigkeit ändert, z. B. bestimmt, daß der Gehilfe sich zwar nicht etablieren, wohl aber, trotz des Verbots, in ein anderes Geschäft als Gehilfe eintreten dürfe.

Anm. 6. 3. **Die Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbots** bestimmt § 75 Abs. 2, doch nur für den Fall, daß eine Vertragsstrafe vereinbart ist. Dort sollen aber im Zusammenhange die Folgen der Verletzung überhaupt erörtert werden. Von diesen Folgen wird der Handlungsgehilfe auch dadurch nicht befreit, daß der Prinzipal seine Pflichten in bezug auf Rechnungslegung und Provisionszahlung, soweit sie für die Zeit nach dem Austritt bestanden, nicht erfüllt. Denn diese Pflichten sind keine synallagmatischen, keine Zug um Zug zu leistenden (RG. 54, 125).

Anm. 7. 4. **Die Auslegung der Konkurrenzverbote.**

a) Zeit, Ort und Gegenstand dürfen die Grenze nicht überschreiten, durch die eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird. Die drei Momente (Zeit und Ort und Gegenstand) greifen ineinander. Auf alle drei ist Rücksicht zu nehmen, und nach dem Gesamtbild, welches danach das Konkurrenzverbot gewährt, soll beurteilt werden, ob die billigen Grenzen überschritten sind. Aber es ist keineswegs notwendig, daß eine solche Beschränkung jedesmal in allen drei Richtungen, in denen sie möglich ist, also sowohl örtlich als zeitlich als gegenständlich kumulativ vorliege: ein zeitlich oder örtlich unbeschränktes Verbot kann gegenständlich so begrenzt sein, daß es nicht unbillig erscheint (RG. 53, 157). Wird z. B. einem Handlungsgehilfen, der in einem Teppichgeschäft Buchhalter war, untersagt, drei Jahre lang in Deutschland eine Buchhalterstelle in einem Teppichgeschäft anzunehmen, so ist das nicht ungültig, obwohl sich das Verbot örtlich über ganz Deutschland erstreckt, weil ein Buchhalter ohne Rücksicht auf den Geschäftszweig leicht Stellung findet. Unzulässig aber ist jede Beschränkung, durch die dem Gehilfen, wenn auch nur auf kurze Zeit, sein Fortkommen derart erschwert wird, daß er in Gefahr gerät, brotlos zu werden oder ein kümmerliches Dasein zu führen. So z. B. wenn einem stets in Berlin tätig gewesenen Kommis für ein Jahr lang verboten wird, in ein Konkurrenzgeschäft innerhalb der Provinz Brandenburg einzutreten. Wie soll der Gehilfe in einer anderen Provinz sich umsehen, um eine ähnliche Stellung zu finden?

Anm. 8. Unzulässig ist ferner die Beschränkung, wenn der Prinzipal **kein begründetes Interesse** an der Stipulierung der Konkurrenzklausel hat, z. B. wenn sie sich auf einen anderen Geschäftszweig erstreckt; die Voraussetzungen des Schikaneverbots (§ 226 BGB.) brauchen nicht gegeben zu sein. Denn es ist unbillig, daß der Prinzipal die Erwerbsfreiheit des Gehilfen weiter beschränke, als dies in seinem Interesse nötig ist (D. 69; vgl. a. Bolze 13 Nr. 398; 18 Nr. 408: das RG. hält bei dem Verbote, ein Käseversandgeschäft zu etablieren, die Errichtung eines Margarinekäse-Versandgeschäftes für erlaubt, falls Margarinekäse ein völlig anderes Produkt ist, als ausschließlich aus Milch hergestellter Käse). Deshalb wird die Klausel auch regelmäßig über die Zeit hinaus nicht erstreckt werden können, während deren der Prinzipal selbst das Geschäft betreibt (Bolze 13 Nr. 396), wenngleich eine Veräußerung der Rechte aus der Konkurrenzklausel mit dem Geschäfte selbst für die Regel zulässig ist (RG. 37, 176 und in JW. 01, 725[20]; die Abtretbarkeit dieser Rechte wird aber verneint vom OLG. Jena in ZHR. 42, 512). — Im Urteil des RG. (47, 240) wird der Grundsatz von „begründetem Interesse" dahin formuliert: Erst wenn feststeht, daß der

vertraglich gewollte Schutz sein Ziel endgültig verloren hat, weil eine Erwerbstätigkeit des Berechtigten, die geschützt werden soll, dauernd ausgeschlossen ist, muß auch die Geltung des gegenstandslos gewordenen Konkurrenzverbots aufhören. Der Umstand allein, daß der Berechtigte sein Geschäft gegenwärtig nicht betreibt, genügt dazu nicht, solange die Möglichkeit besteht, daß er ein neues Geschäft eröffnen oder in ein bestehendes Geschäft eintreten werde. Das letztere (das „Bestehen der Möglichkeit") geht zu weit; vielmehr muß eine solche Erwerbstätigkeit in Aussicht sein. **§ 74.**

b) **Andere Auslegungsregeln, die bei Konkurrenzklauseln häufig vorkommen.** Anm. 9.

α) Sie sind strikt auszulegen, eher einschränkend, als ausdehnend (Bolze 8 Nr. 462; 11 Nr. 353; 16 Nr. 324; RG. 26, 163). Gleichwohl ist auch bei ihnen am Worte nicht zu haften (Bolze 5 Nr. 603; RG. bei Holdheim 13, 131; OLG. Karlsruhe in ZHR. 43, 342). Vielmehr ist auch hier § 133 BGB. anzuwenden, denn gerade auf diesem Gebiete werden häufig Manöver zur Umgehung der übernommenen lästigen Verpflichtungen versucht. Aber andererseits darf das Verbot nicht auf Fälle ausgedehnt werden, auf die der klare Wortsinn nicht paßt, nur weil die Parteien, wenn sie daran gedacht hätten, auch diese Fälle in das Verbot hineinbezogen hätten (RG. 26, 163).

Beispiele: Ein für Berlin vereinbartes Verbot gilt für das ganze Stadtgebiet und seine entferntesten Gegenden (Bolze 4 Nr. 669), unter Umständen sogar für Straßen, die nicht der politischen Gemeinde Berlin angehören, wenn sie nur zu demselben Handelsplatze gehören (das Konkurrenzverbot war vereinbart für das Potsdamer Viertel von Berlin; eine Etablierung in einer zum Potsdamer Viertel, aber zur Gemeinde Schöneberg gehörenden enganstoßenden Straße wurde vom LG. I Berlin als Verletzung des Verbots erachtet). Durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ist diese Auslegung geboten. Anm. 10.

β) Die Identität des Handelszweiges (der Branche) muß vorliegen, wenn das Konkurrenzverbot verletzt sein soll (vgl. Anm. 7). Das Konkurrenzgeschäft braucht nicht überall dieselben Artikel zu führen; es muß nur eine irgendwie erhebliche Beeinträchtigung des geschäftlichen Betriebes des Prinzipals die mögliche Folge (nicht gerade die wirklich eingetretene; Bolze 5 Nr. 598) sein (zust. OLG. Karlsruhe in OLGR. 1, 392: wer im Großbetriebe eines Flußschiffahrts- und Transportunternehmens angestellt gewesen ist, beeinträchtigt dieses nicht durch Übernahme eines kleinen Speditionsgeschäfts, selbst wenn er hier und da seinem früheren Chef einen Kunden abspenstig zu machen sucht). Andererseits liegt trotz Identität der Artikel möglicherweise doch kein Konkurrenzgeschäft vor, wenn der Charakter des Geschäftsbetriebes ein derart verschiedener ist, daß jene erhebliche Beeinträchtigung nicht zu fürchten ist. In diesem Sinne hat das RG. (31, 99) entschieden, daß ein Engrosgeschäft und ein Detailgeschäft verschiedene Geschäftszweige darstellen. — Hatte das neue Geschäft ursprünglich eine Branche anderer Art, und wurde es erst nach dem Eintritt des Handlungsgehilfen ein Konkurrenzgeschäft, so greift das Konkurrenzverbot nicht Platz (Bolze 9 Nr. 361), falls nicht etwa ein dolus vorliegt; so z. B. wenn der Gehilfe von dem neuen Prinzipal gerade zu dem Zwecke engagiert wurde, um den Konkurrenzartikel bei ihm einzuführen, oder auch nur von dem Plane wußte, den Artikel später einzuführen. Anm. 11.

γ) Eine große Rolle spielen bei der Auslegung der Konkurrenzklauseln die Begriffe: **Betrieb, Eintritt und Beteiligung, Umgehung durch Dritte.** Anm. 12.

αα) **Betrieb.** Nicht als Verletzung wurde es erachtet, daß der, der ein ...ches Geschäft am Orte nicht betreiben durfte, für sein außerhalb etabliertes Geschäft durch Bereisen, Zusendung von Preislisten usw. an jenem Orte wirkte (Bolze 8 Nr. 459) oder an die Kunden dieses Orts lieferte (Bolze 8 Nr. 463; RG. bei Gruchot 46, 126). Denn, so sagt das RG. bei Bolze 9 Nr. 245, ein Kaufmann betreibt sein Geschäft dort, wo er seine Handelsniederlassung hat (vgl. auch RG. 26, 166). Auch übertritt, wer ein gleichartiges Geschäft nicht betreiben darf, das Verbot nicht durch Abschließung vereinzelter Handelsgeschäfte in der gleichen Branche (RG. 26, 164; Bolze 9 Nr. 245); ebenso nicht, wenn

§ 74. er zwar die Absicht gewerbsmäßigen Betriebes hat, es aber bloß zur Versendung von Preislisten hat kommen lassen (Bolze 12 Nr. 417), oder zur Abgabe von Offerten, ohne daß es zum Abschluß gekommen ist (Bolze 14 Nr. 399). Noch weniger übertritt er das Verbot schon dadurch, daß er das Konkurrenzgewerbe vorbereitet (jemand, dem z. B. untersagt war, zwei Jahre lang ein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, beginnt nach Ablauf eines Jahres eine Fabrik zu bauen, um sie nach Ablauf der zwei Jahre in Betrieb zu setzen). Andere Beispiele erlaubter Vorbereitungsgeschäfte s. Anm. 3 zu § 60; nicht erlaubt aber wäre, in die Öffentlichkeit zu treten (ebendort).

Anm 13. $\beta\beta$) **Eintritt und Beteiligung.** Als Verletzung wurde es erachtet, daß derjenige, dem der Eintritt in ein gleichartiges Geschäft untersagt war, selbst ein solches etablierte (Bolze 5 Nr. 603; ZHR. 43, 342); daß jemand, dem die Beteiligung bei einem Konkurrenzgeschäft verboten war, einem Konkurrenten ein Darlehn gegen Gewinnbeteiligung gab, während Darlehn gegen feste Zinsen nicht auf gleichem Fuße steht. Der gleiche Unterschied findet zwischen persönlicher Tätigkeit gegen Gewinnbeteiligung und gegen festen Lohn statt. Ein Dienstvertrag gegen festen Lohn ist keine Beteiligung. Gleichwohl wird man dem RG. 40, 97 zustimmen, wenn es sagt, daß, wer verspricht, sich an dem Unternehmen eines Dritten „weder direkt, noch indirekt zu beteiligen", damit auch verspricht, eine fortgesetzte persönliche Tätigkeit für das Unternehmen des Dritten zu unterlassen. Das liegt aber in den Worten „direkt oder indirekt". Das gleiche würden wir annehmen, wenn gesagt ist: Der Gehilfe dürfe „in kein Konkurrenzgeschäft eintreten oder sich irgendwie dabei beteiligen". In solchen Fällen ist zum Ausdruck gebracht, daß mehr verboten sein sollte, als was man mit dem nächstliegenden Sinne des Wortes Beteiligung verbindet. Der nächstliegende und herrschende Sinn des Wortes Beteiligung bedeutet eine Beteiligung durch Einsetzung der vollen Arbeitskraft, durch Einwerfen von Kapital, Grundstücken, Apparaten usw., und zwar mit dem Anspruche auf Teilnahme am Gewinne, gewöhnlich auch mit der Verpflichtung, den Verlust mitzutragen (RG. im „Recht" 05. 534).

Anm. 14. $\gamma\gamma$) **Umgehung.** Wer sich verpflichtet, die Kunden nicht ferner zu besuchen, darf sie auch nicht durch den Reisenden besuchen lassen (Bolze 22 Nr. 365). Auch wer seine Zustimmung gibt oder gar mitwirkt, daß seine Ehefrau ein Geschäft etabliert, dessen Betrieb ihm selbst untersagt ist, übertritt das Konkurrenzverbot (RG. in der DJZ. 96, 424). Ähnlich liegt der Fall, wenn eine Firma, die im Besitz des überwiegenden Teils des Aktienkapitals einer Gesellschaft ist und sie geschäftlich beherrscht, durch die Aktiengesellschaft die verbotenen Geschäfte betreiben läßt, die in Wahrheit ihre eigenen sind (RG. in JW. 02 Beil. 11 S. 264); ebenso bei der G. m. b. H. — Wem die Errichtung einer Konkurrenzfabrik untersagt ist, der darf sie auch dadurch nicht ins Leben rufen, daß er seine Mittel dazu verwendet, damit sie von dritten Personen errichtet werde. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß auf solche Weise der Vater seinen Söhnen die Mittel gibt, um auf einem Umwege das zu erreichen, was ihm verboten ist (RG. im SächsA. 8, 118).

Anm. 15. Völlig erschöpfende Auslegungsregeln können naturgemäß nicht gegeben werden. Das Gesagte soll nur Anhaltspunkte für ähnliche Fälle geben.

Anm. 16. **Zusatz: Übergangsfrage.** Auf die Dienstverträge, die am 1. Januar 1898 bestanden haben und inzwischen gemäß Art. 170 und 171 EG. z. BGB. durch Unterlassung einer nach früherem Recht zulässig gewesenen Kündigung sich fortgesetzt haben, greifen sämtliche Bestimmungen des 6. Abschnitts über Handlungsgehilfen Platz. Damit auch die des vorliegenden Paragraphen (anders RG. in Gruchot 47, 1001 hinsichtlich des § 74).

Sehr streitig ist, ob der § 74 auf die Konkurrenzklauseln derjenigen Diensterträge, die am 1. Januar 1898 bestanden haben und bei denen die allgemeinen Voraussetzungen des Eingreifens des neuen Rechts nicht vorliegen, Anwendung findet. Und ebenso ist dies streitig bei den Konkurrenzklauseln, die in Dienstverträgen sich finden, welche schon vor dem 1. Januar 1898 eingegangen sind, aber erst am 1. Januar 1898 in Wirksamkeit treten sollen, oder endlich in Dienstverträgen, welche am 1. Januar 1898 nicht mehr bestanden. Überall gelangt der § 74 nur

dann zur Anwendung, wenn man ihm **ausschließlichen Charakter** beilegt, d. h. wenn man seine gesetzgeberische Bedeutung so hoch anschlägt, daß man ihm deshalb rückwirkende Kraft beimißt. **Dieser Charakter ist ihm in der Tat beizumessen** (zustimmend Düringer-Hachenburg I 239; vgl. die Begründung in der Allg. Einl. Anm. 13 u. 14). Dieser Standpunkt wird auch gegenüber der entgegengesetzten Anschauung des Reichsgerichts (Urteile in 42, 97; 43, 23; 48, 132) aufrecht erhalten, das den §§ 74, 75 keine rückwirkende Kraft beimißt, auch wenn die Zuwiderhandlung nach dem 1. Januar 1898 begangen ist. Das Reichsgericht legt nur den Bestimmungen, die mehr polizeilicher Natur sind und die Gesundheit und Sittlichkeit der Handlungsgehilfen schützen wollen, rückwirkende Kraft bei. Dem gegenüber ist schon in der Allgemeinen Einleitung ausgeführt, daß auch die übrigen sozialpolitischen Bestimmungen rückwirkende Kraft haben müssen, auch wenn sie die sonstige, insbesondere die wirtschaftliche Wohlfahrt im Auge haben; sie sind dem Gesetzgeber unserer Zeit nicht minder wichtig erschienen, wie jene anderen. Der § 74 zieht der Konkurrenzklausel bestimmte Grenzen, lediglich deshalb, weil die Grenzen, in denen sich Vereinbarungen dieser Art früher oft bewegten, jedem Gerechtigkeits- und Sittlichkeitsgefühl Hohn sprachen. Wie in anderen Fällen das gänzliche Verbot, so ist es hier eine bestimmte Art der Grenzziehung, die ein in unserer Zeit allgemein zum Durchbruch gekommenes absolutes Gebot der Gerechtigkeit und Sittlichkeit verwirklichen und jede andere Grenzziehung ausschließen soll, mag sie auch durch frühere Verträge bereits gezogen sein (mit dem RG. stimmen überein Pappenheim bei Gruchot 42, 339 ff.; Lehmann in ZHR. 48, 37; Horrwitz 16; Goldmann I 361; KG. und OLG. Stuttgart in OLGR. 2, 67 und 2, 206 ff.). **§ 74.**

Unter Zugrundelegung des hier vertretenen Grundsatzes, der die Billigung des höchsten Gerichtshofes allerdings nicht findet, gilt nun folgendes: Die Vorschriften des § 74 haben ausschließlichen Charakter und sind deshalb schon am 1. Januar 1898 in Kraft getreten, gleichviel ob eine zulässige Kündigung erfolgt war oder nicht. Gemäß Abs. 1 hat sich der Inhalt der damals bestandenen Konkurrenzverbote für die Folgezeit modifiziert, gemäß Abs. 2 hört die Wirksamkeit früher bereits in Kraft getretener Konkurrenzverbote spätestens in 3 Jahren nach dem 1. Januar 1898 auf; am 1. Januar 1898 noch nicht in Kraft getretene, aber vertragsmäßig begründete ermäßigten sich zeitlich auf 3 Jahre. Abreden mit Minderjährigen waren für die Zeit nach dem 1. Januar 1898 ungültig. — Abreden, die vom 1. Januar 1898 ab getroffen wurden, sind vollständig nach § 74 zu beurteilen.

§ 75.

Giebt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältniß gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältniß kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird. **§ 75.**

Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

Der vorliegende Paragraph bestimmt 1. diejenigen Fälle der Vertragsbeendigung, für welche die Konkurrenzklausel nicht gilt (Abs. 1); 2. die Folgen der Übertretung des Einleitung.

§ 75. Verbots im Falle der Vertragsstrafe (Abs. 2); der Abs. 3 erklärt entgegenstehende Vereinbarungen für nichtig.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Für welche Fälle der Vertragsbeendigung ist die Geltendmachung der Konkurrenzklausel ausgeschlossen?**

Grundsätzlich gilt die Konkurrenzklausel für alle Fälle der Vertragsbeendigung, also insbesondere, wenn die vereinbarte Zeit abläuft, oder der Vertrag durch beiderseitige Vereinbarung vorzeitig aufgelöst wird (ebenso OLG. Posen in OLGR. 8, 96), oder wenn er vom Gehilfen gekündigt wird. (Was unter Vertragsbeendigung zu verstehen ist, darüber s. Anm. 3 zu § 74.) Aber, im Anschluß an die früheren Entscheidungen des Reichsgerichts (z. B. RG. 20, 107; Bolze 16 Nr. 389), bestimmt das Gesetz **zwei Ausnahmen, zwei Fälle der Vertragsbeendigung, in denen die vereinbarte Konkurrenzklausel nicht gelten soll.**

Anm. 2. a) **Wenn der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund zur einseitigen Aufhebung des Vertrages gemäß §§ 70, 71 gibt** (RG. 56, 372). Es genügt nicht, daß der Handlungsgehilfe aus sonstigem wichtigen Grunde das Dienstverhältnis auflöst, z. B. wegen einer Krankheit. Es genügt auch nicht, daß der Prinzipal ihm gerechten Anlaß zur befristeten Kündigung gibt (zust. OLG. Stuttgart in OLGR. 5, 272). Es muß ein in vertragswidrigem Verhalten des Prinzipals begründeter wichtiger Grund zur einseitigen Aufhebung des Verhältnisses vorliegen. Und es muß, wie hinzuzufügen ist, die einseitige Aufhebung des Verhältnisses auch erfolgt sein. Erfolgt sie nicht, verbleibt vielmehr der Gehilfe in der Stellung und wartet die Vertragsdauer ab, kündigt er nur mit ordentlicher Frist, dann liegt der Fall nicht vor (zust. OLG. Frankfurt im „Recht" 02, 616; Goldmann I 363; Lehmann-Ring Nr. 2; Makower I 129; anders Cosack § 19[45]; Düringer-Hachenburg I 241; und auch das RG. 56, 372 mit der Einschränkung freilich, es sei denn, daß in dem Verbleiben im Dienste eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit gefunden werden muß). Und sicherlich liegt der Fall nicht vor, wenn der Gehilfe aus sonstigem Anlaß mit ordentlicher Frist kündigt. Kündigt er aber mittels sofortiger Kündigung aus wichtigem, eine Vertragswidrigkeit des Prinzipals darstellendem Grunde, dann fällt die Konkurrenzklausel fort, und der Prinzipal hat auch nicht etwa, wie in dem Fall zu b, das Recht, sich die Fortgeltung der Konkurrenzklausel durch Gehaltszahlung zu erkaufen.

Anm. 3. b) **Wenn der Prinzipal kündigt.**

α) Regelmäßig soll also für den Fall, daß die Kündigung durch den Prinzipal erfolgt, die Konkurrenzklausel nicht Platz greifen. Ausnahmsweise aber — und das wird wohl tatsächlich die Regel sein, denn ohne Grund kündigt man nicht — greift das Konkurrenzverbot auch im Falle der Kündigung durch den Prinzipal Platz, wenn für seine Kündigung ein erheblicher, von ihm selbst nicht verschuldeter Anlaß vorliegt. Es braucht das nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung zu sein, es genügt, wenn es ein Grund ist, der nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlaß zur Kündigung eines Dienstvertrages bildet (ebenso OLG. Hamburg in OLGR. 8, 97; vgl. auch Kaufmann im „Recht" 05, 157). Der Anlaß darf vom Prinzipal selbst nicht verschuldet sein, er braucht aber auch nicht gerade vom Gehilfen verschuldet zu sein. So z. B. wird ein erheblicher Anlaß vorliegen in „wohlbegründeter Unzufriedenheit mit den Leistungen des Handlungsgehilfen" oder in fortgesetzten kleinen Schikanen desselben (KB. 44) oder in einer die Arbeitsfähigkeit stark beeinträchtigenden Krankheit (OLG. Oldenburg in OLGR. 1, 366) oder im Verdacht der begangenen Untreue oder wenn der Prinzipal durch seine geschäftliche Lage sich gezwungen sieht, sein Personal zu verkleinern. Bei Eröffnung des Konkurses muß der Prinzipal dartun, daß ihn kein Verschulden am Ausbruche des Konkurses trifft (RG. in JW. 03, 389[20]; anders Horrwitz [155], der im Konkurs ohne weiteres ein diesbezügliches Verschulden erblickt). — Sind aber beide Teile schuld, wie das nicht selten bei Streitigkeiten der Fall sein wird, dann greift die Vorschrift des Abs. 1 Platz: die Konkurrenzklausel gilt nicht (zust. Reinshagen 35). Dem Falle, wo der Prinzipal kündigt, liegt selbstverständlich der Fall gleich, wo er das Verhältnis einseitig aufhebt. Nach dem

Sprachgebrauche des BGB. und des neuen HGB. ist überhaupt auch das letztere eine Kün- § 75. digung, nämlich eine Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (vgl. § 70). Erweist sich die sofortige Kündigung im Prozeß als berechtigt, so gilt die Konkurrenzklausel. Erweist sie sich als unberechtigt, so tritt sie darum allein noch nicht außer Kraft; vielmehr kann eine Handlung des Gehilfen, die zur sofortigen Kündigung nicht berechtigt, immer noch ein erheblicher Anlaß zur fristmäßigen Kündigung sein.

Die Beweislast, daß ein erheblicher, nicht von ihm verschuldeter Anlaß vorliegt, trägt der Prinzipal (RG. in JW. 03, 389[20]).

β) Kündigt der Prinzipal ohne solchen erheblichen Anlaß, so kann er, wie gesagt, Anm. 4. die Konkurrenzklausel nicht geltend machen. **Indessen kann er in diesem Falle sich die Geltung der Konkurrenzklausel dadurch erkaufen, daß er dem Gehilfen während der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortbezahlt.** Gemeint ist hier wohl nicht bloß das Gehalt, sondern überhaupt ein Betrag, wie er seinen letzten Bezügen entspricht. Sonst würde der gegen festes Gehalt und gegen Tantieme oder Provision angestellte Handlungsgehilfe oder gar der bloße commis interessé hierbei sehr schlecht gestellt sein (zust. Herz bei Holdheim 7, 98; Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann I 365; anders Steiner 25; Reinshagen 37; Düringer-Hachenburg I 243. Die Gegner aber übersehen, daß das Wort Gehalt vom Gesetz auch sonst zuweilen im weiteren Sinne gebraucht wird, so im § 63). — Dieser Betrag ist aber zu zahlen, ohne Rücksicht auf sonstigen Verdienst, den der Handlungsgehilfe während der Dauer der Beschränkung etwa macht (KB. 44), wobei aber selbstverständliche Voraussetzung ist, daß der Gehilfe hierbei nicht die Konkurrenzklausel verletzt. — Darüber, ob der Prinzipal das Gehalt fortzahlen und dadurch die Fortdauer der Beschränkung sich sichern will, muß der Prinzipal sofort bei Beendigung des Verhältnisses eine bestimmte Erklärung abgeben. Das ist zwar im Gesetze nicht gesagt, doch muß das aus der Natur der Sache gefolgert werden. Der Handlungsgehilfe muß, wenn ihm gekündigt wird, wissen, woran er ist: ob er sich nunmehr selbständig machen oder anderweit in Dienste treten soll, in welcher Branche, in welcher Gegend usw. Erklärt der Prinzipal dies nicht bei der Kündigung, so ist sein Recht verwirkt (ebenso Herz bei Holdheim 7, 99; RG. in JW. 05, 29[48] und OLG. Köln in OLGR. 8, 387; anders Lehmann-Ring Nr. 3). Die Erklärung kann nur dahin gehen, daß er während der Dauer der Beschränkung, d. h. so lange die Beschränkung nach dem Vertrage bzw. nach richterlicher Auslegung oder nach richterlicher Feststellung der zeitlichen Grenze des Vertrages dauert, das Gehalt fortzahlen will: er hat es nicht in der Hand, hierbei eine kürzere oder längere Frist für die Konkurrenzenthaltung festzusetzen (anders bezüglich der kürzeren Frist Steiner). Gibt er diese Erklärung nicht ab, so ist der Gehilfe frei. Gibt er sie ab, so ist er hieran gebunden und kann auch nicht während der Dauer der Beschränkung durch „Kündigung" erzielen, daß er von der Gehaltszahlung, der Gehilfe aber von der Konkurrenzenthaltungspflicht frei wird (ein solches Kündigungsrecht wollen Steiner 22 und Düringer-Hachenburg I 243 dem Prinzipal geben). Für eine Kündigung ist kein Raum. Denn, wie hier überhaupt hervorzuheben ist, das Dienstverhältnis ist erloschen und nur in dieser einen Beziehung besteht ein rechtliches Verhältnis zwischen den Parteien fort (vgl. Herz bei Holdheim 7, 98f.). Selbstverständlich ist, daß der Prinzipal auch durch fortgesetzte Gehaltszahlung die Konkurrenzenthaltungspflicht nicht über die im § 74 bestimmte Höchstdauer von 3 Jahren erstrecken kann.

γ) Der Kündigung durch den Prinzipal steht die Kündigung durch den Konkursverwalter Anm. 5. gleich (RG. in JW. 03, 389[20]; vgl. auch § 70 Anm. 28).

2. (Abs. 2.) **Folge der Übertretung des Konkurrenzverbots für den Fall der Vertragsstrafe** Anm. 6. (s. a. § 74 Anm. 6). In diesem Falle kann nur die Vertragsstrafe gefordert werden, u. zw. mit 4 % (nicht 5 %) Verzugszinsen (RG. in Buchelts Z. 34, 15). Wenn, wie das häufig der Fall ist, der Gehilfe vermögenslos ist, so ist der Prinzipal, der eine Vertragsstrafe vereinbart hat, ganz schutzlos, was bei Abfassung von Engagementsverträgen wohl zu berücksichtigen ist (vgl. Steiner 31). Auch wenn vereinbart ist, daß der Prinzipal Erfüllung und

§ 75. Vertragsstrafe verlangen kann oder nach seiner Wahl das eine **oder** das andere, so ist diese Vereinbarung nichtig und der Prinzipal kann nur die Vertragsstrafe verlangen (vgl. Abs. 3). — Auch einen weitergehenden Schaden kann der Prinzipal nicht ersetzt verlangen (Abs. 2; anders im § 340 Abs. 2 BGB.). — Dabei erklärt der vorliegende Paragraph ferner, daß die Vorschriften des BGB. über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe unberührt bleiben. Das ist die Vorschrift des § 343 BGB. (Doch wurde dieser Vorteil für die Zwischenzeit vom 1. Januar 1898 bis zum 1. Januar 1900 den Handlungsgehilfen noch nicht zu teil. Denn damals blieb Art. 284 Abs. 1 des alten HGB. gültig, RG. in JW. 98, 665[28] und 99, 599). Bei Würdigung der **Höhe** einer Vertragsstrafe sind die Interessen des Handlungsgehilfen und des Prinzipals neben einander in Betracht zu ziehen (OLG. München im „Recht" 03, 161). — Soweit es sich um die Vertragsstrafe handelt, ist nicht der Abschluß **jedes einzelnen unter das Verbot fallenden** Handelsgeschäfts als ein besonderer Übertretungsfall zu betrachten, vielmehr ist der Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts oder der Eintritt in ein solches nur „Ein Kontraventionsfall" und die Vertragsstrafe daher nur einmal verwirkt (Bolze 5 Nr. 603). Die in dem **Gesamtverhalten** liegende Zuwiderhandlung ist nur in Betracht zu ziehen, auch wenn, wie häufig, die Strafe „für jeden Kontraventionsfall" versprochen ist. Das gilt auch bei der Herausgabe von periodischen Zeitschriften. Nicht jede Nummer ist ein Kontraventionsfall, sondern der betreffende Zeitungsbetrieb überhaupt. — Auch sind bloße **Vorbereitungen** des Konkurrenzbetriebs nicht genügend (Bolze 12 Nr. 417; 14 Nr. 399; vgl. Anm. 12 zu § 74). Unter die Vorbereitungen fällt aber nicht der Abschluß von Lieferungsverträgen, auch wenn sie erst nach dem Ablauf der im Konkurrenzverbote festgesetzten Zeit zur Ausführung kommen. Trotzdem hat das RG. (im GewArch. 03, 193) die für **Eröffnung** eines gleichartigen Geschäfts festgesetzte Vertragsstrafe nicht schon durch den Abschluß solcher Lieferungsverträge für verwirkt angesehen; unseres Erachtens zu Unrecht, es haftet hier am Worte, was es sonst mißbilligt (§ 74 Anm. 9).

Anm. 7. **Ist eine Vertragsstrafe nicht vereinbart**, so hat der Prinzipal das Recht auf Erfüllung (Einstellung des Konkurrenzbetriebs) und Schadensersatz, auch auf vorbeugende Maßregeln durch einstweilige Verfügung (Bolze 15 Nr. 709). Diese können unter Umständen auch auf Einstellung des Konkurrenzbetriebs gehen und so den mit der Klage zu erzielenden Erfolg vorwegnehmen (LG. u. OLG. Frankfurt in ZHR. 46, 487 f.; RG. 9, 334; 27, 430). Eine große Rolle wird nach dem neuen Rechte die **Feststellungsklage** spielen, damit der Gehilfe zur Gewißheit gelange, ob er sich etablieren darf oder nicht.

Anm. 8. 3. (Abs. 3.) **Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.** Das ist auf dem Gebiete unseres Paragraphen der wesentlichste Unterschied vom bisherigen Recht, wie es sich durch die Rechtsprechung herausgebildet hatte. Die Fälle der Vertragsauflösung, für welche die Konkurrenzklausel gilt, waren ungefähr auch früher die gleichen. Und auch die Regel, daß im Falle der Vertragsstrafe regelmäßig nur diese, nicht Erfüllung verlangt werden kann, war bei Verträgen solcher Art in Wissenschaft und Judikatur angenommen worden (vgl. 5. Aufl. § 8 zu Art. 59). Aber um den Handlungsgehilfen wirksam zu schützen, erschien es erforderlich, entgegenstehende Vereinbarungen für nichtig zu erklären. Die Ungültigkeit einer solchen Vereinbarung zieht aber für die Regel nicht die Ungültigkeit des ganzen Vertrages nach sich (Erl. zu § 62).

Anm. 9. **Zusatz 1.** Der **Erfüllungsort** für die Verpflichtung zur Unterlassung des Konkurrenzbetriebs regelt sich nach § 269 BGB. (RG. 51, 311).

Anm. 10. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** In Gemäßheit der Ausführungen in Anm. 16 zu § 74 galten die Vorschriften unseres Paragraphen sofort am 1. Januar 1898 für alle damals schon bestehenden Verträge und Konkurrenzklauseln, ohne Rücksicht auf eine erfolgte oder nicht erfolgte Kündigung (a. M. des RG.; vgl. insbes. RG. 42, 97). Die früheren Dienstverträge änderten sich dementsprechend. War also in solchen Verträgen z. B. die Konkurrenzklausel auch für den Fall vereinbart, daß der Prinzipal dem Gehilfen einen wichtigen Grund zum Rücktritt gab, so fiel diese Klausel fort. Im Falle der Vereinbarung einer Vertragsstrafe konnte vom 1. Januar 1898 nur noch diese, nicht auch das Aufgeben des neuen Verhältnisses gefordert werden, auch wenn letzteres ausdrücklich

vereinbart wurde. Die Dienstverträge blieben im übrigen für die Regel gültig, und es konnte nicht etwa der Prinzipal deshalb zurücktreten, weil sich nunmehr der Vertrag in dieser Weise änderte (vgl. Erl. zu § 62). § 75.

Vom 1. Januar 1900 ab modifizierten sich die Verträge noch weiter dadurch, daß nunmehr auch das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. in Kraft trat (vgl. auch RG. 44, 60 u. oben Anm. 6).

§ 76.

§ 76.

Die Vorschriften der §§ 60 bis 63, 74, 75 finden auch auf Handlungslehrlinge Anwendung.

Der Lehrherr ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Lehrling in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen wird; er hat die Ausbildung des Lehrlinges entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter zu leiten. Die Unterweisung hat in der durch den Zweck der Ausbildung gebotenen Reihenfolge und Ausdehnung zu geschehen.

Der Lehrherr darf dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit durch Verwendung zu anderen Dienstleistungen nicht entziehen; auch hat er ihm die zum Besuche des Gottesdienstes an Sonntagen und Festtagen erforderliche Zeit und Gelegenheit zu gewähren. Er hat den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

In Betreff der Verpflichtung des Lehrherrn, dem Lehrlinge die zum Besuch einer Fortbildungsschule erforderliche Zeit zu gewähren, bewendet es bei den Vorschriften des § 120 der Gewerbeordnung.

Lit.: Bloch, Der kaufmännische Lehrvertrag, München 98; Cadenbach, Der Lehrvertrag des Handlungslehrlings, Leipzig 02; Hans Lehmann, Das Recht der Handlungslehrlinge, Ellwangen 04.

Einleitung.

Die §§ 76—83 behandeln das Recht der Handlungslehrlinge. Das alte HGB. hatte sich in dieser Materie mit wenigen spärlichen und selbstverständlichen Vorschriften (Art. 61 Abs. 2, Art. 57) begnügt. Die Neuregelung in den §§ 76ff. stützt sich im wesentlichen auf die frühere Gerichtspraxis.

Anm. 1.

1. **Begriff des Handlungslehrlings.** Während das Gesetz in § 59 den Begriff des Handlungsgehilfen feststellt, sieht es von einer Begriffsbestimmung des Handlungslehrlings ab. Sie wird dahin zu geben sein: **Handlungslehrling ist derjenige, der in einem Handelsgewerbe zum Zwecke seiner kaufmännischen Ausbildung und zur Leistung der erlernten Dienste durch Vertrag angestellt worden ist** (Bloch 5). Der Lehrvertrag fällt in seinen wesentlichen Normen unter den weiten Begriff des Dienstvertrags nach dem BGB. (Düringer-Hachenburg I 248; Jaeger § 22 KO. Anm. 7; Lehmann-Ring Nr. 2; Hans Lehmann 10; abweichend Goldmann I 378, der ihn als selbständigen Vertrag betrachtet). Und zwar liegt für beide Teile die Verpflichtung zu Diensten vor: der Lehrherr hat die Pflicht der Ausbildung, der Lehrling die Pflicht zu der Tätigkeit, die der Lehrherr im Rahmen des Lehrlingsverhältnisses von ihm verlangt. Das Entgelt der Dienste (die „Vergütung" des § 611 BGB.) besteht zunächst wieder in Diensten, doch können noch andere Gegenleistungen auf beiden Seiten hinzutreten (Lehrgeld — Anm. 3 — an den Prinzipal; freie Station und kleines Gehalt an den Lehrling; s. a. Anm. 6).

Anm. 2.

a) In einem Handelsgewerbe muß er angestellt sein. Über diesen Begriff s. Anm. 11 zu § 59.

§ 76. b) Angestellt muß er sein. Über den Anstellungsvertrag s. unten Anm. 13. — Wegen des
Anm. 3. Entgelts s. Anm. 1.

Anm. 4. c) Zum Zwecke seiner kaufmännischen Ausbildung. Er soll das Handelsgewerbe erlernen, die für den Kaufmann erforderlichen Fähigkeiten sich erwerben. Dadurch unterscheidet er sich von den Gewerbelehrlingen, welche die gewerbetechnischen Fähigkeiten sich erwerben sollen (vgl. § 126b GewO.), und von den Laufburschen, welche nur untergeordnete Hülfsdienste verrichten sollen. (Vgl. Anm. 13—22 zu § 59.) Aber er soll auch die erlernten Dienste leisten (Anm. 6).

Anm. 5. 2. **Über Art und Umfang der Dienste** ist vom Gesetze wiederum nichts gesagt. Insbesondere ist der § 59 nicht entsprechend in Bezug genommen, der beim Handlungsgehilfen für die Art und den Umfang der Dienste die Verabredung, ev. den Ortsgebrauch, ev. die Angemessenheit entscheiden läßt. Es kann gleichwohl keinem Zweifel unterliegen, daß das gleiche hier gelten muß (vgl. Fuld 103).

a) Überall ist hierbei zu berücksichtigen, daß **beim Lehrvertrage auch der Prinzipal die Verpflichtung zu Diensten hat: er hat die Verpflichtung, für die Ausbildung des Lehrlings Sorge zu tragen,** die im Abs. 2 unseres Paragraphen hervorgehoben ist. Der Lehrling muß, wie das Gesetz sagt, in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen werden. Nicht notwendig in allen. So wird es genügen, daß der Lehrherr, der mehrere Geschäftszweige betreibt, den Lehrling in dem einen ausbildet, z. B. wenn jemand einen Zeitungsverlag und eine Annoncenexpedition hat. Der Lehrherr muß die Ausbildung selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich hierzu bestimmten Vertreter leiten. Er haftet nicht bloß dafür, daß er in der Wahl eines geeigneten Vertreters sorgsam gewesen ist, sondern nach der allgemeinen Vorschrift des § 278 BGB. auch dafür, daß dieser Vertreter die Ausbildung gehörig leitet, in gleichem Umfange, wie für eigenes Verschulden. Die Verpflichtung, die Ausbildung entweder selbst oder durch einen ausdrücklich dazu bestellten Vertreter zu leiten, hat die Bedeutung, daß der Lehrherr für alle die Funktionen und Tätigkeiten, die er selbst nicht überwachen kann, einen Vertreter ausdrücklich bestellen muß; unterläßt er dies, so haftet er für alle hierbei vorkommenden Schäden (RG. 34, 1). Der Vertreter selbst haftet dem Lehrling nicht, weder zivilrechtlich, da er in keinem Vertragsverhältnis zum Lehrling steht, noch auch strafrechtlich nach § 82 Abs. 1, da diese Vorschrift sich nur gegen den Lehrherrn richtet, wie die Materialien ergeben (vgl. Anm. 1 zu § 82).

Anm. 6. b) Diese Verpflichtung zur Ausbildung steht obenan, sie ist der hauptsächlichste Inhalt des Lehrvertrages. Ihr entspricht aber die **Verpflichtung des Lehrlings, alle in diesem Rahmen erforderlichen Anordnungen des Lehrherrn zu befolgen und insbesondere die in diesen Rahmen fallenden Dienste zu leisten.** Auf die Leistung dieser Dienste hat der Lehrherr einen obligatorischen Anspruch. Denn wenn auch der Lehrvertrag vorwiegend zu dem Zweck abgeschlossen wird, um die Ausbildung des Lehrlings zu bewirken, so erblickt doch der Lehrherr, selbst wenn ein Lehrgeld vereinbart wird, auch in der Unterstützung, die der Lehrling ihm durch seine im Rahmen des Ausbildungszwecks liegenden Dienste leistet, ein Äquivalent, das einen wesentlichen Bestandteil des Vertrages bildet (vgl. ROHG. 9, 279; s. a. Anm. 1).

Anm. 7. Ja, der Anspruch auf eine Dienstleistung kann in gewissem Umfange sogar über die Zwecke der Ausbildung hinausgehen, nämlich soweit es sich um Nebenverrichtungen oder untergeordnete Dienste handelt, z. B. um das Reinigen des Lokals, das Besorgen von Gängen für die Wirtschaft, die vorübergehende Besorgung von Gesindearbeit (SeuffA. 36, 318). Diese kann der Prinzipal soweit fordern, als sie vereinbart oder üblich sind. Auch der rohe äußere Dienst im Geschäft muß erlernt werden; die Verwendung des Lehrlings eine Zeitlang als Markthelfer und Laufbursche gibt keinen Grund zur Kündigung. Dagegen ist ein Lehrling mit höherer Schulbildung in einem Bankgeschäft zu niederen Dienstleistungen nicht verpflichtet (OLG. Dresden in SächsOLG. 21, 365 und 23, 521). Durch diese Verwendung zu anderen

Diensten darf aber keinesfalls die zur Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit dem Lehrling entzogen werden (Abs. 3 unseres Paragraphen). Auch darauf hat der Lehrherr einen Anspruch, daß der Lehrling in der letzten Zeit der Lehrzeit, wo er sich mit Grund bereits für ausgebildet halten darf, gleichwohl die Dienste weiterleistet, und nicht etwa fortan verweigert und den Lehrvertrag willkürlich kündigen darf, weil zu seiner Ausbildung nichts mehr fehle. **§ 76.**

Der Anspruch des Prinzipals auf die Dienste kann nicht erzwungen werden: weder durch unmittelbaren Zwang, noch auch indirekt durch Geldstrafen oder Haft (§ 888 Abs. 2 CPO., Anm. 30 zu § 59; ebenso Horrwitz 166; Goldmann I 392 unter Berufung auf die heutige Rechtsanschauung; ROHG. 9, 279ff. u. 14, 208). Wohl aber ist die Zwangsvollstreckung nach § 887 (Ermächtigung, die Leistung durch einen anderen zu bewirken) zulässig, und es sind Schadensersatzansprüche gegeben. Sie bestehen namentlich im Ersatz des durch die Entziehung der Arbeitskraft des Lehrlings entstehenden Vermögensschadens, unter Umständen der Kosten für einen zum Ersatz engagierten Gehilfen (ROHG. 1, 33; 14, 16). Bei dem bevormundeten Lehrling kann die Wiederzuführung in die Lehre auf dem Umwege erreicht werden, daß der Vormund, und ev. das Vormundschaftsgericht den Lehrling, wenn dies in seinem Interesse liegt, zurückbringen läßt (§§ 1800, 1837). Entsprechendes gilt auch für den in elterlicher Gewalt befindlichen Lehrling (§ 1631 BGB.) mit der aus § 1666 Abs. 1 sich für das Eingreifen des Gerichts ergebenden Einschränkung auf den Fall der Gefährdung des Wohls des Lehrlings (Horrwitz 166). Anm. 8.

c) Dagegen hat der Lehrherr kein Recht auf Züchtigung, auch kein mäßiges Züchtigungsrecht. Der § 127a der GewO. findet keine entsprechende Anwendung. Damit wird auch für die Regel die Anwendung des § 832 BGB. ausgeschlossen sein, es sei denn, daß die konkreten Umstände eine weitergehende Aufsichtspflicht für den Lehrherrn und seine Verantwortung begründen (vgl. auch RG. 52, 74). Anm. 9.

3. **Über die Art und den Umfang der Vergütung** ist im Gesetze nichts gesagt. Auch hier entscheidet Verabredung, Ortsgebrauch, ev. Angemessenheit, obwohl § 59 nicht ausdrücklich herangezogen ist (Anm. 5). Die Vergütung, die der Lehrling erhält, wenn eine solche überhaupt im gegebenen Falle zu leisten ist, was begrifflich nicht nötig ist (oben Anm. 1), besteht in den kleineren Städten meist in der Beköstigung, in größeren in einem Taschengelde. Da auch der Lehrherr Dienste zu leisten hat, so erhält auch dieser oft eine Vergütung, das Lehrgeld. Doch ist das bei kaufmännischen Lehrlingsverträgen nicht üblich. Schließt der Vater den Lehrvertrag, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er für das Lehrgeld aufzukommen hat (ROHG. 9, 279; 13, 106; 14, 18). Anm. 10.

Die Ansprüche des Lehrherrn wegen des Lehrgeldes und anderer durch Lehrverträge vereinbarter Leistungen, sowie endlich wegen der für den Lehrling gemachten Auslagen verjähren in 2 Jahren (§ 196 Nr. 10 BGB.). Anm. 11.

Auch Weihnachts- und sonstige Gratifikationen können vereinbart sein. Vgl. hierüber Anm. 34 zu § 59. Anm. 12.

4. **Der Anstellungsvertrag.** Er ist ein Handelsgeschäft. Eine Form für ihn ist nicht vorgeschrieben. Wegen der Bestimmung des § 79 ist aber schriftliche Form zu empfehlen. Hierfür sind die §§ 126, 127 BGB. maßgebend (vgl. Erl. zu § 350). Der Abschluß erfolgt, da es sich wohl meist um Minderjährige handelt, regelmäßig durch gesetzliche Vertreter des Mündels oder unter ihrer Mitwirkung. (Bei Lehrverträgen mit einer ein Jahr übersteigenden Dauer ist für den Vormund — nicht für den Inhaber der elterlichen Gewalt — Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, das Gericht soll vor der Entscheidung den Mündel hören; §§ 1822 Nr. 6, 1643 Abs. 1, 1827 Abs. 1 BGB.) Eine Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters nach § 113 reicht nicht aus, um einen Vertrag mit dem Lehrling selbst zum gültigen zu gestalten (Planck § 113 Nr. 2). Denn der Lehrvertrag ist kein Dienst- oder Arbeitsvertrag im Sinne jener Vorschrift; die Dienste, die der Lehrling zu leisten hat, sind das Sekundäre, und in diesem Sinne stellt das BGB. §§ 1822 Anm. 13.

§ 76. Nr. 6 und 7 und 1827 den Lehrvertrag, bei dem es sich für den Lehrling vorwiegend um das Lernen handelt, den Dienst- oder Arbeitsverträgen gegenüber. Trotzdem ist die Charakteristik des Lehrvertrages als eines Dienstvertrages in der Hauptsache (oben Anm. 1) zutreffend. Denn die Hauptdienste verspricht der Lehrherr; seine Leistung besteht in einem Tun. Der von Goldmann — I 378 — gerügte angebliche Widerspruch zwischen den Ausführungen Anm. 1 und 13 ist somit nicht vorhanden.

Anm. 14. Oft wird der Lehrvertrag auch von dem Erzieher des Lehrlings abgeschlossen. Sorgfältig ist hierbei zu unterscheiden, ob die Personen, die den Lehrvertrag abschließen, dies im eigenen Namen oder im Namen des Lehrlings tun. Wer im eigenen Namen den Lehrvertrag abschließt, leistet Gewähr für das vertragsmäßige Verhalten des Lehrlings. Er ist also nicht bloß bei eigenem Verschulden verantwortlich (ROHG. 14, 18). Vormund und Pfleger werden dabei meist im Namen des Mündels handeln, Vater oder Mutter im eigenen Namen (ROHG. 17, 394). Auf alle Fälle hat der Lehrherr das Recht, von den Erziehern zu verlangen, daß sie ihm durch ihre Erziehungsgewalt helfen, den Lehrling gehörig auszubilden (Bloch 22, 23).

Anm. 15. Zwischen Vater und Sohn wird der Regel nach ein eigentliches Lehrlingsverhältnis im Sinne des Gesetzes nicht angenommen; der Abschluß eines schriftlichen Lehrvertrages wird sich empfehlen, um jeden Zweifel auszuschließen (Fuld 102; Landmann, GewO. Anm. 3 zu § 126).

Anm. 16. Stempelfreiheit ist dem Lehrvertrage von Reichs wegen nicht zugebilligt, wohl aber in Preußen (Pos. 71 Nr. 2 des PrStStG. vom 31. Juli 1895).

Anm. 17. 5. **Im Abs. 2 und 3 des vorliegenden Paragraphen sind besonders hervorgehoben einzelne Verpflichtungen des Prinzipals gegenüber dem Lehrling:** die Verpflichtung gehöriger Ausbildung (s. oben Anm. 5) und die Pflicht, dem Lehrling die Gelegenheit zur Ausbildung und zum Besuche des Gottesdienstes nicht zu entziehen, sowie die Verpflichtung, ihn zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

Gelegenheit zum Besuch des Gottesdienstes (ev. an einem benachbarten Orte, wenn sie am Niederlassungsorte fehlt) braucht er ihm nur, wie unser Paragraph sagt, an den Sonn- und Festtagen zu geben. Darunter sind nur die allgemein anerkannten Festtage (vgl. Landmann, GewO. Anm. 4 zu § 105a) zu verstehen. Eine weitergehende Verpflichtung, d. h. eine Berücksichtigung der betreffenden Religion, liegt dem Lehrherrn ob gegenüber dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Lehrling (s. unten Anm. 20; nach Goldmann I 382 allen Lehrlingen gegenüber). Aus der besonderen Hervorhebung dieser Pflichten, aus ihrer Natur und aus der Strafbestimmung des § 82 folgt, daß diese Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Natur und der freien Vereinbarung entzogen sind.

Über die Sonn- und Festtagsruhe vgl. die §§ 105a bis i GewO. (s. § 59 Anm. 28). An Werktagen besteht auch für Lehrlinge keine Maximal-Arbeitszeit; Überstunden muß er in dringenden Fällen, wie der Gehilfe, unentgeltlich leisten (Auskunft der Berl. Ältesten bei Horrwitz 164; s. a. § 59 Anm. 28 $\gamma\gamma$ und 33).

Anm. 18. 6. Wegen der weiteren Verpflichtung, den Lehrling zum Besuche von **Fortbildungsschulen** anzuhalten, verweist **Abs. 4** unseres Paragraphen auf die GewO. Zu dem im Abs. 4 zitierten § 120 der GewO., der die Fortbildungsschule betrifft, ist aber später noch der § 139i der GewO. (in Kraft seit dem 1. Oktober 1900) hinzugetreten. Dieser lautet:

„Die durch § 76 Abs. 4 des Handelsgesetzbuchs sowie durch § 120 Abs. 1 begründete Verpflichtung des Geschäftsinhabers findet an Orten, wo eine vom Staate oder der Gemeindebehörde anerkannte Fachschule besteht, hinsichtlich des Besuchs dieser Schule entsprechende Anwendung.

Der Geschäftsinhaber hat die Gehülfen und Lehrlinge unter 18 Jahren zum Besuche der Fortbildungs- und Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen."

Im Abs. 1 des § 139i wird die Verpflichtung des Lehrherrn, die bisher nur die Fortbildungsschule betraf, auch rücksichtlich des Besuchs einer Fachschule (Handelsschule) festgesetzt. Gemäß Abs. 2 des § 139i hat der Lehrherr über die frühere Verpflichtung hinaus, wonach

er nur die erforderliche Zeit zum Schulbesuch zu gewähren hatte, die weitere Verpflichtung, Gehilfen und Lehrlinge unter 18 Jahren zum Besuch der Fortbildungs- und Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen. § 76.

7. **Die weiteren Einzelheiten des Lehrverhältnisses sind geregelt durch die Zitate im Abs. 1 unseres Paragraphen:** Es sollen die §§ 60—63, 74, 75 „Anwendung finden", selbstverständlich in entsprechender Weise. Anm. 19.

a) **Die §§ 60 und 61: Konkurrenzverbot während der Dauer des Dienstverhältnisses.** Dies gilt in vollem Umfange auch gegen den Handlungslehrling.

b) § 62: **Die Fürsorgepflichten des Prinzipals.** Hierbei wird besonders der im § 62 Abs. 2 vorgesehene Fall, die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, praktisch werden, zumal in kleinen Städten. Was die Rücksicht auf die Religion anbetrifft, so kommt es hier auf die objektiven Satzungen der Religion an, nicht auf die subjektiven Anschauungen des Lehrlings, dem der Gesetzgeber nach dieser Hinsicht noch keine selbständige Meinung zugetraut haben wird (zust. Hans Lehmann 35). Anm. 20.

c) **§ 63: Fortzahlung des Gehalts auf sechs Wochen bei unverschuldetem Unglück.** Bei der Frage der Verschuldung wird hier auf die Unerfahrenheit des Lehrlings und seine Jugend Rücksicht zu nehmen sein. Die Anwendung des § 616 BGB. (Fortzahlung der Vergütung bei sonstiger unverschuldeter Behinderung) ist nicht ausgeschlossen, da auch der Lehrvertrag ein Dienstvertrag ist; vgl. Anm. 1; anders Bloch 24). Anm. 21.

d) **§§ 74 und 75: Vertragliche Konkurrenzklauseln für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses.** Hier wird sehr oft der Abschluß mit einem Minderjährigen vorliegen, so daß solche Konkurrenzklauseln meist ungültig sein werden (vgl. Anm. 4 zu § 74). Anm. 22.

8. **Auch auf Lehrlinge bezieht sich die Verschwiegenheitspflicht** des § 9 des UnlWG. (vgl. Anm. 38 ff. zu § 59). Anm. 23.

Zusatz: Übergangsfrage. Hierüber Anm. 1 u. 2 zu § 59. Die Frage ist für Lehrverträge, da sie die Dauer von vier Jahren kaum übersteigen, wohl nicht mehr praktisch. Anm. 24.

§ 77.

Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche. § 77.

Das Lehrverhältniß kann, sofern nicht eine längere Probezeit vereinbart ist, während des ersten Monats nach dem Beginne der Lehrzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig.

Nach dem Ablaufe der Probezeit finden auf die Kündigung des Lehrverhältnisses die Vorschriften der §§ 70 bis 72 Anwendung. Als ein wichtiger Grund zur Kündigung durch den Lehrling ist es insbesondere auch anzusehen, wenn der Lehrherr seine Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise vernachlässigt.

Im Falle des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältniß innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

Der Paragraph behandelt die Dauer des Lehrvertrages.

1. **Der erste Monat ist die gesetzliche Probezeit** (vgl. § 127b GewO.). Während dieser Probezeit kann jeder Teil jederzeit das Verhältnis willkürlich durch sofortige Kündigung lösen (Abs. 2). Für die Berechnung sind die §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 u. 3 BGB. maßgebend. Anm. 1.

Diese gesetzliche Probezeit **kann durch Vereinbarung bis auf drei Monate verlängert werden,** nicht aber auf längere Zeit, sonst ist die betreffende Vereinbarung von Anm. 2.

§ 77. vornherein nichtig und es gilt nunmehr nicht etwa eine dreimonatliche, sondern die gesetzliche Probezeit von einem Monate. Wenn nach Ablauf zweier Probemonate nunmehr zwei weitere Probemonate vereinbart werden, so ist auch diese Vereinbarung nichtig und es verbleibt in diesem Falle bei der bereits vollendeten zweimonatlichen Probezeit (zust. Hans Lehmann 69).

Anm. 3. Aber es kann die Probezeit durch Vereinbarung auch nicht auf einen geringeren Zeitraum als einen Monat verkürzt und **demgemäß auch nicht beseitigt werden** (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 4. 2. Für die **Dauer der Lehrzeit** (der Ausdruck „Lehrzeit" wird im Gesetz unter Einschluß der Probezeit gebraucht) ist der Vertrag maßgebend, eventuell örtliche Verordnungen oder der Ortsgebrauch. Unter örtlicher Verordnung ist nicht etwa eine Verordnung der Lokalbehörden, sondern das Partikularrecht des betreffenden Ortes zu verstehen (Hahn § 3 zu Art. 61 des alten HGB., dessen Abs. 2 die gleiche Vorschrift enthielt; Art. 15 EG. z. HGB.); nur ist die in § 624 BGB. gesetzte Maximalgrenze zu beachten (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 2). Über Ortsgebrauch vgl. § 59 Anm. 24. Fehlt es an örtlichen Verordnungen und an Ortsgebrauch, so entscheidet die Angemessenheit, wie sich dies aus der Analogie des § 59 HGB. und des § 315 BGB. ergibt (Düringer-Hachenburg I 248). Verträge, durch die eine allzulange Lehrzeit bestimmt wird, unterliegen der in § 624 BGB. gesetzten Grenze, können aber auch unter Umständen unsittlich und schon deshalb ungültig sein (Horrwitz 169). Der Ortsgebrauch ist in den einzelnen Geschäftszweigen verschieden. Im Konfektionsgeschäft en gros und im Exportgeschäft sowie im Bankgeschäft dauert sie z. B. in Berlin drei Jahre (Älteste Berlins bei Horrwitz 169). Das ist wohl auch der allgemeine Durchschnittssatz.

Anm. 5. Kündigungsfristen sieht das Gesetz nicht vor, und sie können auch nicht vertragsmäßig vorgesehen werden. Die Lehrzeit muß eine bestimmte Dauer haben, wie sich zwingend aus ihrer Natur und aus dem Zusammenhange von Abs. 1 u. 3 unsers Paragraphen ergibt. Unzutreffend ist, wenn Makower (I 133; ebenso Lehmann-Ring Nr. 7) die Vereinbarung einer bestimmten Kündigung zulassen will (vgl. hiergegen Landmann, GewO. Anm. 2 zu § 128; Fuld 120; Düringer-Hachenburg I 249).

Anm. 6. Verbleibt der Lehrling nach Ablauf der Lehrzeit, so gilt das Verhältnis keineswegs stillschweigend als fortgesetzt. Der § 625 BGB. kann hier keine Anwendung finden. Der Lehrling ist vielmehr von diesem Augenblicke an Handlungsgehilfe (ebenso Düringer-Hachenburg I 248; Cadenbach 59).

Anm. 7. 3. **Während der Dauer der eigentlichen Lehrzeit kann aus wichtigem Grunde nach Maßgabe der §§ 70—72 ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden** (Abs. 3 unseres Paragraphen). Freilich wird bei gleichem Tatbestande hier oft eine andere, bald strengere, bald mildere Beurteilung gerechtfertigt sein. Beim Lehrling z. B., der sich ja noch im Erziehungsstadium befindet, wird ein Ungehorsamsakt oder eine Nachlässigkeit nicht so leicht zur Auflösung führen, wie beim Handlungsgehilfen (OLG. Hamburg in ZHR. 42, 516). In diesem Sinne hebt das Gesetz noch besonders hervor, daß hier unter gewissen Umständen schon die bloße Vernachlässigung der Pflichten des Lehrherrn in bezug auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Ausbildung des Lehrlings ausreicht, um den Lehrling zur sofortigen Kündigung zu berechtigen, während im § 70 Nr. 3 erst die Verweigerung dazu berechtigt. Ja schon die bloße objektive Vernachlässigung wird hier oft genügen. So z. B. wenn der Lehrherr zwar einen an sich geeigneten Vertreter bestellt, dieser aber seine Verpflichtungen vernachlässigt. — Die Verwendung zu mechanischen Dienstverrichtungen und Arbeiten, wie sie dem Hausgesinde obliegen, kann mit den Zwecken des Lehrvertrages, namentlich auch in Rücksicht auf Art, Umfang und Ort des Geschäfts, vereinbar sein, und braucht nicht unter allen Umständen einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Vertrages zu bilden (RG. in SeuffA. 36, 318). — Der Übergang des Geschäfts auf einen neuen Inhaber (bei Veräußerung, beim Ausscheiden eines Gesellschafters) wird nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung für den Lehrling sein (anders 6./7. Aufl. Anm. 7), es sei denn, daß gerade mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Lehrherrn der Vertrag ge-

schlossen war (D. 71). Dagegen sind als wichtige Gründe anzusehen: der Konkurs des Prinzipals (zust. Jaeger Anm. 7 § 22 KO.; anders AG. Frankfurt a. M. in ZHR. 14, 543), die Unfähigkeit des Lehrherrn zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten (D. 71; vgl. § 127b Abs. 3 Nr. 2 GewO.), bei einem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Lehrling auch gestörte Familienverhältnisse des Lehrherrn (ROHG. 13, 109). § 77.

Hervorgehoben sei, daß der Lehrvertrag wegen Konkurses des Lehrherrn nicht in Gemäßheit des § 22 KO. gekündigt werden kann, da gesetzliche Kündigungsfristen für ihn nicht bestehen (oben Anm. 5; Jaeger Anm. 7 § 22 KO.; anders beim Handlungsgehilfenvertrag, Anm. 28 zu § 70).

Über die Erklärung der sofortigen Kündigung und ihre Folgen gelten sinngemäß die Regeln des § 70. Vgl. jedoch § 79.

4. **Ein eigentümlicher Rechtszustand tritt ein, wenn der Lehrherr stirbt.** Hier tritt wieder eine gesetzliche Probezeit ein: während der Dauer eines Monats kann jeder Teil jederzeit willkürlich ohne Frist kündigen. Stirbt bei einer o. H. G. ein Mitinhaber, so liegt der Fall so lange nicht vor, als ein anderer Mitinhaber für die Leitung der Ausbildung Sorge zu tragen fähig ist. Anm. 8.

Der Tod des Lehrlings ist Endigungsgrund (s. a. § 127b Abs. 4 GewO.).

Zusatz: Übergangsfrage. Die Vorschriften dieses Paragraphen, abgesehen vom Abs. 2, haben keinen zwingenden Charakter und traten deshalb nicht sofort am 1. Januar 1898 in Kraft. — Vgl. noch Anm. 24 zu § 76. Anm. 9.

§ 78.

Wird von dem gesetzlichen Vertreter des Lehrlinges oder, sofern dieser volljährig ist, von ihm selbst dem Lehrherrn die schriftliche Erklärung abgegeben, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder zu einem anderen Beruf übergehen werde, so endigt, wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird, das Lehrverhältniß nach dem Ablauf eines Monats. § 78.

Tritt der Lehrling der abgegebenen Erklärung zuwider vor dem Ablaufe von neun Monaten nach der Beendigung des Lehrverhältnisses in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder als Handlungsgehülfe ein, so ist er dem Lehrherrn zum Ersatze des diesem durch die Beendigung des Lehrverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet. Mit ihm haftet als Gesammtschuldner der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er von dem Sachverhalte Kenntniß hatte.

Lit: Ritter, Zur Auslegung des § 78 HGB. (im „Recht" 01, 131) und Rudorff, Beendigung des Lehrverhältnisses (dort 00, 525ff.). Über den Entschädigungsanspruch des gewerblichen Lehrherrn aus § 127e GewO. s. Mumm DJZ. 05, 902.

1. Die hier in Rede stehende Erklärung muß den Inhalt haben, daß der Lehrling **zu einem andern Gewerbe** oder zu **einem andern Beruf** übergehen werde. Es genügt nicht die Erklärung, daß er zu einem anderen Handelszweige übergehen werde, oder daß er zwar in ein anderes Handelsgeschäft, aber nicht als Handlungsgehilfe oder als Handlungslehrling übergehen werde, sondern etwa als Gewerbelehrling oder Gewerbegehilfe. Doch sind auch solche Erklärungen nicht wirkungslos (vgl. Anm. 2). — Die Erklärung muß — trotz der absoluten Fassung des Gesetzes — gutgläubig abgegeben sein; auf arglistigen Bruch des Lehrvertrages wollte das Gesetz nicht eine Prämie setzen. Dies ergibt auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die ihr Analogon in § 127e der GewO. hat (so mit Recht OLG. Hamburg in OLGR. 1, 227 und Rudorff a. a. O.; a. A. Ritter). Anm. 1.

2. Die Erklärung muß **schriftlich** abgegeben sein. Sie braucht nicht in einem besonderen Scheine abgegeben zu werden; es kann dies auch im Laufe der Korrespondenz geschehen sein, Anm. 2.

§ 78. auch durch Bevollmächtigte erklärt sein. Aber eine telegraphische Übermittlung genügt **nicht**, wie gegen Düringer-Hachenburg (I 250) bemerkt werden mag, da § 126 BGB. (eine durch Gesetz vorgeschriebene schriftliche Form), nicht § 127 BGB. (eine durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form) Platz greift. Erklärungen im Brief oder in einer Postkarte genügen, wenn nur die Erfordernisse des § 126 BGB. erfüllt sind. Lediglich mündliche Erklärungen dieser Art sind aber wirkungslos, es sei denn, daß sie die Absicht erkennen lassen, demnächst willkürlich das Lehrverhältnis zu lösen. Das kann unter Umständen ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Kündigung für den Prinzipal sein. Das gleiche gilt, wenn die Erklärung dahin ging, der Lehrling werde in ein anderes Handelsgeschäft gehen (zust. Goldmann I 389).

Die Erklärung ist eine „einem anderen gegenüber" abzugebende; über ihre Wirksamkeit vgl. daher §§ 130 ff. BGB.

Anm. 3. 3. Liegt eine schriftliche Erklärung gemäß Anm. 1 u. 2 vor, so bedarf es **einer besonderen Kündigung oder Entlassungserklärung** nicht mehr. Das Verhältnis endet vielmehr nach Ablauf eines Monats von selbst. Der Prinzipal kann den Lehrling aber auch sofort nach Abgabe der Erklärung entlassen. Die Vorschrift hat zugunsten des Lehrlings zwingenden Charakter und kann durch Vereinbarung zum Nachteil des Lehrlings nicht geändert werden. Denn sie ist zum Schutze des Lehrlings gegeben, der seinen Neigungen und Fähigkeiten zuwider in seinem Lehrverhältnis nicht festgehalten werden soll (vgl. Anm. 7).

Anm. 4. 4. **Die Folgen der Zuwiderhandlung gegen die abgegebene Erklärung.** Der Erklärung zuwider wird gehandelt, wenn der Lehrling vor dem Ablauf von neun Monaten „nach der Beendigung des Lehrverhältnisses" d. h. hier nach der laut Abs. 1 erfolgten Beendigung (über die Berechnung vgl. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.) in ein anderes Geschäft als Handlungsgehilfe oder als Handlungslehrling eintritt, gleichviel welcher Branche (auch als Volontär; Düringer-Hachenburg I 250; anders Goldmann I 390). Seine Erklärung bindet ihn, sich dem Kaufmannsstande zunächst nicht zu widmen (zust. Düringer-Hachenburg I 250; Goldmann I 388). Der Ansicht des OLG. Hamburg (in OLGR. 1, 227), nach der auch verschiedene kaufmännische Betriebe, z. B. ein geringes Eisen-Detailgeschäft und ein Speditionsgeschäft, verschiedene Berufe sind, ist nach Wortlaut — „in ein anderes Geschäft" — und Tendenz des Abs. 2 zu widersprechen. Widmet sich der Lehrling dennoch innerhalb neun Monaten dem Kaufmannsstande, so wird die Erklärung als Vorwand betrachtet und der Lehrling kann sich auch damit nicht entschuldigen, daß bei Abgabe der Erklärung wirklich die Absicht des Berufswechsels bestand. Der Austritt ist in solchem Falle von Gesetzes wegen unbefugt. Auch der Eintritt in das Geschäft eines Gewerbetreibenden, der zufolge des § 5 als Kaufmann gilt, ist eine Zuwiderhandlung, dagegen nicht der Eintritt in ein Geschäft, das unter § 2 fällt, aber noch nicht eingetragen ist, es sei denn, daß zur Zeit des Eintritts die Eintragung bereits geplant war. — Durch selbständige Etablierung wird die Erklärung nicht verletzt.

Anm. 5. Die Schadensersatzpflicht tritt für den Lehrling ein, wenn der gesetzliche Vertreter oder der volljährige Lehrling selbst die Erklärung abgibt. Es genügt nicht, wenn die Mutter, falls sie nicht gesetzliche Vertreterin ist, sie abgibt. Damit die Schadensersatzpflicht gegen den Lehrling zur Entstehung kommt, muß der Lehrvertrag von ihm oder in seinem Namen geschlossen sein, und zwar wegen § 79 schriftlich. Ist der Lehrvertrag vom gesetzlichen Vertreter im eigenen Namen abgeschlossen, so trifft die Schadensersatzpflicht in sinngemäßer Anwendung des Abs. 2 ihn selbst (a. A. Düringer-Hachenburg I 251).

Anm. 6. Soweit der Lehrling haftet, haftet mit ihm als Gesamtschuldner der neue Prinzipal, wenn er von dem Sachverhalt Kenntnis hatte, d. h. von dem gesamten Sachverhalte, wenn auch nicht von dem Vorhandensein eines schriftlichen Lehrvertrages (Düringer-Hachenburg I 251; vgl. § 79 Anm. 3). Kennen müssen genügt hier nicht. Auch verpflichtet nachträgliche Kenntnis den neuen Lehrherrn nicht zur Entlassung des Lehrlings. Unter Umständen wird auch der gesetzliche Vertreter persönlich als Gesamtschuldner haften, falls die

Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen vorliegen (dagegen Düringer-Hachenburg I 251). Der neue Dienstvertrag aber ist gültig. § 78.

5. **Die Vorschrift des Abs. 1 ist zwingenden Rechts,** soweit sie zum Schutze des Lehrlings dienen soll; Vereinbarungen, welche die freie Berufswahl verhindern sollen (z. B. Vertragsstrafen für den Fall solcher Endigung), sind ungültig (Fuld 123). — Die Vorschrift des Abs. 2 ist insoweit nicht zwingenden Rechtens, als Einschränkungen oder Aufhebungen der Rechte des Lehrherrn in Frage stehen. Soweit aber durch Abänderung des Abs. 2 die Lage des Lehrlings erschwert werden soll, wird man auch dieser Vorschrift zwingenden Charakter wegen der Tendenz beilegen müssen, die allen diesen Vorschriften zugrunde liegt: wirksamer Schutz des wirtschaftlich Schwachen gerade beim Abschluß von Vereinbarungen. Dies gilt z. B., wenn an den unbefugten Austritt eine Vertragsstrafe geknüpft ist. Man wird diese insoweit für ungültig erklären müssen, als der Lehrling mehr zahlen müßte, als den Ersatz des dem Prinzipal entstandenen Schadens. Diesen und nicht mehr will die Vorschrift des Abs. 2 dem Lehrherrn zubilligen. Anm. 7.

§ 79.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre kann der Lehrherr gegen den Lehrling nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen ist. § 79.

Lit.: Lewinsohn, Die Schadensersatzansprüche aus dem kaufmännischen Lehrvertrage, JW. 02, 245 ff.

1. Zu den **hier vorgesehenen Ansprüchen** gehören Verletzungen der §§ 77 u. 78: Verlassen der Lehre vor dem Ablauf der Lehrzeit ohne wichtigen Grund oder unter Zuwiderhandlung gegen § 78. Welches diese Ansprüche sind (unmittelbarer oder indirekter Zwang? Schadensersatz?), darüber s. Anm. 8 zu § 76, Anm. 4 ff. zu § 78 u. Lewinsohn a. a. O. **Diese Ansprüche kann der Lehrherr mangels schriftlichen Vertrages nicht geltend machen.** Der Lehrvertrag ist aber im übrigen gültig, auch wenn er mündlich geschlossen wird (Anm. 13 zu § 76). Alle sonstigen Ansprüche können also auch aus einem mündlichen Vertrage geltend gemacht werden, z. B. Anspruch auf Lehrgeld (anders GewO. § 127f). Anm. 1.

   Die Ansprüche wegen unbefugten Austritts fallen aber bei bloß mündlichem Abschlusse des Lehrvertrages auch dann fort, wenn sie vertraglich festgesetzt sind; nicht bloß die gesetzlichen Ansprüche fallen fort.

2. Das Erfordernis des **schriftlichen Abschlusses** richtet sich für die vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Lehrverträge noch nach Landesrecht, für die seitdem geschlossenen ist § 126 BGB. maßgebend. Schwerere Formen (gerichtliche oder notarielle) genügen natürlich (§ 126 Abs. 3 BGB.), Telegramme nicht (Anm. 2 zu § 78). Anm. 2.

3. Der **Anspruch gegen den Lehrling** fällt fort. Damit fällt natürlich auch im Falle des § 78 Abs. 2 Satz 2 der Anspruch gegen den neuen Prinzipal fort; denn dieser kann nicht „mit dem Lehrling als Gesamtschuldner" haften, wenn der Lehrling nicht haftet (zust. Düringer-Hachenburg I 252; anders Makower I 135; vgl. a. § 78 Anm. 6). Wenn dagegen der Lehrvertrag von dem Vater oder dem Vormunde im eigenen Namen abgeschlossen wurde, so besteht der Anspruch auch dann, wenn der Lehrvertrag nicht schriftlich abgeschlossen wurde, weil es sich nicht um einen Anspruch „gegen den Lehrling" handelt (zust. Lehmann-Ring Nr. 2). Daß der Anspruch in solchem Falle überhaupt besteht, darüber s. Anm. 14 zu § 76. Anm. 3.

4. Der **Anspruch gegen den Lehrherrn** wegen unbefugter sofortiger Kündigung ist übrigens durch § 79 nicht berührt. Dieser besteht also auch bei mündlichem Lehrvertrage (gl. A. Lewinsohn). Anm. 4.

§ 80.

Bei der Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling ein schriftliches Zeugniß über die Dauer der Lehrzeit und die während dieser erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie über sein Betragen auszustellen. § 80.

§ 80. Auf Antrag des Lehrlinges hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

Anm. 1. 1. **Bei Beendigung des Verhältnisses** kann das Zeugnis verlangt werden, auch wenn das Verhältnis während der Probezeit durch willkürlichen Rücktritt oder während der Dauer der Lehrzeit aus wichtigem Grunde aufgelöst wird, ja auch dann, wenn der Rücktritt aus einem Grunde erfolgt, den der andere Teil als wichtigen nicht gelten lassen will (vgl. Anm. 1 u. 3 zu § 73). Im Falle, daß die Lehrzeit normal endigt, kann das Zeugnis schon mäßige Zeit vor der Beendigung verlangt werden, natürlich auch nachher (vgl. Anm. 3 zu § 73). Dagegen kann die Ansicht, die freilich die herrschende ist, nicht geteilt werden, daß wegen der verschiedenen Fassung des § 80 und des § 73 die Erteilung des Zeugnisses hier ohne Antrag vorgeschrieben sei. Die D. (71) läßt nicht erkennen, daß eine so außerordentliche eigentümliche Verpflichtung vorgeschrieben sein sollte; nur „ein Recht des Lehrlings auf Erteilung eines Zeugnisses" sollte vorgeschrieben werden.

Anm. 2. 2. **Inhalt des Zeugnisses.** Das hier vorgesehene Zeugnis erstreckt sich auf die Dauer der Lehrzeit, die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten und auf das Betragen des Lehrlings. Die Vorschrift weicht in dieser Hinsicht von § 73 ab. Es kann hier vom Prinzipal nicht verlangt werden, daß er lediglich die Dauer der Lehrzeit bescheinigen und die erworbenen Fähigkeiten oder das Betragen unberührt lassen soll. Vielmehr kann sich der Prinzipal auf den Standpunkt stellen, daß er entweder alles oder gar nichts bescheinigt. Wohl aber kann im Einverständnisse mit dem Lehrling oder seinem gesetzlichen Vertreter der eine oder andere Punkt unbescheinigt bleiben, freilich auf Gefahr des Lehrherrn, wenn dadurch ein falsches Gesamtbild erzeugt wird. Die in Anm. 4 erwähnte Unverzichtbarkeit steht dem nicht entgegen; dort handelt es sich um den Verzicht auf das Zeugnis überhaupt. — Der Lehrherr ist berechtigt, die Gründe der Entlassung im Zeugnis mit anzugeben (OLG. Dresden in OLGR. 5, 273). Vgl. noch die Erl. zu § 73 Anm. 4.

Anm. 3. 3. **Auf Ausstellung oder Berichtigung des Zeugnisses kann der Lehrling klagen.** Außerdem kann er wegen Weigerung der Berichtigung oder Ausstellung in den geeigneten Fällen Schadensersatz beanspruchen (vgl. Anm. 7 zu § 73). — Auch dem Dritten haftet der Lehrherr bei Ausstellung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung (Anm. 8 zu § 73).

Anm. 4. 4. **Die Bestimmung ist öffentlichen Rechtens** und deshalb unverzichtbar (zust. Cadenbach 41). Auch ein nachträglicher Verzicht ist deshalb unverbindlich (s. Anm. 5 zu § 73 und die dort gezogenen Folgerungen).

§ 81.

§ 81. Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, dürfen Handlungslehrlinge weder halten noch sich mit der Anleitung von Handlungslehrlingen befassen. Der Lehrherr darf solche Personen zur Anleitung von Handlungslehrlingen nicht verwenden.

Die Entlassung von Handlungslehrlingen, welche diesem Verbote zuwider beschäftigt werden, kann von der Polizeibehörde erzwungen werden.

Anm. 1. 1. **Zufolge des Abs. 1 sind derartige Lehrverträge nicht ungültig.** Im Sprachgebrauch des BGB., dem sich das neue HGB. angeschlossen hat, werden, wenn ein Akt derartig verboten werden soll, daß der gleichwohl vorgenommene Akt unwirksam sein soll, die Worte „kann nicht" gebraucht; wenn aber nicht die Unwirksamkeit, sondern andere Nachteile sich daran knüpfen sollen, wird „darf nicht" gesagt (vgl. Planck, Kommentar zum BGB. I 27; für das HGB. vgl. z. B. §§ 227, 230, 238, 274, 283, 287, 288, 301). Düringer-Hachenburg (I 253) behaupten die Nichtigkeit (ihnen zustimmend Goldmann I 395; Lehmann-Ring Nr. 1). Sie beziehen sich auf § 134 BGB. und darauf, daß die Durchführung des in Abs. 1 enthaltenen

Verbots durch administrativen Zwang (§ 81 Abs. 2) und durch Strafdrohung (§ 82 Abs. 2) gesichert sei. Allein diese Gründe reichen nicht aus. Nach § 134 BGB. ist ein gesetzlich verbotenes Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Hier aber ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes ein anderes. Administrativer Zwang und Polizeistrafen aber machen das verbotene Rechtsgeschäft nicht notwendig ungültig, wie das Beispiel der nicht konzessionierten Gastwirtschaft ergibt. Auch geht es nicht an, den Vertrag einseitig für den Lehrling für unverbindlich zu erklären, wie es Gareis (Lehrbuch § 21 S. 100) will. Selbstverständlich aber besteht in solchem Fall ein wichtiger Grund zur einseitigen Aufhebung des Verhältnisses, und zwar für beide Teile. Der Lehrherr wird in solchen Fällen in sinngemäßer Anwendung der §§ 70, 77 schadensersatzpflichtig sein. Auch die Polizei kann die Entlassung erzwingen. Gemeint ist hierbei die tatsächliche Entlassung. Der Zwang und die Rechtsmittel bestimmen sich hierbei nach Landesrecht. **§ 81.**

2. Zu berücksichtigen ist hier ferner der am 1. Oktober 1900 in Kraft getretene § 139 l der GewO., wonach auf das Halten von Lehrlingen in offenen Verkaufsstellen sowie in anderen Betrieben des Handelsgewerbes (also auf jedes Halten von Handlungslehrlingen) die Bestimmung des § 128 GewO. Anwendung findet. Der § 128 lautet: Anm. 2.

> Wenn der Lehrherr eine im Mißverhältnisse zu dem Umfang oder der Art seines Gewerbebetriebs stehende Zahl von Lehrlingen hält und dadurch die Ausbildung der Lehrlinge gefährdet erscheint, so kann dem Lehrherrn von der unteren Verwaltungsbehörde die Entlassung eines entsprechenden Theiles der Lehrlinge auferlegt und die Annahme von Lehrlingen über eine bestimmte Zahl hinaus untersagt werden. Die Bestimmungen des § 126 a Abs. 3 finden hierbei entsprechende Anwendung.
>
> Unbeschadet der vorstehenden Bestimmung können durch Beschluß des Bundesraths für einzelne Geschäftszweige Vorschriften über die höchste Zahl der Lehrlinge erlassen werden, welche in Betrieben dieser Geschäftszweige gehalten werden darf. Soweit solche Vorschriften nicht erlassen sind, können sie durch Anordnung der Landes-Zentralbehörde erlassen werden.

Wegen der privatrechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung gegen die obige Vorschrift vgl. oben Anm. 1.

§ 82.

Wer die ihm nach § 62 Abs. 1, 2 oder nach § 76 Abs. 2, 3 dem Lehrlinge gegenüber obliegenden Pflichten in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark bestraft. **§ 82.**

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher entgegen der Vorschrift des § 81 Handlungslehrlinge hält, ausbildet oder ausbilden läßt.

1. **Die Vorschrift des Abs. 1:** Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber dem Handlungsgehilfen und Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit und Ausbildung gefährdenden Weise. Es muß zunächst der gleiche Tatbestand vorliegen, wie er den in bezug genommenen Paragraphen zugrunde liegt. Aber außerdem muß hinzukommen, daß die Pflichtverletzung in der bezeichneten Weise gefährdend war; nicht jede Verletzung der gedachten Fürsorgepflichten fällt darunter. Vorsatz oder mindestens Fahrlässigkeit sind vorausgesetzt (vgl. Anm. 2). Anm. 1.

   Der Vorschrift untersteht nur der Lehrherr, nicht auch der, dem der Lehrherr die Ausübung dieser Pflichten überträgt. Die Materialien lassen, obgleich der Wortlaut Zweifel übrig läßt, erkennen, daß dies gewollt ist (KB. 45 ff.; so auch Düringer-Hachenburg I 254; Cadenbach 25).

2. **Die Strafvorschrift des Abs. 2** ist eine reine Polizeivorschrift. Wie alle Polizeidelikte setzt auch dieses mindestens Fahrlässigkeit voraus (Olshausen, Komm. z. StrGB. 6. Aufl. Bd. I 4. Abschn. Nr. 4 und Bd. II, 29. Abschn. Nr. 2). Sie trifft den Lehrherrn, wenn er, obwohl nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte, einen Handlungslehrling in seinem Geschäfte an- Anm. 2.

§ 82. stellt, und wenn er den Handlungslehrling durch eine nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befindliche Person ausbilden läßt; sie trifft aber in dem letzteren Falle auch die ausbildende Person.

§ 83.

§ 83. **Hinsichtlich der Personen, welche in dem Betrieb eines Handelsgewerbes andere als kaufmännische Dienste leisten, bewendet es bei den für das Arbeitsverhältniß dieser Personen geltenden Vorschriften.**

Die Vorschrift ist überflüssig. Die Materie ist bereits im § 59 (Anm. 15—22) erläutert. Vgl. noch Tit. VII der GewO., die §§ 511—555 HGB. und die §§ 7—25 BinnenSchiffG. (v. 15. Juni 1895), sowie die Seemannsordnung über die Rechtsverhältnisse der Seemannschaft.

Für das Gesinderecht sind gemäß Art. 95 EG. z. HGB. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben.

Siebenter Abschnitt.

Handlungsagenten.

§ 84.

§ 84. **Wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.**

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

Lit.: Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, Breslau 00; Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre, Heft I: Das Recht der Agenten, 2. Aufl., Berlin 04; Ehrenberg, Versicherungsrecht I §§ 21 ff.

Anm. 1. **Vorbemerkung zum siebenten Abschnitt.** Die folgenden Vorschriften enthalten zum ersten Male eine gesetzliche Regelung der Rechte und Pflichten der Handlungsagenten. Noch bei der Beratung des alten HGB. hatte man eine solche abgelehnt, weil es sich um einen rechtlich nicht festgestellten Begriff handle. Inzwischen hatten aber Verkehr und Rechtsprechung den Begriff und die Rechtsverhältnisse derart geklärt, daß eine Kodifizierung der Grundsätze auf Schwierigkeiten nicht mehr stieß. — Es ist unzutreffend, wenn Gierke (§ 10) die Vermittelungsgewerbe (Agentur, Mäkelei) nicht zum Handel im wirtschaftlichen Sinne rechnet. Auch in diesem Sinne stehen Handelsgewerbe in Frage; diese Hilfsgewerbe des Güterumlaufs können auch wirtschaftlich aus dem Kreise der Handelsgewerbe nicht ausgeschieden werden (s. § 1 Anm. 2).

Anm. 2. **Der vorliegende Paragraph gibt eine Begriffsbestimmung des Handlungsagenten und Vorschriften über seine Pflichten.**

1. **Die Begriffsbestimmung des Handlungsagenten** gibt der erste Halbsatz des § 84; freilich in ungenauer Fassung (Anm. 4). Die Begriffsbestimmung entspricht im wesentlichen derjenigen, die schon für das frühere Recht das RG. (31, 60) vertreten hat.

Anm. 3. a) **Er ist „betraut".** Daraus folgt an sich für die juristische Konstruktion nichts. Der Ausdruck bedeutet nur ein besonderes Vertrauensverhältnis. Unter welchen allgemeinen Begriff dieses fällt, darüber s. Anm. 4 α.

Anm. 4. b) Er ist **ständig** betraut, **ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein.** Hierin liegen die Unterschiede des Agenten vom Makler (Anm. 7) und vom Handlungsgehilfen. Nach dem Wortlaut des § 84 könnte man, wie Rehme (ZHR. 52, 446) mit Recht hervorhebt, die Vorschriften

dieses Abschnitts auch auf die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten beziehen, soweit diese nicht als Handlungsgehilfen angestellt sind, — was möglich ist — (vgl. § 48 Anm. 1), da auch sie ständig mit dem Abschluß von Geschäften für und im Namen eines anderen betraut sind. Aber der Wortlaut ist inkorrekt. Der offenbar gemeinte Gegensatz zu den Worten: „ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein", ist die Selbständigkeit des Gewerbebetriebs (s. Anm. 5). Noch nach einer andern Richtung liegt eine — nach Cosack (§ 44 S. 199) „gar nicht zu entschuldigende" — Ungenauigkeit vor. Der Gesetzestext scheide aus dem Kreise der Handlungsagenten nicht sämtliche Angestellte, sondern nur die Handlungsgehilfen aus; danach wäre z. B. der Oberkellner eines Gastwirts Handlungsagent! Offenbar ist die Absicht des Gesetzes eine andere. Eine weitere Ungenauigkeit ist in Anm. 8 hervorgehoben. **Die Legaldefinition müßte, richtig gefaßt, folgendermaßen lauten:** Handlungsagent ist der selbständige Kaufmann, der ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte bloß zu vermitteln oder im Namen des anderen zu vermitteln und abzuschließen.

Der Agent kann niemals Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetriebe haben (er ist betraut, „Geschäfte" ... abzuschließen; vgl. RG. in JW. 02, 424[31]).

α) Der Agenturvertrag ist ein **Dienstvertrag** im Sinne des BGB. (§§ 611 ff.). Unter den Dienstvertrag fallen auch Dienste höherer Art, die ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen, nicht etwa nur Dienste, die den Dienstverpflichteten in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Berechtigten bringen. Auch der Arzt und der Rechtsanwalt sind hiernach Dienstverpflichtete. Vom RG. (31, 60) ist zwar der Satz aufgestellt, der Agenturvertrag sei kein Dienstvertrag, vielmehr erhalte der Agent einen Lohn für erzielte Erfolge. Der Agent wird aber nicht bloß für die erfolgreichen Vermittelungen und gemachten Abschlüsse belohnt. Der Inhalt seiner Stellung ist vielmehr die fortdauernde Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn; die Erzielung von Geschäftsabschlüssen ist, wenn auch der vornehmste und am meisten hervortretende, so doch nicht der einzige Inhalt seiner Stellung. Dabei darf der Umstand nicht irreführen, daß der Lohn meist in Prozenten der abgeschlossenen Geschäfte geleistet wird. Einmal ist das nicht notwendig der Fall und dann ist es nur eine Vergütungsart, die über den wesentlichen Inhalt dessen, was der Agent zu leisten hat, nicht hinwegtäuschen darf. Eine Verpflichtung zur Herbeiführung des von vornherein abgegrenzten Erfolges, wie der Werkmeister, also eine Verpflichtung zur Erzielung von Aufträgen übernimmt der Agent jedenfalls nicht. Nicht zutreffend ist es daher, wenn Makower (I 144) die Vorschriften über den Werkvertrag anwenden will (auch abgelehnt vom RG. 31, 60). Vielmehr kommen die Regeln über den Dienstvertrag zur Anwendung. Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag über Geschäftsbesorgung nach 675 BGB. (zust. OLG. Frankfurt im „Recht" 03, 295 und Hamburg in OLGR. 7, 385 [letzteres abw. ebendort 10, 237]; Lehmann-Ring Nr. 4; Goldmann I 401; Gierke § 31; Immerwahr § 3 unter eingehender Ablehnung der anderen Konstruktionen des Agenturenverhältnisses: Mandat, Werkverdingung, Vertrag sui generis; Jaeger § 22 Anm. 10; vgl. auch Düringer-Hachenburg I 257; abweichend OLG. Karlsruhe in BadRspr. 01, 135, das den Vertrag für keinen reinen Dienstvertrag erklärt).

β) Die Anstellung des Agenten darf aber **nicht die eines Handlungsgehilfen** sein. Anm. 5. Wesentlich ist also, daß er nicht ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Prinzipals bildet, sondern als selbständiger Gewerbetreibender tätig wird (so auch Gareis, Lehrbuch § 54 S. 431; Dernburg II § 340 und RG. bei Holdheim 11, 115; vgl. Anm. 4). Wenn z. B. der Geschäftsherr eine unter seiner Firma geführte Filiale errichtet, zu diesem Zwecke Verkaufsräume mietet und als Vorsteher dieser Filiale jemanden anstellt, der seinerseits wieder andere auf Kosten des Prinzipals anstellt, so liegt hierin ein Handlungsgehilfenverhältnis, auch wenn die Entlohnung gegen Provision erfolgt (RG. bei Holdheim 11, 115). Ähnlich, wie wir, Düringer-Hachenburg (I 257), denen wir aber darin nicht folgen können, daß sie die größere Selbständigkeit als Charakteristikum des Dienstvertrages „ohne feste

§ 84. Bezüge", die Unselbständigkeit als Charakteristikum des Dienstvertrages „mit festen Bezügen" ansehen — §§ 622, 627 BGB. — Findet man doch die größere Selbständigkeit oft auch bei Dienstverträgen mit festen Bezügen, so z. B. wenn der Arzt ein jährliches Fixum erhält (Hausarzt), oder der Rechtsanwalt (Syndikus). Umgekehrt kann auch der Handlungsgehilfe nur gegen Provision und Tantieme angestellt sein (vgl. § 65).

Anm. 6. Im Einzelfalle wird es oft Schwierigkeiten machen, festzustellen, ob die Stellung eines unabhängigen Agenten oder die eines abhängigen Handlungsgehilfen gewollt ist. Dazu wird wesentliche, aber nicht zwingende Anhaltspunkte die Erfahrung bieten, daß der Agent regelmäßig gegen Provision, der Handlungsgehilfe gegen festes Gehalt angestellt ist; daß der Agent oft gleichzeitig für mehrere Firmen tätig ist, der Handlungsgehilfe nur höchst selten; daß der Agent meist an fremden Orten wohnt, der Handlungsgehilfe selten; daß der Agent seine Geschäftsunkosten selbst trägt, der Handlungsgehilfe nicht (D. 73; OLG. Colmar in OLGR. 6, 350); daß im Vertrage die Stellung als die eines Agenten bezeichnet ist (OLG. Hamburg in OLGR. 8, 388).

Die Feststellung, ob Agent oder Handlungsgehilfe, ist jetzt auch prozessual sehr wichtig, da die Streitigkeiten mit Agenten nicht vor die Kaufmannsgerichte gehören (vgl. eine Reihe Urteile der Kaufmannsgerichte in „Gew.- u. KfmGer." 11, 10ff.).

Anm. 7. γ) **Er muß ständig** betraut sein, d. h. das Verhältnis muß als ein dauerndes gewollt sein (gleichgültig, ob es auch lange dauert). Darin liegt der Unterschied vom Makler. Dieser ist Augenblicksvermittler, während der Agent in dauernde Beziehung zu seinem Geschäftsherrn tritt (s. auch D. 73). Unzutreffend ist es, wenn Düringer-Hachenburg (I 261) dem widersprechen und auf den sog. „Gelegenheitsagenten" hinweisen, der doch auch Agent sei. Als Gelegenheitsagent erscheint ihnen derjenige, der allgemein dem Publikum seine Dienste als Vermittler für Handelsgeschäfte zur Verfügung stellt und dann gelegentlich für den oder jenen tätig wird. Allein das ist ja der eigentliche Makler, und zwar, wenn es sich um Gegenstände des Handelsverkehrs handelt, der Handelsmakler, sonst der Zivilmakler (ebenso Immerwahr 4). Zum Begriff des Handelsmaklers gehört es aber nicht etwa, wie Düringer-Hachenburg meinen, daß er eine objektive und vertragliche Stellung zu beiden Parteien einnimmt. Dieses Begriffsmerkmal stellt der § 93 nicht auf; nur soviel ergibt sich aus den Einzelbestimmungen über den Handelsmakler, daß jene objektive Stellung die regelmäßige und gesetzliche Gestaltung des Verhältnisses ist, die aber durch Parteiabrede auch Änderungen erfahren kann, ohne daß das Wesen der Sache beeinträchtigt würde (vgl. hierüber Erl. vor § 93 Anm. 3). Infolgedessen ist es nicht zutreffend, wenn Düringer-Hachenburg auf den „Gelegenheitsagenten" die Vorschriften über den Agenten entsprechend anwenden wollen (Goldmann I 400 rechnet zwar die Gelegenheitsagenten zu den Handelsmaklern, will aber auf ihre Geschäfte die Vorschriften des BGB., insbes. über den Dienstvertrag anwenden).

Anm. 8. c) **Geschäfte zu vermitteln oder im Namen eines anderen abzuschließen**, ist der Agent betraut. Aus diesem weiten Ausdruck folgt, daß es sich nicht nur um den Absatz von Waren handelt, sondern daß auch die Versicherungs-, Auswanderungs- und Transportagenten dazu gehören (D. 73, 74; KG. in OLGR. 3, 401 und OLG. Colmar dort 6, 507). — Der Agent soll nur vermitteln oder im Namen eines anderen abschließen; der Kommissionär unterscheidet sich von ihm dadurch, daß er im eigenen Namen abschließt. Der Kommissionär ist ebensowenig Agent, wie der, welcher auf Grund der in neuerer Zeit ziemlich häufigen Verträge den Alleinverkauf der Erzeugnisse eines Fabrikhauses in einem bestimmten Bezirke als „Vertreter" (oder „Generalvertreter") übernimmt, doch so, daß er im eigenen Namen und für eigene Rechnung die Ware kauft und verkauft (RG. 46, 123). Übrigens wird der Ausdruck „Vertreter" auch hin und wieder für den eigentlichen Agenten gebraucht, wie er überhaupt in der Sprache des Kaufmanns keinen festen Begriff umgrenzt (RG. 46, 185 sowie in JW. 02, 424[31] u. 99, 181[20]; OLG. Hamburg in OLGR. 11, 28). — Der „Börsenremisier" hat die Rechtsstellung eines Handlungsagenten (KG. in KGBl. 05, 104). — Der Agent

soll **vermitteln oder abschließen.** Wann er die eine, wann die andere Funktion hat, muß **§ 84.** der **Einzelfall entscheiden.** S. hierüber Erl. zu § 85. Richtiger hieße es übrigens: er soll entweder **bloß** vermitteln **oder** vermitteln und abschließen. — Der Abschlußagent kann auch abschließen unter Vorbehalt der Aufgabe des Gegenkontrahenten. Aber das **braucht** der Geschäftsherr nur gelten zu lassen, wenn er es gutheißt. Alsdann aber greift § 95 entsprechend Platz (vgl. RG. 38, 189; Düringer-Hachenburg I 264; a. A. Lehmann-Ring § 85 Nr. 4).

d) **Für das Handelsgewerbe eines anderen** muß die Tätigkeit erfolgen. Also muß der andere Anm. 9. Teil Kaufmann sein. Wer von einem Nichtkaufmann ständig betraut ist, für ihn Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen, ist nicht Handlungsagent, sondern **Zivilagent**, z. B. die Agenten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, soweit nicht auf diese Vereine die in betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen Anwendung finden (vgl. näheres § 1 Anm. 61). Indessen werden für Agenten von Gewerbetreibenden, die nicht Kaufleute sind, die Vorschriften des HGB. sinngemäß Platz greifen (D. 74).

Über den Begriff des Handelsgewerbes s. Anm. 11 zu § 59. Es greift hier das- Anm. 10. selbe Platz, wie beim Handlungsgehilfen, hinsichtlich der Frage, ob die Tätigkeit für einen Kaufmann nach § 2, einen Minderkaufmann nach § 4, einen Scheinkaufmann nach § 5 genügt.

e) **Gegen Vergütung** muß der Agent angestellt sein. Das ist in unserem Paragraphen zwar Anm. 11. nicht ausdrücklich gesagt, geht aber aus der Natur der Sache und aus § 88 hervor (vgl. auch KB. 47: der Agent sei nicht Beauftragter nach §§ 662ff. BGB.).

f) **Nicht gehört** zum Begriff des Handlungsagenten, daß seine Tätigkeit **an einem anderen Orte** Anm. 12. stattfindet, als dem Orte der Niederlassung des Handlungshauses, wenn das auch regelmäßig der Fall sein wird.

2. **Über die Handlungsagenten ist an anderer Stelle bestimmt, daß sie Kaufleute sind.** Denn Anm. 13. ihre Geschäfte bilden, gewerbsmäßig betrieben, ein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 Nr. 7). Dies muß um so mehr hervorgehoben werden, als hieraus ebenfalls besondere Rechte und Verpflichtungen des Agenten folgen; er muß Handlungsbücher führen, seine Firma eintragen lassen, seine Geschäfte sind Handelsgeschäfte, seine Gehilfen Handlungsgehilfen, seine Bevollmächtigten Handlungsbevollmächtigte usw. Wenn er als Kleingewerbetreibender im Sinne des § 4 zu betrachten ist, so ist der Agent allerdings **Minderkaufmann.**

3. **Einteilung (Klassen) der Agenten:** Anm. 14.

a) Nach allgemeinen Kategorien:

α) Vermittlungsagenten und Abschlußagenten; auf diese Unterscheidung weist schon der § 84 hin (näheres im Erl. zu § 85).

β) Platzagenten (Begriffsbestimmung § 86 Anm. 1); und reisende Agenten — oft auch Provisionsreisende genannt —, welche für die Geschäftszwecke reisen (§ 87; § 55 Anm. 4).

γ) Agenten mit und ohne Geschäftsmonopol. Als erstere gelten im Zweifel die sog. Bezirksagenten (vgl. die im § 89 daraus gezogenen Folgerungen; Dernburg II § 340).

δ) Generalagenten — auch Oberagenten genannt — und Unteragenten, nach dem größeren oder geringeren Umfang der Vollmacht, wozu noch kommen kann, daß der Generalagent den Unteragenten für sich anstellt, so daß dieser zum Geschäftsherrn in keinem direkten vertraglichen Verhältnis steht. Im letzteren Falle spricht man auch vom Afteragenten. Indes sind die Bezeichnungen nicht entscheidend (vgl. RG. 46, 185; näheres Immerwahr § 5 IV und V). Über die Grenzziehung zwischen Filiale und Generalagentur s. § 13 Anm. 5f.

b) Nach dem Hauptgegenstande ihrer Dienstleistungen (Immerwahr § 6): Anm. 15.

α) die Warenagenten, die in die Gruppen der Einkaufs- und der zahlreichen Verkaufsagenten sich teilen;

β) die Versicherungsagenten; bei Agenten, sei es einer VersAktGes. oder eines VersVereins auf Gegenseitigkeit, kommt die Sonderbestimmung des § 115 und bei ausländischen Versicherungsunternehmungen die der §§ 87, 88 PrivVersG. v. 12. 5. 01 in Betracht;

§ 84,
γ) die Auswanderungsagenten, deren Geschäftsbetrieb im Reichsges. vom 9. Juni 1897 über das Auswanderungswesen und in dem dazu gehörigen Erlaß des Reichskanzlers vom 14. März 1898 (RGBl. 98, 39) mit geregelt ist;

δ) die Transportagenten, die hauptsächlich für den überseeischen Verkehr tätig sind;

ε) die Realkredit-Agenten, die häufig für die Hypothekenbanken zur Vermittlung ihrer Geschäfte tätig sind.

Anm. 16. 4. **Die Pflichten des Agenten.** Sie ergeben sich teils aus dem vorliegenden Paragraphen, teils aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag, teils daraus, daß der Agent Kaufmann ist.

a) **Er hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.** Dies schreibt unser Paragraph im Abs. 1 vor. Hieraus folgt: er muß sorgfältig bemüht sein, Geschäfte zu vermitteln und ev. abzuschließen. Dadurch unterscheidet er sich ebenfalls vom Makler, der eine Verpflichtung, für die Herbeiführung des Abschlusses bemüht zu sein, nicht übernimmt (Endemann I 95; vgl. Anm. 2 im Exk. vor § 93). Über die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns s. zu § 347. Er muß aber bei der Vermittlung auch sorgfältig sein, besonders in Kollisionsfällen zwischen seinem und des Geschäftsherrn Interesse dieses vorziehen (Düringer-Hachenburg I 263), so namentlich, wenn es das Interesse des Geschäftsherrn erheischt, ein Geschäft nicht abzuschließen. Er muß daher die Kreditwürdigkeit des Kunden nach Möglichkeit prüfen (ROHG. 22, 121; RG. 18, 112; D. 74), und zwar nicht bloß beim Abschluß des Geschäfts; auch in der Folgezeit hat er dem Prinzipal alles zu berichten, was ihm an erheblichen Momenten für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit der Kunden bekannt wird, vorausgesetzt, es kann noch so zeitig geschehen, daß der Prinzipal seine Interessen wahrzunehmen vermag (RG. 18, 212; Bolze 17 Nr. 385). Das folgt aus der dauernden Beziehung, in die er zu dem Hause getreten ist; er ist „ständig betraut" und hat nach Abs. 2 unseres Paragraphen dem Geschäftsherrn die erforderlichen Anzeigen zu machen. Dies gilt auch für die Platzagenten, namentlich in großen Städten (RG. in JW. 93, 38 [7]). Wenn der Agent reist, muß er sich über die Kreditwürdigkeit neuer Kunden an Ort und Stelle erkundigen und darf sich im allgemeinen nicht mit den Auskünften von Auskunftsbureaus begnügen (OLG. Karlsruhe in OLGR. 11, 23).

Über die Pflicht und andererseits auch die Möglichkeit, sich in solchen Fällen zu exkulpieren, s. Anm. 27.

Der Agent hat nicht die Verpflichtung, einen bestimmten Umsatz zu erzielen. Übernimmt er sie, so hat dies nicht etwa zu bedeuten, daß er für einen solchen Umsatz garantiert und deshalb den Schaden zu ersetzen hat, der dem Prinzipal aus der Nichteinhaltung der Garantie erwächst, vielmehr führt dies nur dahin, daß er ohne jenen Umsatz keine Provision erhält.

Anm. 17. Das Delkredere hat der Agent nicht ohne weiteres, sondern nur, wenn er es besonders übernimmt. Hat er es übernommen, so liegt darin eine Bürgschaft. Nach ihren Regeln ist zu beurteilen, ob der Prinzipal zunächst den Kunden verklagen muß, ob Schriftlichkeit erforderlich ist (beides regelmäßig nicht, außer wenn der Agent Kleingewerbetreibender ist). Vgl. über alle diese Punkte § 394 Anm. 1 ff. und die Erl. zu § 349; auch darüber, ob § 775 BGB. Platz greift (Verlangen des Agenten auf Befreiung gegen den Hauptschuldner). — Hervorzuheben ist noch, daß in Fällen, in denen der Agent das Delkredere übernommen hat, ihm die Provision nicht zurückgehalten werden kann, weil noch Posten ungedeckt sind. Vielmehr ist das Delkredere erst fällig, wenn der Posten fällig wird. Wenn dieser trotz Fälligkeit nicht gezahlt wird, dann kann zurückgehalten werden, dann allerdings auch vor der Vorausklage gegen den Hauptschuldner.

Anm. 18. b) **Er muß dem Geschäftsherrn von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige machen.** Dies schreibt Abs. 2 unseres Paragraphen vor. Es bedeutet das natürlich nicht, daß stets unmittelbar nach dem Geschäftsabschluß eine Anzeige gemacht werden muß, wie etwa bei Ausführung von Börsenaufträgen. Regelmäßig wird es genügen, wenn der Agent täglich die

aufgenommenen Orders dem Geschäftsherrn anzeigt; unter Umständen wird auch eine spätere Berichterstattung genügen, unter Umständen aber eine schleunigere — ev. telegraphische oder telephonische — erforderlich sein, z. B. bei Abschlüssen über Waren mit starken Preisschwankungen. Überhaupt bedeutet unverzüglich nicht dasselbe wie „sofort", sondern ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.; zust. Immerwahr 121). **§ 84.**

c) **Der Agent hat die Weisungen des Geschäftsherrn zu befolgen** und darf von ihnen nur abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Geschäftsherr bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Aber auch in diesem Falle hat er von der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, außer wenn mit dem Aufschube Gefahr im Verzuge ist (§§ 675, 665 BGB.). Anm. 19.

Der Agent hat sich nach den Dienstanweisungen des Geschäftsherrn zu richten, auch wenn dadurch sein Tätigkeitsgebiet eingeschränkt wird (näheres Anm. 25).

d) **Der Agent hat die Verpflichtung jederzeitiger Auskunftserteilung** (§§ 675, 666 BGB.). Die weitere Pflicht der „Rechenschaftsablegung nach Ausführung des Auftrags" (§ 666 BGB.) ist jedenfalls hier nicht dahin aufzufassen, daß der Agent nach jedem Geschäftsabschluß ordentliche Rechnung mit Belegen legen muß. In angemessenen Zwischenräumen und soweit die Sachlage überhaupt außer den regelmäßigen Nachrichten über die eingelaufenen Orders eine Rechenschaftslegung erfordert, wird sie seitens des Geschäftsherrn verlangt werden können. Anm. 20.

e) **Muß der Agent seine Dienste persönlich leisten?** Die Frage ist gemäß § 613 BGB. zu bejahen. Aber die Anstellung von Hilfspersonal wird oft der Natur der Sache und deshalb auch dem Vertrage entsprechen. — Für das befugterweise engagierte Hilfspersonal haftet der Agent nach § 278 BGB. und hat es im Zweifel seinerseits zu entlohnen (Immerwahr 115). — Bedient er sich zum Geschäftsabschlusse eines Maklers, so haftet er auch für ihn und hat ihn auch seinerseits zu entlohnen. Das Verhältnis liegt hier anders, wie bei einer Mehrheit von Maklern (so zutreffend Düringer-Hachenburg I 258). Anm. 21.

f) **Ein gesetzliches Konkurrenzverbot während der Dauer des Verhältnisses ist nicht gegeben.** Der Agent ist, wie die D. 75 richtig hervorhebt, von vornherein auf die Übernahme weiterer Agenturen oder auf einen sonstigen Handelsbetrieb angewiesen (s. a. OLG. Breslau im „Recht" 04, 23). In manchen Fällen wird er sogar, um dem Kunden die erforderliche Auswahl zu bieten, genötigt sein, gleichzeitig mehrere Produzenten oder Großhändler zu vertreten, deren Waren, wenn sie auch bestimmte Unterschiede aufweisen, doch derselben Gattung angehören (D. a. a. O.; vgl. den Berliner Handelsgebrauch bei Fahrradagenten, Dove-Apt I 56 f.). Damit ist jedoch dem Agenten nicht aller und jeder Konkurrenzbetrieb gestattet. Die Grenze dieser Freiheit ist durch § 84 gezogen: er muß sich einer unmittelbar schädigenden Konkurrenz enthalten, also einer Konkurrenz, die geeignet ist, die Interessen seines Handlungshauses zu verletzen (vgl. auch Bolze 3 Nr. 635). Bedenklich ist es, wenn Düringer-Hachenburg (I 263) dem Agenten die Pflicht auferlegen, den Geschäftsherrn jedenfalls dann vorher zu unterrichten, wenn die Frage zweifelhaft ist, ob die neue Vertretung nicht mit der ersten kollidiert. Bei der Selbständigkeit der Stellung des Agenten wird man ihm im Gegensatz dazu das Recht geben, diesen Zweifel selbst und auf eigene Gefahr zu entscheiden, und in der mangelnden Anfrage keine Pflichtverletzung erblicken. Das Vertrauensverhältnis verpflichtet ihn nur dazu, die neue Vertretung erst zu übernehmen, wenn sich nach gewissenhafter Prüfung ergibt, daß sie das Interesse des Geschäftsherrn nicht verletzt (zust. Immerwahr 119; Jacusiel I 28). Anm. 22.

Auch Konkurrenzverbote für die Zeit nach Beendigung des Verhältnisses können vereinbart werden (§ 22 Anm. 33).

5. **Die Ansprüche des Agenten.** Sie ergeben sich, insbesondere was die Vergütung usw. anbetrifft, aus den §§ 88—91, sowie aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag. Hier sei die wichtige, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Frage behandelt, **ob der Agent während der Vertragsfrist Anspruch auf Ausübung seiner Tätigkeit hat.** Anm. 23.

a) Er hat keinen klagbaren Anspruch auf Ausübung seiner Tätigkeit, wie auch nach allgemeinen Grundsätzen der zur Dienstleistung Verpflichtete für die Regel keinen Anspruch darauf Anm. 24.

§ 84. hat, daß ihm die Leistung der Dienste gestattet werde (Planck Nr. 3c zu § 611 BGB.; s. a. entsprechendes für Handlungsgehilfen § 59 Anm. 32; abw. zu Unrecht Düringer-Hachenburg I 279). Vielmehr kann er nur für die infolge des Verzuges des Geschäftsherrn nicht geleisteten Dienste gemäß § 615 BGB. die vereinbarte Vergütung verlangen und ev. auch Schadensersatzansprüche bei Verschulden des Geschäftsherrn geltend machen (RG. im „Recht" 03, 295 und OLG. Hamburg in OLGR. 6, 5). Schadensersatzansprüche werden namentlich gegeben sein, wenn dem Agenten die Gelegenheit zur Vermittlung oder zum Abschluß von Geschäften willkürlich entzogen oder er über die einschlägigen Verhältnisse getäuscht wird (RG. im „Recht" 03, 295), oder aber, wenn der Geschäftsherr durch schuldhafte Mißwirtschaft das Geschäft zu Grunde richtet (anders zu Unrecht OLG. Hamburg in OLGR. 4, 242). Dagegen kann dem Geschäftsherrn nicht zugemutet werden, mit Schaden oder doch ohne Gewinn lediglich im Interesse des Agenten Geschäfte zu machen (RG. im „Recht" 03, 295).

Anm. 25. b) Auch **Einschränkungen** seines Tätigkeitskreises hat sich der Agent gefallen zu lassen, da er sich nach den Dienstanweisungen des Geschäftsherrn zu richten hat (s. a. § 89 Anm. 2). Schlimmstenfalls kommt dadurch der Geschäftsherr mit der Annahme der Dienste in Verzug (§ 615 BGB.). Aber solcher Verzug gibt dem Agenten nicht das Recht, auf Innehaltung des Tätigkeitskreises zu klagen. Daraus folgt z. B., daß bei einem Verbot des Geschäftsherrn an den für einen bestimmten Bezirk bestellten Agenten, einen Teil dieses Bezirks ferner zu bearbeiten, weil er diesen Teil selbst oder durch einen andern Agenten bearbeiten läßt, der Agent kein Recht hat, auf Unterlassung solchen Eingriffs in seine Rechte zu bringen, sondern nur gemäß § 615 BGB. die vereinbarte Vergütung verlangen kann. Steht der Agent auch als selbständiger Kaufmann dem Geschäftsherrn gegenüber, so bleibt er doch im Dienstvertrage und der Geschäftsherr kann seines Rechts, sein Geschäft zu gestalten, wie er will, nicht verlustig gehen. Für willkürliche böswillige Einschränkungen gilt hinsichtlich des Schadensersatzanspruches das oben (Anm. 24) Gesagte. — Die Einschränkung oder Entziehung (Anm. 24) der Tätigkeit kann dem Agenten auch einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung geben (§ 92 Anm. 7).

Anm. 26. c) Bei **Unmöglichkeiten der Erfüllung**, die der Geschäftsherr zu vertreten hat, z. B. wenn er infolge Veränderungen in seinen Geschäftsverhältnissen gezwungen ist, den Agenturvertrag vor Ablauf der Vertragsfrist zu lösen (weil das Geschäft unlohnend wird, oder weil er sich durch eine Konvention verpflichtet hat, den betr. Artikel nicht mehr zu führen oder die betr. Provinz nicht mehr zu bereisen, oder weil der betr. Gewerbebetrieb durch staatliche Monopolisierung den Privaten entzogen wird usw.), kann der Agent auf Fortsetzung des Verhältnisses nicht klagen, aber der Geschäftsherr hat ihn in diesem Falle gemäß § 325 BGB. zu entschädigen. Die entgegenstehende Ansicht des Reichsgerichts (Urt. v. 2. 7. 92 Bd. 31, 59), die eine Entschädigungspflicht leugnete, beruhte auf einer Verkennung des Agenturvertrages (eine Art gemeinschaftlichen Unternehmens, das sein Ende erreicht, wenn es nicht mehr lohnend ist); diese Auffassung trifft heute nicht mehr zu. Jetzt greifen die Regeln des Dienstvertrages Platz; der Agent kann daher auch gemäß § 325 BGB. zurücktreten (übereinst. Düringer-Hachenburg I 275, 278; Immerwahr 201; Jacusiel I 73; dagegen Goldmann I 429; vgl. auch § 92 Anm. 7).

Anm. 27. 6. **Die Beweislast, daß er überall die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachtet hat, liegt dem Agenten ob** (Bolze 17 Nr. 385). Es braucht ihm nur nachgewiesen zu werden, daß durch seine Tätigkeit ein Schaden entstanden ist (ROHG. 6, 215). Dies folgt aus seiner Rechenschaftspflicht. Insbesondere hat er sich hiernach zu exkulpieren, wenn der Käufer bald nach Abschluß des Kaufes zahlungsunfähig geworden ist (ROHG. 14, 400). So entschuldigt sich z. B. der Agent, der Gerüchte über eine schlechte Vermögenslage des Kunden dem Geschäftsherrn nicht mitteilt, genügend, wenn er beweist, daß er nach Lage der Sache voraussetzen konnte, diese Gerüchte würden auf den Entschluß des Machtgebers keinen Einfluß haben (Bolze 15 Nr. 311).

Anm. 28. 7. **Verletzt der Agent seine Pflichten, so hat er den Prinzipal zu entschädigen** (vgl. die Erl. zu § 347 über die Verpflichtung zur Entschädigung bei Verletzung von Vertragspflichten). Die

Schadensersatzpflicht bezieht sich nur auf den Ersatz desjenigen Schadens, der mit seiner Pflicht- **§ 84.** verletzung zusammenhängt (vgl. RG. 12, 17). Er hat hiernach nicht das Erfüllungsinteresse, sondern das negative Vertragsinteresse zu vertreten, wenn er dem Geschäftsherrn fälschlicherweise Vertragsbedingungen als durch den Gegenkontrahenten gestellte vorspiegelte (OLG. Hamburg in ZHR. 36, 269). Die Rechte gegen den falsus procurator sind dem Prinzipal gegen den Agenten nicht gegeben (RG. 12, 17). — Der Agent verliert auch gegebenenfalls bei Pflichtwidrigkeiten seinen Provisionsanspruch, z. B. wenn der Geschäftsherr sich dadurch veranlaßt sieht, das Geschäft durch einen anderen, dem er Provision zu zahlen hat, abschließen zu lassen (RG. in JW. 84, 214 [16]).

8. **Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Agenten** ist regelmäßig der Ort seiner Handels- Anm. 29. niederlassung (vgl. § 269 Abs. 2 BGB.). Für den reisenden Agenten ist es, sofern er keinen Niederlassungsort hat, die Zentrale seines Wirkens, der Ort, wohin er ständig zurückkehrt, der oft, aber nicht notwendig mit dem Niederlassungsort des Geschäftsherrn zusammenfallen wird (Jacusiel I 33; Düringer-Hachenburg I 264). Die Handelsgebräuche des Erfüllungsorts, d. h. des Orts, wo der Agent seine Tätigkeit entfalten soll, werden in der Regel für die Rechte und Pflichten des Agenten sowie für den Umfang seiner Vertretungsmacht in Betracht kommen (RG. 38, 194; 51, 149; JW. 99, 146 [21]; Erl. zu § 85 Anm. 6). Aus den Umständen aber, worauf nach § 269 BGB. Rücksicht zu nehmen ist, kann sich im Einzelfalle ergeben, daß das Recht am Sitze des Geschäftsherrn für das Agenturverhältnis maßgebend sein soll: z. B. im Verhältnisse zwischen einem inländischen Geschäftsherrn und einem im Ausland für ihn tätigen Agenten, zumal wenn beide Kontrahenten Deutsche sind, den Vertrag im Inland geschlossen und in deutscher Sprache abgefaßt haben (OLG. Hamburg in OLGR. 6 S. 5, wo der Einzelfall richtig entschieden, aber ein unzutreffendes Prinzip: maßgebend sei regelmäßig das Recht am Sitz des Geschäftsherrn, aufgestellt ist.

Wenn auch der Niederlassungsort des Agenten in der Regel der Erfüllungsort für seine Verpflichtungen ist, so wird man doch dem Agenten nach Beendigung des Vertrages die Pflicht auferlegen, die ihm vom auswärtigen Geschäftsherrn überschickten Verkaufsmuster an dessen Domizil zurückzusenden. Eine Abholungspflicht des Geschäftsherrn würde ihn unnütz belasten und auch der Handelssitte widersprechen. Dazu tritt auch die Analogie mit dem Kommissionär, der gegenüber auswärtigen Kommittenten die Pflicht der Übersendung der auf Grund der Kommission in seinen Besitz gekommenen Sachen hat (vgl. § 384 Anm. 29). Gefahr und Kosten braucht der Agent aber ebensowenig zu tragen wie der Kommissionär (so mit Recht Heuer in DJZ. 05, 905).

Über den Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Geschäftsherrn s. Anm. 18 zu § 88.

Zusatz 1. Außer seinen Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn hat der Agent noch andere Pflichten. Anm. 30.

1. **Die öffentlichrechtliche Pflicht der Buchführung** liegt ihm ob, wenn er Vollkaufmann ist (Anm. 13). In diesem Falle hat er ferner seine Firma eintragen zu lassen.
2. **Auch gegenüber der anderen Partei hat der Agent Verpflichtungen.** Zu ihr steht er zwar Anm. 31. für die Regel in keinem Vertragsverhältnis. Aber er kann möglicherweise von ihr Aufträge entgegennehmen; so z. B. wenn der Versicherungsagent die Prämien im Auftrage des Versicherten zahlt, oder die Erledigung des Versicherungsantrages verspricht (RG. 25, 235; 21, 90; Ehrenberg I § 24). Wenn er auch in solchen Fällen zunächst Agent seines Hauses und dessen Dienstverpflichteter bleibt (RG. 12, 17), so haftet er doch auch aus dem daneben gehenden Auftrags- bzw. sonstigen Vertragsverhältnis der Gegenpartei (RG. 25, 235; 21, 90). Was die praktisch wichtige Frage der Ausfüllung des Antragsformulars durch den Versicherungsagenten betrifft, so ist das Ergebnis der reichsgerichtlichen Rechtsprechung folgendes: Läßt der Versicherungsnehmer die im Antrag gestellte Frage durch den Agenten ausfüllen, so ist der Agent als Beauftragter des Antragstellers anzusehen. Der Antragsteller hat daher eine fehlerhafte Ausführung zu vertreten und kann sich seinerseits nur an seinen Beauftragten, den Agenten, halten. Dagegen ist der Versicherungsnehmer entschuldigt und

§ 84. von seiner Verantwortlichkeit für die unrichtige Beantwortung der gestellten Fragen frei, wenn er durch eine unrichtige Auskunft oder Belehrung des Agenten zu einer unrichtigen Beantwortung der Frage veranlaßt ist. Denn der Agent ist bei der Entgegennahme des Antrages Vertreter (jedenfalls ein zu diesem Zwecke Angestellter) des Versicherungsgebers, der sich also auch alle Umstände anrechnen lassen muß, die der Agent kennt oder kennen muß (§ 166 BGB.). Entlastet ist ferner der Versicherungsnehmer bei der unrichtigen Beantwortung von Fragen, die nicht seine persönlichen Verhältnisse und sein eigenes besonderes Wissen betreffen, sondern die ohne weiteres von jedermann, und daher auch von dem Agenten festgestellt werden können (z. B. Fragen hinsichtlich der Örtlichkeit), oder auch bei einem entschuldbaren Irrtum des Versicherungsnehmers über Sinn und Tragweite einzelner Bedingungen, welcher zu der unrichtigen Antworterteilung Anlaß gegeben hat. Näheres in RG. 46, 187 ff. (vgl. auch Gruchot 46, 985 und über spätere Erklärungen des Agenten nach Abschluß des Versicherungsvertrages RG. in JW. 04, 215[24]). — Vgl. über diese Fragen noch Könige, PrivVersGes. § 115 Anm. 3 a u. 4.

Für alle Agenten ist zu beachten, daß sie zur Gegenpartei, auch soweit vertragliche Verhältnisse nicht vorliegen, in nahen Verkehr treten. Sie können ihr gegenüber schadensersatzpflichtig werden nach den Grundsätzen der außerkontraktlichen Haftung (vgl. z. B. Bolze 19, 228), oder auch als Pseudostellvertreter, wenn sie sich als zum Abschluß bevollmächtigt fälschlich ausgegeben haben (RG. 12, 17). Näheres über diese letztere Haftung Erl. zu § 58 Anm. 39 ff. (s. a. für den Makler Erl. vor § 92 Anm. 43).

Anm. 32. 3. Gewisse Agenten haben gewerberechtliche Vorschriften zu beobachten (näheres Immerwahr § 10). So sind die Auswanderungsagenten konzessionspflichtig, auch ist die Art ihres Gewerbebetriebes geregelt (Reichsges. vom 9. Juni 1897). Für den Geschäftszweig der Versicherungsagenten ergeben sich Beschränkungen aus dem staatlichen Aufsichtsrecht über die Versicherungsunternehmungen (vgl. §§ 115, 85 ff., 108 PrivVersGes.). Die Agenten der Feuer-Versicherungsanstalten müssen die Übernahme und das Aufhören der Agentur der zuständigen Behörde ihres Wohnorts anzeigen (§ 14 Abs. 2 GewO.). Reisende Einkaufs- und Verkaufsagenten unterliegen den Beschränkungen der §§ 44 und 44 a der GewO. (Legitimationskarte).

Anm. 33. **Zusatz 2. Übergangsfragen. Bei den Agenten, die am 1. Januar 1900 in ihrer Stellung waren,** gilt für ihr rechtliches Verhältnis zu ihrem Geschäftsherrn zunächst das frühere Recht. Von dem Augenblick ab, wo sich unter der Herrschaft des jetzigen Rechts das betreffende Verhältnis fortsetzt, obgleich es nach den Grundsätzen des früheren Rechts — sc. mit gesetzlicher oder vertraglicher Frist — wenn auch nur von einer Seite aufgekündigt werden konnte, tritt das Verhältnis für beide Teile unter die Herrschaft des jetzigen Rechts (Art. 170 und 171 des EG. z. BGB.). Dabei gilt als Kündigung lediglich das, was man früher unter Kündigung verstand, d. h. nicht die erst vom BGB. und dem jetzigen HGB. sogenannte „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" (gleicher A. Lehmann in ZHR. 48, 22; OLG. Stettin und Hamburg in OLGR. 1, 436 und 7, 385; s. a. RG. 53, 170). — Für die Agenten ist auf Grund dieser Regelung wohl allgemein das neue Recht alsbald in Geltung getreten, da ja früher eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht bestand, das Verhältnis also jederzeit aufgelöst werden konnte.

Ausschließliche, also ohne Rücksicht auf eine unterlassene Kündigung sofort in Kraft tretende und daher auch in bestehende Verträge eingreifende gesetzliche Bestimmungen enthält dieser Abschnitt nicht.

§ 85.

§ 85. Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittelung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntniß erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne.

Der vorliegende Paragraph gibt eine Sonderbestimmung für die Geschäftsabschlüsse des Vermittelungsagenten. § 85.

1. **Vorausgesetzt ist, daß das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit dem Dritten abgeschlossen ist.** Die Vorschrift ist also nur für den Fall gegeben, daß ein bloßer Vermittlungsagent als Bevollmächtigter handelt, seine Befugnisse also überschreitet (RG. in JW. 05, 235[21]), wobei als bloßer Vermittlungsagent jeder Agent gilt, der nicht Vollmacht zum festen Abschluß namens des Prinzipals hat. Ob der Agent den Mangel seiner Vollmacht kannte oder nicht, ob er abschloß, weil er annahm, daß der Prinzipal sicher zufrieden sein und den Abschluß daher genehmigen werde, oder ob er aus Leichtfertigkeit namens des Prinzipals abschloß, auf alles das kommt es hier nicht an. Entscheidend ist allein, daß er namens des Prinzipals abschloß ohne Abschlußvollmacht. Für den andern Fall, daß er die Order auch nur als Vermittler aufgenommen hat, ist diese Vorschrift nicht gegeben. Hierüber s. unten Anm. 4. Anm. 1.

2. **Vorausgesetzt ist ferner, daß der Agent dem Geschäftsherrn von dem Abschlusse Kenntnis gegeben hat.** Wenn er dies seiner Verpflichtung zuwider unterlassen oder verzögert hat, so fällt das Präjudiz fort oder aber die Pflicht zur unverzüglichen Erklärung des Prinzipals datiert erst von der Anzeige. Anm. 2.

3. **Das Geschäft gilt als genehmigt** und zwar so, wie der Agent es abgeschlossen hat, gleichviel, ob er alle Bedingungen dem Geschäftsherrn mitgeteilt hat oder nicht. Düringer-Hachenburg (I 265) gehen umgekehrt davon aus, daß die Genehmigung nur dann als erfolgt gilt, wenn ihm alle „wesentlichen" d. h. in ihrem Sinne alle erheblichen Bedingungen des Geschäfts, deren Genehmigung nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden darf, mitgeteilt sind. Allein aus den Worten des Gesetzes ergibt sich diese Einschränkung nicht, und der durch die Vorschrift erstrebte Schutz würde ungenügend sein, wollte man diese Einschränkung gelten lassen. Das Geschäft gilt aber nicht als genehmigt, wenn der Geschäftsherr unverzüglich nach Empfang der Anzeige dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne (dies ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, § 130 BGB.). Gründe anzugeben, ist der Geschäftsherr nicht verpflichtet. Es liegt in dieser Bestimmung eine Abänderung der im § 177 BGB. enthaltenen Regelung der Folgen des Handelns eines Pseudovertreters. Die Abänderung liegt aber lediglich darin, daß der Geschäftsherr, nachdem er die Anzeige von dem Abschlusse des Geschäfts erhalten hat, sofort anzeigen muß, daß er ablehne, widrigenfalls er genehmigt hat, während nach § 177 BGB. ihm eine solche Erklärungspflicht nicht obliegt, er vielmehr die Anzeige von dem Vertragsabschlusse durch den Pseudovertreter unbeachtet lassen und sich auf den Standpunkt stellen kann, der Geschäftsabschluß gehe ihn nichts an, da er dazu keine Vollmacht erteilt habe. Nicht geändert ist die weitere Bestimmung des § 177 BGB., daß die Erklärung, wenn der Dritte den Prinzipal zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, nur ihm gegenüber, d. h. durch eine ihm zugehende Erklärung erfolgen kann; nicht geändert ist ferner § 178 BGB., wonach der Dritte, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte, den Vertrag widerrufen kann bis zur ordnungsmäßig erklärten Genehmigung durch den Prinzipal. Diese letztere aber liegt hier in der Verzögerung der Ablehnung. — Die Genehmigung wirkt ferner gemäß § 184 BGB. auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. — — Darauf, daß das Geschäft als genehmigt gilt, kann sich nicht bloß der Kunde, sondern auch der Geschäftsherr berufen. Anm. 3.

Lehnt der Geschäftsherr das Geschäft ab, so haftet der Agent dem Kunden als Pseudovertreter (vgl. Anm. 39ff. im Exk. zu § 58).

Zusatz. Mit der Vorschrift des § 85 ist der Fall nicht getroffen, der sich am häufigsten ereignet Diejenigen Agenten nämlich, die nicht Abschlußvollmacht haben, sollen doch, wie die Erfahrung lehrt, ihre Funktion als Vermittler in bestimmter Weise ausüben: sie sollen den Kunden aufsuchen, ihn zum Geschäfte bewegen und, wenn sie auch nicht abschließen sollen, so sollen sie doch wenigstens das Geschäft derart perfekt machen, daß der Kunde gebunden und nur Anm. 4.

§ 85. noch die Genehmigung des Geschäftsherrn vorbehalten wird. Dem Verfasser der D. war diese Verkehrsgestaltung auch nicht unbekannt. Auf S. 75 sagt er: „Sie haben meistens nur den Auftrag, die erlangten Bestellungen dem Geschäftsherrn zu übermitteln; ein bindendes Geschäft kommt für den letzteren erst durch die Bestätigung der überschriebenen Order zustande." So verfahren denn auch die Agenten. Sie binden den Kunden und nehmen die Orders, die Bestellungen entgegen; das Geschäft wird gleichwohl abgeschlossen, aber mit dem stillschweigenden Vorbehalt, daß der Geschäftsherr es genehmigt. Auch in solchem Falle aber bedarf der Kunde des gesetzlichen Schutzes, den ihm der § 85 erteilt, und der ihm auf Grund freier Beurteilung der in Frage kommenden Rechts- und Sachlage zu gewähren ist. Es gilt hierüber folgendes:

Auch in den Fällen, wo der Agent nicht endgültig namens des Geschäftsherrn abschließt, sondern nur in der Weise, daß er eine bindende Offerte des Dritten entgegennimmt, muß dasselbe gelten, was § 85 bestimmt. Auch in diesem Falle kann der Kunde davon ausgehen, daß der Geschäftsherr das Geschäft ablehnen werde, wenn er es nicht genehmigen will. Der Agent ist ja nur dazu bestellt, um fortgesetzt Orders anzunehmen, und im Regelfall handelt es sich hierbei nur um die Erzielung der Zustimmung des Kunden. Auch hier wird nach den Anschauungen des Verkehrs angenommen, daß die Order, wenn das Handlungshaus sie nicht alsbald nach der Anzeige ablehnt, als genehmigt gilt. Der Agent ist in solchem Falle Vertreter des Geschäftsherrn in der Entgegennahme der Offerte (RG. in JW. 1899, 50[54] und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Inhalt dieser Anmerkung, wenn auch nicht für den gleichen Fall, RG. 51, 151). Das neue HGB. hat durch die Vorschrift des § 85 an diesem hier schon für das frühere Recht eingenommenen Standpunkte nichts ändern wollen. Es hat nur für einen bestimmten Fall eine bestimmte Regel gegeben. Ein Anhalt dafür, daß die analoge Regel für einen ähnlichen Fall nicht gelten solle, findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht.

Diese Ansicht hat Zustimmung gefunden bei Düringer-Hachenburg, Goldmann, Lehmann-Ring zu § 85; Widerspruch bei Immerwahr (94), Jacusiel (I 64), dem OLG. Cassel in OLGR. 11, 24 und in einer Entscheidung des II. CivSen. des RG. (60, 187) vom 28. 2. 05. Diese Entscheidung des II. Senats steht mit den Gründen der freilich unter der Herrschaft des früheren Rechtszustandes ergangenen Entscheidung des VI. CivSen. (51, 150 ff.) nicht im Einklang; wir verweisen namentlich auf die Ausführungen dort S. 150 Abs. 1 (vgl. auch Exk. zu § 85 Anm. 5).

Über den Inhalt eines in dieser Weise zustande gekommenen Geschäfts s. den Exk. zu § 85.

Exk. zu § 85.

Exkurs zu § 85.

Rechtslage der Parteien, je nachdem der Agent Abschlußvollmacht hat oder nicht.

Anm. 1. 1. **Hat der Agent Abschlußvollmacht,** dann finden auf ihn die allgemeinen Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte (§§ 54 ff.) Anwendung, soweit nicht besondere Vorschriften — vgl. § 86 — gegeben sind (D. 75; RG. in RGZ. 22 A S. 78; § 54 Anm. 5 ff.).

Anm. 2. **Eine Vermutung dafür, daß der Agent Abschlußvollmacht hat, ist vom Gesetz nicht aufgestellt** (D. 75; RG. in JW. 00, 804[5]). Es ist von Fall zu Fall zu beurteilen, ob nach den im § 54 aufgestellten Regeln das Vorhandensein einer Handlungsvollmacht vorliegt oder nicht. Die Warenverkaufsagenten und die Versicherungsagenten — auch die Generalagenten — sind meist nur Vermittlungsagenten (D. 75; ROHG. 5, 169; 19, 86; vgl. noch für Versicherungsagenten § 54 Anm. 6; die „Hauptbevollmächtigten" von Versicherungsunternehmungen, deren Geschäftsbetrieb sich über das Gebiet eines Bundesstaats hinaus erstreckt, haben im Rahmen des § 115 PrivVersGes. Abschlußvollmacht). Die reisenden Agenten haben Abschlußvollmacht (§ 87 Anm. 1). In der Bezeichnung des Agenten als Vertreter liegt nicht ohne weiteres die Erteilung einer Handlungsvollmacht. Das ist nur ein ungenauer Ausdruck (Bolze 11 Nr. 210; RG. in JW. 99, 181[20]).

Anm. 3. Hat der Agent Abschlußvollmacht, so muß der Prinzipal die Abschlüsse, die der Agent macht, gegen sich gelten lassen. Sie sind ohne weiteres für ihn gemacht, natürlich nur innerhalb des Rahmens, den solche Handlungsvollmacht gewöhnlich

hat. **Wo es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen ankommt, muß der Prinzipal nach Erl. zu § 166 BGB. das Kennen oder Kennenmüssen des Abschlußagenten gegen sich gelten lassen.** § 85.
Das wird besonders wichtig beim Abschlusse von reinen Differenz- und Börsentermingeschäften: alle die Momente, die der Abschlußagent kannte oder kennen mußte, muß der Prinzipal für die Beurteilung gegen sich gelten lassen. Dies trifft selbst dann zu, wenn der Agent ohne Abschlußvollmacht nur Auftrag zur Zuführung von Differenzkunden hat und vom Prinzipal Instruktionen nach dieser Richtung erhält (vgl. Anm. 5 u. RG. 30, 28).

2. **Hat der Agent keine Abschlußvollmacht,** ist er nur Vermittlungsagent, so darf er nicht abschließen, sondern nur vermitteln. Hat er dennoch im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen, so haftet er als Pseudovertreter (Erl. zu § 58 Anm. 39ff.); der Prinzipal haftet, wenn die Voraussetzungen des § 85 vorliegen, und natürlich erst recht, wenn er das Geschäft ausdrücklich genehmigt. Auch hierbei gilt das Geschäft so, wie der Agent es abgeschlossen hatte; es wird nachträglich so angesehen, als wäre der Agent in der Tat zum Abschluß bevollmächtigt gewesen. Anm. 4.

Aber auch dann, wenn der Agent nicht fest abgeschlossen, sondern nur die bindende Offerte des Dritten entgegengenommen und die Genehmigung des Geschäftsherrn vorbehalten hat, wird das Geschäft für den Geschäftsherrn verbindlich, wenn er nicht unverzüglich ablehnt, wie dies im Zusatze zu § 85 auseinandergesetzt ist (Anm. 4 dort; aber bestritten). Wie man aber auch in diesem Falle über die Pflicht zur unverzüglichen Ablehnung denken mag, so muß doch der Prinzipal, wenn das Geschäft zu Stande gekommen ist und er Rechte daraus ableiten will, den Inhalt des Geschäfts so gegen sich gelten lassen, wie es der Agent abgeschlossen hatte, vorausgesetzt nur, daß es im Rahmen derjenigen Handelstätigkeit liegt, die ein Agent dieser Art entwickelt. Deshalb muß der Geschäftsherr auch die Geschäftsbedingungen, die der Agent mit dem Kunden besprochen hat, gegen sich gelten lassen, ebenso wie das Kennen und Kennenmüssen von Umständen, die dem Agenten bekannt waren oder bekannt sein mußten. Dies folgt daraus, daß der Agent dazu bestellt ist, um fortgesetzt den Verkehr mit dem Kunden zu pflegen und besonders, um mit ihm über die Bedingungen zu verhandeln und die Offerten des Kunden als Vertreter des Prinzipals entgegenzunehmen. Schon für das frühere Recht hat das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen (vgl. z. B. RG. 30, 28; 30, 214; Bolze 17 Nr. 478; RG. in JW. 98, 360[29]) den — zunächst für Börsen- und Versicherungsagenten, dann für alle Agenten aufgestellten — Grundsatz ausgesprochen: Der Prinzipal müsse die vom Agenten vermittelten Aufträge so gegen sich gelten lassen, wie sie nach den mit den Agenten gepflogenen Verhandlungen nur gemeint sein können, auch wenn der Agent nicht Vollmacht zum Abschlusse hatte (so auch RG. 51, 147ff.: der Geschäftsherr muß z. B. für die vom Agenten über die Qualität der Ware abgegebenen Erklärungen einstehen). Aber natürlich darf die Sache nicht so liegen, daß der Gegenkontrahent gewußt hat oder darüber nicht im Zweifel sein konnte, daß das vom Agenten Erklärte dem Willen des Prinzipals widersprach (RG. 36, 43; 51, 151). Für das neue Recht hat sich das RG. (60, 188) zur gleichen Ansicht für den Inhalt des zu Stande gekommenen Geschäfts, aus dem der Prinzipal Rechte herleiten will, bekannt (über die vom RG. bestrittene Pflicht zur unverzüglichen Ablehnung vgl. § 85 Anm. 4). Anm. 5.

Zusatz: Welches örtliche Recht entscheidet über den Umfang der Vertretungsmacht des Agenten? Das Recht des Ortes, wo der Verkehr des Dritten mit dem Agenten stattfindet; dies wird in der Regel das Geschäftsdomizil des Agenten sein (RG. 38, 196; 51, 149; s. a. § 84 Anm. 29). Anm. 6.

§ 86.

Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders ertheilt ist. § 86.

§ 86. Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.

Der vorliegende Paragraph gibt einige besondere Vorschriften über die Vollmacht des Agenten.

Anm. 1. 1. **Der Paragraph bezieht sich nur auf den Platzagenten.** Das ergibt § 87. Unter dem Platzagenten ist der Agent zu verstehen, der eine feste Handelsniederlassung (hierüber § 13 Anm. 3) hat und von dieser aus tätig wird. Er muß nicht gerade nur am Orte dieser Handelsniederlassung tätig sein. Immerhin muß seine Tätigkeit von jener zentralen Niederlassung aus erfolgen, und darf nicht nur eine ambulante sein, wie die des Reisenden (vgl. Düringer-Hachenburg I 266; OLG. Karlsruhe in OLGR. 11, 26).

Anm. 2. 2. Sowohl der Abschlußagent, wie auch der bloße Vermittlungsagent haben Vollmacht zur **Annahme von Zahlungen sowie zur nachträglichen Bewilligung von Stundungen** nur dann, wenn diese Vollmacht **besonders erteilt ist.** In der Abschlußvollmacht allein liegt sie also nicht, wenngleich sie zur Vereinbarung der Zahlungsbedingungen beim Vertragsschluß für die Regel ermächtigt (§ 54 Abs. 1).

Anm. 3. Die besondere Erteilung ist nicht notwendig ausdrückliche Erteilung; es müssen nur besondere Umstände sein, aus denen die hier gemeinte Vollmacht geschlossen wird. Die im § 54 aufgestellten Regeln gelten auch hier (OLG. Karlsruhe a. a. O.). Beispiele: ROHG. 9, 104: 13, 211: der Agent hat Inkassovollmacht, wenn er sich mit Wissen des Prinzipal geriert, als habe er ein allgemeines Inkassomandat; ROHG. 19, 123: die wiederholte Einziehung von Beträgen gegen Wechsel oder quittierte Rechnung reicht nicht aus, um eine stillschweigende Vollmachtserteilung anzunehmen. — Nach einem allgemeinen Handelsbrauch gilt der Versicherungsagent zur Einziehung der Prämien als ermächtigt, es sei denn, daß dieser Brauch deutlich ausgeschlossen ist (ROHG. 19, 418; Ehrenberg § 23 S. 242; Immerwahr 87; s. a. RG. in JW. 93, 127[11]). — Zur Empfangnahme von Waren, die der Kunde zur Verfügung stellt, vom Kunden wird man den Agenten dann für bevollmächtigt halten müssen, wenn er zur Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt ist: das Vertrauen nach der einen Richtung darf der Kunde auch auf die andere Richtung beziehen. Ebenso dann, wenn der Agent ein ständiges Lager unterhält, von welchem aus die Aufträge ausgeführt werden (Berliner Ältesten bei Dove-Apt 61). Dagegen kann der Agent nicht ohne weiteres für berechtigt gehalten werden, Waren, die der Geschäftsherr dem Kunden sandte, und deren Annahme dieser ablehnt, vom Spediteur in Empfang zu nehmen, da sich die betr. Vollmacht des Agenten nur auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Kunden bezieht, wie sich ja auch eine dem Agenten erteilte Vollmacht zur Empfangnahme von Zahlungen nur auf die Zahlungen bezieht, die die Kunden leisten.

Anm. 4. 3. **Die Mängelanzeige und ähnliche Anzeigen** (Wahlanzeige, Fristsetzungen usw.) können jedem Handlungsagenten gegenüber wirksam abgegeben werden, er mag Abschlußvollmacht haben oder nicht, er mag anwesend sein oder nicht (anders beim reisenden Agenten; vgl. zu § 87), und es mag sich endlich um Geschäfte handeln, die der Agent vermittelt hat oder nicht. Damit hat das jetzige HGB. eine zuerst von Staub festgestellte Anschauung des Handelsverkehrs gesetzlich bestätigt (vgl. 5. Aufl. 151). Dispositionsstellungen gut zu heißen, ist der Agent allerdings nicht berechtigt (ROHG. 5, 106); auch nicht Erklärungen der gedachten Art abzugeben, sondern eben nur sie entgegenzunehmen.

Zu den „ähnlichen Erklärungen" werden in der Regel auch die in den Versicherungsverträgen vorgeschriebenen Anzeigen zu rechnen sein (vgl. ROHG. 2, 243 und Könige, PrivVersGes. § 115 Anm. 3 u. 4).

§ 87.

§ 87. Ist der Handlungsagent als Handlungsreisender thätig, so finden die Vorschriften des § 55 Anwendung.

Soweit der Handlungsagent Abschlußvollmacht hat, soweit ist er Handlungsbevollmächtigter (OLG. Dresden im SächsOLG. 23, 505). **Wird er zum Reisen verwendet**, so ist er eben Handlungsreisender im Sinne des § 55 (§ 55 Anm. 4). Der § 87 ist nur nötig geworden wegen des § 86, weil bei seinem Fehlen angesichts des § 86 hätte angenommen werden können, daß auch der reisende Agent zur Annahme von Zahlungen und zur nachträglichen Bewilligung von Stundungen überhaupt nicht befugt ist. Er ist es aber gemäß dem § 87 hinsichtlich der von ihm abgeschlossenen Geschäfte. Dabei geht das Gesetz offensichtlich auch hier davon aus, daß der reisende Agent, ebenso wie der Handlungsreisende, zum Abschluß von Geschäften bevollmächtigt ist; dies ergibt der im § 55 in bezug genommene § 54. Soweit dies im einzelnen nicht der Fall ist, insoweit fällt auch die Inkassovollmacht fort; das gleiche gilt von der Bewilligung von Zahlungsfristen. — Reicht hiernach die Legitimation des reisenden Agenten regelmäßig weiter, als die des Platzagenten, so ist in bezug auf die Entgegennahme von Erklärungen gewisser Art seine Befugnis enger. Denn dem reisenden Agenten können, wie § 55 ergibt, solche Erklärungen nur, wenn er anwesend ist, giltig abgegeben werden, eine Einschränkung, die beim Platzagenten nicht gilt (zust. Goldmann I 410; vgl. § 55 Anm. 6). — § 87. Anm. 1.

Ergebnis: Auf reisende Agenten findet der § 55, nicht aber der § 86 Anwendung.

§ 88.

Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein Anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist. Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben. — § 88.

Ist die Ausführung eines Geschäfts in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder theilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.

Die Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs statt.

Der vorliegende Paragraph und der folgende behandeln den Provisionsanspruch des Agenten, der vorliegende den Normalfall, der folgende den Fall des Bezirksagenten. Dabei ist zu erwähnen, daß die Vergütung des Agenten nicht notwendig eine Provision, d. h. ein Prozentsatz des vermittelten Geschäfts, zu sein braucht. Das ist nur die regelmäßige Gestaltung des Falls. Auch eine Tantieme kann vereinbart werden (Anm. 7 zu § 91), auch ein Gehalt, obwohl dies schon seltener ist und mehr auf ein Abhängigkeitsverhältnis hindeutet (Anm. 5 zu § 84). Es kann ihm auch eine Mindestsumme garantiert werden. Umgekehrt kann auch der Agent einen Mindestumsatz garantieren. Kurzum, es sind die mannigfachsten Gestaltungen denkbar und zulässig; der vorliegende Paragraph regelt nur einen, allerdings den häufigsten Fall der Vergütung. — Einleitung.

Im vorliegenden Paragraphen wird gehandelt 1. über die Entstehungsbedingungen des Provisionsanspruchs (Abs. 1 und 2); 2. über die Höhe der Provision (Abs. 3); 3. über die Abrechnung (Abs. 4); 4. außerdem wird im ersten Absatz betont, daß alles das nur gilt, wenn nichts anderes vereinbart ist. **Provisionspflichtig ist der Geschäftsherr, nicht die Gegenpartei.**

§ 88. 1. (Abs. 1 u. 2.) **Entstehungsbedingungen des Provisionsanspruchs.** Die Provision ist ein meist Anm. 1. prozentualer Anteil an dem Geldäquivalent (der Ausdruck der 6./7. Aufl.: „Gewinn" ist ungenau) für das einzelne Geschäft, also am Ein- oder Verkaufspreise, der Prämie, dem Mietszins usw. (Düringer-Hachenburg I 268). Die Provision ist keine nur für Agenten charakteristische Art der Entlohnung; sie kommt auch beim Handlungsgehilfen (§ 59 Anm. 33), beim Mäkler (Exk. vor § 93 Anm. 11) vor. Der Anspruch des Agenten auf Provision setzt voraus, daß das Geschäft durch die Tätigkeit des Agenten zustande gekommen und daß es ausgeführt ist. Nach dem Erfolge wird er belohnt, nicht nach seiner Mühe, wenn auch für die Mühe. Daraus folgt:

Anm. 2. a) **Regelmäßig ist Voraussetzung des Provisionsanspruchs, daß das Geschäft durch die Tätigkeit des Agenten zustande gekommen und daß es zur Ausführung gelangt ist.**

α) Durch seine Tätigkeit zustande gekommen bedeutet: durch ihn vermittelt oder aber geschlossen, so daß (anders Makower I 149 und Goldmann I 412) die Geschäfte nicht darunter fallen, die ohne seine Mitwirkung mit den durch ihn zugeführten Kunden abgeschlossen werden; sog. Nachorders (vgl. Berliner Ältesten bei Dove-Apt I 22). Diese fallen unter die direkten, d. h. die ohne Mitwirkung des Agenten abgeschlossenen Geschäfte (s. a. § 89 Anm. 2) und sind nur unter besonderen Voraussetzungen provisionspflichtig (s. unten Anm. 15 und § 89), z. B. abgesehen von einer Abrede (unten Anm. 15) oder dem Falle des § 89 beim Vorliegen eines Handelsbrauchs. Derartige Handelsbräuche sind häufig. So bezeugt ein (bei Holdheim 8, 122 mitgeteiltes) Gutachten der Berl. Ältesten: es werde im Buchhandel die Übertragung des alleinigen Verkaufs eines Werkes gegen eine bestimmte Provision dahin verstanden, daß diese dem Beauftragten auch dann zusteht, wenn die beauftragende Verlagsbuchhandlung das Werk selbst ohne Vermittlung des Beauftragten verkauft. Riesenfeld teilt eine Reihe Breslauer Handelsgebräuche (in der Leder-, Tuchbranche usw. Nr. 96, 100, 85) für die Gewährung von Provision bei Nachorders mit.

Wenn der Geschäftsherr den Agenten beim Abschluß arglistig umgeht, bleibt der Provisionsanspruch trotzdem bestehen (so mit Recht Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 3. β) Zur Ausführung gelangt ist das Geschäft, wenn der Erfolg, der von der Tätigkeit des Agenten erwartet wurde, eingetreten ist. Bei dem Versicherungsagenten z. B. ist der erwartete Erfolg auf den Abschluß des Versicherungsvertrages beschränkt; die Erfüllung, die einzelnen Prämienzahlungen gehören nicht dazu (zust. Immerwahr 134). Nicht notwendig gehört dazu die vollständige Abwicklung der beiderseitigen Leistungen (D. 77).

Gelangt das Geschäft zwar nicht zur Ausführung, z. B. wegen Verzuges des Kunden, erhält aber der Geschäftsherr Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Provision fällig und zwar nicht von dem Betrage des gezahlten Schadensersatzes, sondern vom Betrage der Order. Denn der wirtschaftliche Erfolg ist der gleiche, als wenn die Order ausgeführt würde. Bei teilweisem Schadensersatz ist die Provision anteilsmäßig zu zahlen.

Macht der Agent das Geschäft selbst, macht er ein Propregeschäft, so kann er keine Provision beanspruchen. Der Agent soll zwischen zwei fremden Personen vermitteln. Schließt er mit sich ab, so lägen widerstreitende Interessen vor (Exk. vor § 93 Anm. 35); beim Abschlußagenten würde dem Propregeschäft noch § 181 BGB. entgegenstehen. Die entgegengesetzte Ansicht Jacusiels (I 45) für Vermittlungsagenten, soweit ihnen nicht besondere Vorzugspreise gewährt sind, wird durch das wenig klare Gutachten der Berliner Ältesten bei Apt (18) nicht gestützt (vgl. auch Anm. 18 z. Exk. vor § 93; anders in der Weinbranche nach Breslauer Handelsgebrauch, Riesenfeld Nr. 102).

Anm. 4. γ) **Für Verkaufsagenten** stellt das Gesetz zur Abschneidung früherer Zweifel, aber im Anschluß an frühere Handelsgebräuche (vgl. 5. Aufl. S. 153; auch Dove-Apt 43 ff.) **den Satz** auf, daß im Zweifel — d. h. vorbehaltlich entgegenstehender Handelsgebräuche oder Abreden — **der Eingang der Zahlung** zur Ausführung des Geschäfts gehört. Erst

durch diese Tatsache ist der Provisionsanspruch „erworben", also endgültig existent geworden. Der Eingang der Zahlung bedeutet also nicht etwa den Zeitpunkt der Fälligkeit (hierüber Anm. 14), sondern eine Voraussetzung der Entstehung des Anspruchs. Indessen ist schon vorher der Anspruch bedingt entstanden, er wird ein unbedingter mit dem Eintritt der Bedingung, d. i. mit der Ausführung des Geschäfts, wozu hier nach gesetzlicher Vorschrift die Zahlung gehört; ein derartiger Anspruch ist abtretbar und pfändbar (zust. OLG. Dresden in DJZ. 06, 91; Immerwahr 148). Es wäre ein Bruch mit feststehenden Anschauungen des Handelsstandes, die doch das HGB. nur gesetzlich festlegen wollte, würde man dem Agenten von dem Geschäfte, das durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist, nicht wenigstens einen bedingten Anspruch auf Vergütung gewähren, bedingt durch die Ausführung. Die gegenteilige Annahme würde zu unbilligen Folgen führen; so würde z. B. der Agent von den Geschäften, die er während seines Vertragsverhältnisses abgeschlossen hat, die aber nach Beendigung seines Vertrages erst ausgeführt werden, keinen Provisionsanspruch haben (vgl. auch Berliner Ältesten bei Dove-Apt 19ff.).

In manchen Geschäftszweigen ist es allerdings auch für die Verkaufsagenten üblich, die Provision beim Abschluß des Geschäfts oder bei der ersten Ratenzahlung fällig werden zu lassen, z. B. in der Abzahlungsbranche. Hier kann der Agent nicht warten, bis der Kunde die einzelnen, meist kleinen, lange dauernden Raten völlig abgezahlt hat. Daß sich aber ein fester Handelsgebrauch nach dieser Richtung gebildet hat, soll damit nicht gesagt werden.

αα) **Teilzahlung.** Geht der Betrag zum Teil ein, so ist der entsprechende Teil des Provisionsanspruchs unbedingt zur Entstehung gelangt, auch wenn feststeht, daß der Rest wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners überhaupt nicht eingehen wird (D. 77; anders früher Berliner Ältesten bei Dove-Apt I 48 u. 50). Anm. 5.

ββ) **Andere Befriedigungsmittel.** Auf Barbefriedigung kommt es nicht an. Nimmt der Prinzipal andere Befriedigungsmittel an, so ist dies seine Sache, der Agent hat seine Provision **in bar** zu fordern (vgl. Bolze 8 Nr. 428), außer wenn die Annahme in Wirklichkeit einem durch die Umstände aufgenötigten Vergleich gleichkommt (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 270: bei Annahme in Zahlung gegebener minderwertiger Aktien von einem in Schwierigkeiten geratenen Kunden entscheidet der wahre Wert für die Höhe der Provision), oder wenn das Haus eigene Ware an Zahlungsstatt zurücknimmt, weil der Kaufpreis doch nicht zu erlangen ist; das ist wirtschaftlich keine Befriedigung. Wird der Kaufpreis durch Aufrechnung getilgt, so entsteht der Provisionsanspruch. Anm. 6.

γγ) **Nachlaß, Vergleich, Stundung.** Zu einem Nachlaß am Kaufpreise ist der Geschäftsherr berechtigt, wenn dies dem Geschäftsinteresse und dem nach der Sachlage verständigen Ermessen entspricht (OLG. Hamburg in OLGR. 6, 7), da das Interesse beider, die auf gemeinschaftlich zu erzielenden Gewinn hinarbeiten, identisch ist. Ähnliche Grundsätze müssen für den Vergleich, auch wenn er das Geschäft und seine Ausführung betrifft, sowie für eine Stundung (im letzteren Fall abweichend 6./7. Aufl. Anm. 2) gelten, selbst wenn nachher die gestundete Forderung uneinziehbar wird. Liegt aber die gedachte Voraussetzung nicht vor, so gehen Nachlaß, Vergleich und Stundung den Agenten nichts an; seine Provision wird in solchem Falle trotz Stundung sofort fällig. Dem obigen Grundgedanken wird nicht Rechnung getragen von den Schriftstellern, die (wie Düringer-Hachenburg I 270; Immerwahr 136 unterschiedslos bei einem Verlust der Forderung infolge Stundung dem Agenten den Provisionsanspruch lassen, bei einer Stundung die sofortige Einforderung der Provision für unzulässig halten. Der Einzelfall muß auf seine Gründe geprüft werden (so wohl auch das RG. im SächsA. 8, 448). Anm. 7.

Wegen der Beweislast s. Anm. 12.

b) **Ausnahmsweise wird die Provision voll verdient trotz Nichtausführung des Geschäfts,** nämlich, wenn die Ausführung ganz oder teilweise unterblieben ist, ohne daß hierfür wichtige Anm. 8

§ 88. Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist. Diese Bestimmung des Abs. 2 gilt für **beide** Sätze des vorhergehenden Absatzes, auch für die Verkaufsagenten.

Anm. 9. α) Das **Zustandekommen** des Geschäfts ist auch hier Voraussetzung. Insoweit ist der Geschäftsherr Herr des Geschäfts in jedem Falle (ebenso OLG. Hamburg in OLGR. 6, 189). Er kann sich nach seinem freien Ermessen (s. a. § 92 Anm. 7) entscheiden, ob er das Geschäft machen will oder nicht, insofern es der Agent nicht etwa schon rechtsgültig abgeschlossen hat.

Anm. 10. β) Aber wenn das zustande gekommene Geschäft **infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn** — es braucht nicht gerade ein Verschulden zu sein (RG. in DJZ. 03, 549) — ohne wichtige Gründe in der Person des Gegenkontrahenten **nicht ausgeführt** wird, so kommt der Provisionsanspruch trotz Nichtausführung des Geschäfts zur Entstehung. Ein solcher wichtiger Grund ist z. B. Zahlungsunfähigkeit eines Kunden. Auch begründete Zweifel an der Zahlungsfähigkeit, z. B. veranlaßt durch eine ungünstige Auskunft, genügen, sollte sich auch nachträglich herausstellen, daß die Zweifel objektiv nicht stichhaltig waren. Auch das wird genügen, wenn der Kunde aus früheren Fällen als Schikaneur bekannt ist. Dagegen ist die Provision verdient, wenn der Prinzipal die Ausführung aus Willkür unterläßt (OLG. Dresden in DJZ. 00, 464), oder wenn die Ausführung durch seine Schuld unterbleibt, z. B. wegen Zuspätlieferung oder wegen mangelnder Erfüllung (zust. OLG. Hamburg in OLGR. 10, 237), oder wenn er im Einverständnis mit dem Gegenkontrahenten das Geschäft freiwillig rückgängig macht (ohne daß in der Person des Gegenkontrahenten hierzu Gründe vorliegen, z. B. aus Gefälligkeit für den Kunden. Auch Verschulden beim Abschluß des Geschäfts, das die Ausführung hindert, gehört hierher (RG. in DJZ. 03, 549).

Über Vergleich, Nachlaß und Stundung s. oben Anm. 7.

Anm. 11. Weiter aber kann man nicht gehen: Unterbleibt die Ausführung infolge eines vom Geschäftsherrn nicht verschuldeten Zufalls (z. B. infolge unvorhergesehenen Streiks oder wegen Überschwemmung oder anderer Verkehrshindernisse), so ist die Provision nicht verdient (zust. Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann I 417; Immerwahr 137). Man würde mit der gegenteiligen, von Düringer-Hachenburg (I 271) vertretenen Ansicht die Absichten des Gesetzes nicht treffen. Denn nur vor Willkür oder sonstiger Schuld des Geschäftsherrn sollte der Agent behütet werden (vgl. RG. 36, 200; auch Berliner Ältesten bei Dove-Apt 41, 43, 48, 49). Auch scheint der Wortlaut für die hier vertretene Ansicht zu sprechen. Denn die Worte: „infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn" sollen doch wohl bedeuten, daß das Verhalten des Geschäftsherrn die Nichtausführung verschuldet habe. Dagegen ist es kein ausreichender Entschuldigungsgrund, wenn der Geschäftsherr seine Rechnung bei dem Geschäft nicht findet, z. B. wegen falscher Kalkulation oder wegen veränderter Konjunkturen. Das ist seine Sache; der § 88 Abs. 1 („nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrages") beweist deutlich die Unabhängigkeit der Provision davon, ob der Geschäftsherr an dem Geschäfte verdient.

Anm. 12. γ) **Die Beweislast**, daß Umstände vorliegen, die trotz unterbliebener Ausführung die Provisionspflicht begründen, hat der Agent (zust. OLG. Hamburg in DJZ. 02, 156). Man muß hierbei überall davon ausgehen, daß der Prinzipal nicht ohne triftigen Grund die Ausführung unterlassen oder verhindern wird (s. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 60). Hat der Prinzipal nicht ausgeführt, hat er Stundung erteilt, hat er sich über den Kaufpreis verglichen, so ist in allen diesen Fällen der Agent beweispflichtig, daß alles dies ohne wichtigen Grund in de Person des Kunden geschehen ist (ebenso für den Fall des Vergleichs RG. im SächsA. 8, 448). Das OLG. Dresden (in OLGR. 7, 150), sonst grundsätzlich auf unserem Standpunkt, verteilt im Falle von Retouren die Beweislast dahin, daß der Geschäftsherr Aufschluß über den Grund der Retournierung geben muß. Mit Recht, denn erst dadurch kommt der Agent in die Lage, die Wichtigkeit des Grundes, aus dem

der Geschäftsherr nicht auf der Abnahme der Ware bestand, zu erwägen und eventl. zu widerlegen.

2. (Abs. 3.) **Die Höhe der Provision** richtet sich nach der Vereinbarung, ev. nach der Üblichkeit. Der letztere Maßstab wird wohl selten eintreten, da in diesem Punkte meist Vereinbarungen erfolgen. Die üblichen Sätze am Orte, wo der Vergütungsberechtigte sein Gewerbe betreibt, kommen in Betracht (so zutreffend Marcus im „Recht" 01, 43 unter Hinweis auf § 354 Abs. 1). Anm. 13.

Von welchem Betrage aber ist die Provision zu fordern? Vom Nettobetrage. Dekorts und Skonti kommen bei der Berechnung der Provision in Abzug (Berliner Ältesten bei Dove-Apt 52). Das gleiche gilt von der Fracht und von Zöllen, wenn der Prinzipal sie zu zahlen hat; auch sie kommen in Abzug, da sie den Kaufpreis mindern. Hinsichtlich der Retouren ist zu unterscheiden, ob die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen oder nicht. Es sind dieselben Gesichtspunkte maßgebend, wie wenn die Ausführung zu diesem Teil unterblieben wäre. Ähnliches gilt für einen Nachlaß (s. Anm. 7).

3. (Abs. 4.) **Die Abrechnung über die Provision** erfolgt mangels entgegenstehender Vereinbarung am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs. In diesem Zeitpunkte werden die „zu zahlenden", d. i. also die bereits erworbenen (s. oben Anm. 4) Provisionen der betreffenden Periode **fällig**, d. h. die Provisionen von den in dieser Periode eingegangenen Beträgen bzw. von denjenigen Geschäften, von denen trotz Nichtausführung Provision zu zahlen ist. Es kann nicht zugegeben werden, wenn Makower (I 149) sagt, die Abrechnung habe mit der Fälligkeit nichts zu tun. In dieser Weise hat vielmehr der Handelsstand stets den Begriff Abrechnung hier verstanden. Demgemäß hat der Prinzipal auch nicht etwa von dem Tage, wo jeder einzelne Posten zur Ausführung gelangt ist, Zinsen zu zahlen, wie dies Makower annimmt. Alles dies entspricht nicht den Anschauungen des Handelsverkehrs, die der Gesetzgeber doch lediglich festlegen wollte. In unserem Sinne sagt Cosack (§ 44 S. 202): Unmittelbar nach Abschluß der Abrechnung ist die Provision bar auszuzahlen. Anm. 14.

4. **Die Vereinbarung kann hier überall anders lauten.** Vereinbart kann werden, daß die Provision ohne Rücksicht darauf zu zahlen ist, ob der Agent das Geschäft zustande gebracht hat oder nicht (**letzteres sog. direkte Geschäfte**, oft falsch indirekte Geschäfte genannt). Einen Hauptfall dieser Art regelt § 89. Doch kann das auch sonst vereinbart werden. — Es kann ferner vereinbart werden, daß die Provision ohne Rücksicht auf den Eingang der Beträge existent wird (**sog. Umsatzprovision**) — Ausführung ist auch in diesem Falle, wie in dem obigen, vorausgesetzt; nicht, was der Agent, sondern was der Geschäftsherr umsetzt, ist zugrunde zu legen —, oder daß sie zwar erst durch den Eingang der Beträge existent wird, aber doch vorher zu zahlen und bei Nichteingang zurückzurechnen ist. Es kann ferner die Abrechnungsperiode anders bestimmt werden usw. Anm. 15.

Zusatz 1. Auch Gehalt kann als Vergütung vereinbart werden, oder auch eine Mindestprovision (vgl. oben die Einleitung). Festes Gehalt ist selten; doch schließt es den Charakter des Agenturvertrages nicht aus, wie Düringer-Hachenburg (I 269) für die Regel annehmen. Anm. 16.

Zusatz 2. Auch eine Tantieme, ein Anteil am Reingewinn, kann als Vergütung vereinbart werden. Geschieht dies, so gelten hierüber die in Anm. 4 ff. zu § 65 von uns dargestellten Regeln (vgl. Anm. 7 zu § 91). Anm. 17.

Zusatz 3. Der Erfüllungsort für die Provisionszahlung ist im Zweifel die Handelsniederlassung des Geschäftsherrn (§ 269 BGB.; vgl. Bolze 22 Nr. 302); die Übermittelungspflicht von Geldbeträgen gemäß § 270 BGB. bleibt unberührt. Dabei ist es unerheblich, daß der Agent an seinem Wohnsitze die Ware hat und ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann (Bolze 22 Nr. 302). Aber die Vertretungsmacht des Agenten, soweit dessen Stellung Dritten gegenüber in Betracht kommt, die mit ihm am Orte der Agentur verkehren, ist nach dem dort geltenden Recht zu beurteilen (RG. 38, 196). Im Einzelfalle können ausnahmsweise mit der Agentur die Voraussetzungen einer Vermögensverwaltung im Sinne des § 31 CPO. verknüpft sein; dann ist auch der Gerichtsstand aus diesem Paragraphen gegeben (Immerwahr 130). Anm. 18.

Über den Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Agenten vgl. § 84 Anm. 29.

§ 88. **Zusatz 4. Für die Verjährung der Ansprüche des Handlungsagenten** tritt die vierjährige
Anm. 19. Frist des § 196 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BGB. ein. Denn sie sind Kaufleute, die fremde Geschäfte besorgen, und zwar für den Gewerbebetrieb desjenigen, dessen Geschäfte besorgt werden. Diese Verjährung gilt für alle Arten von Vergütungen (Provision, Tantieme, Gehalt) und für Auslagen. Alles dieses folgt aus den zitierten Gesetzesstellen. Die Verjährung beginnt mit dem Schlusse des Fälligkeitsjahres (§ 201 BGB.). Sie ergreift auch die Ansprüche auf Abrechnung und Buchauszug, die nur zur Durchführung des Vergütungsanspruchs dienen sollen.

Anm. 20. **Zusatz 5. Das Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht.** Der Agent ist Kaufmann und hat daher das Zurückbehaltungsrecht des § 369, insbesondere an dem ihm anvertrauten Kommissionslager (Bolze 11 Nr. 319) und an der Mustersammlung (OLG. Colmar in OLGR. 6, 350), jedoch erst nach beendetem Verhältnisse (näheres zu § 369 Anm. 48). Aufrechnen kann er während des Verhältnisses seine fälligen Forderungen gegen die vereinnahmten Gelder nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über die Aufrechnung. Er kann aber weder ein Zurückbehaltungs- noch ein Aufrechnungsrecht an den vereinnahmten Geldern auf die allgemeine Behauptung stützen, die Rechnung sei unvollständig (ROHG. 18, 2), ebenso nicht auf die bloße Möglichkeit, daß noch Provisionsbeträge ausstehen (Bolze 7 Nr. 512). Anders aber dann, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß er Provisionsansprüche hat, deren Höhe er infolge verweigerten Nachweises nicht angeben kann (Bolze 11 Nr. 319).

Anm. 21. **Zusatz 6. Ein Vorzugsrecht im Konkurse** hat der Agent nicht. § 61 Nr. 1 KO. greift nicht Platz, da man nicht sagen kann, er habe sich dem Geschäftsherrn „verdungen" (gl. Ansicht D. 80; Gareis Lehrbuch § 54 S. 432[9]; Düringer im „Recht" 02, 601; Litthauer-Mosse Nr. 1; Immerwahr 151; jetzt auch grundsätzlich Jaeger Anm. 11 zu § 61 KO., in Abweichung von seiner früheren Auffassung, mit genauer Lit. über die Streitfrage; RG. in JW. 06, 38[10]; KG. in DJZ. 03, 179; OLG. Hamburg in DJZ. 05, 968; — dagegen Goldmann I 419; Wilmowski-Kurlbaum Anm. 4 zu § 61 KO.; Jacusiel I 82).

Anm. 22. **Zusatz 7. Pfändbarkeit.** Die Vergütung des Agenten unterliegt der gleichen Pfändungsbeschränkung, die in Anm. 47 zu § 59 behandelt ist. Denn diese Beschränkung bezieht sich auf alle Arbeits- oder Dienstverhältnisse; und das Agenturverhältnis ist ein Dienstverhältnis. Natürlich muß die Sache so liegen, wie es § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes bestimmt, nämlich, daß es sich um die Haupttätigkeit des Agenten handelt. Die Vergütung aus mehreren Agenturen wird zusammengerechnet.

§ 89.

§ 89. Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind.

Der Paragraph bestimmt einen weitergehenden Provisionsanspruch zugunsten des Bezirksagenten.

Anm. 1. 1. **Vorausgesetzt ist das Verhältnis des Bezirksagenten.** Es muß der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt sein, d. h. es darf nicht etwa die Sache so liegen, daß er nur tatsächlich in einem bestimmten Bezirke verwendet wird, vielmehr muß er ausdrücklich und in der Absicht für einen bestimmten Bezirk bestellt werden, daß dieser Bezirk sein alleiniges Arbeitsfeld sein soll. — Der Bezirk kann politisch oder geographisch bestimmt sein, auch unter Ausschluß einzelner in ihm belegener Teile; er kann sich auf einen Platz oder Teile in ihm (z. B. einzelne Straßen) beschränken.

2. **Alsdann gebührt ihm im Zweifel auch für solche Geschäfte Provision, die in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen abgeschlossen worden sind.**

a) Im Zweifel. Es liegt also nur eine Auslegungsregel vor. Die Parteien können hierüber anders bestimmen. Daß dies geschehen, ist von dem zu beweisen, der es behauptet (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 41).

§ 89. Anm. 2.

b) Auch von Geschäften, die ohne seine Mitwirkung abgeschlossen sind, erhält er Provision. Von solchen, die durch seine Mitwirkung geschlossen sind, erhält er Provision schon nach § 88. Die hier als provisionspflichtig bezeichneten Geschäfte nennt man direkte Geschäfte (RG. in JW. 00, 186[14] u. 01, 617[5]; vgl. Anm. 1 u. 15 zu § 88). Der Geschäftsherr ist jedoch berechtigt, auch selbst oder durch einen andern Agenten in dem Bezirke Geschäfte zu machen (ebenso Berl. Ältesten bei Dove-Apt 40) oder infolge veränderter Entschließungen dort alle Geschäfte zu unterlassen. Der Agent kann alles dies nicht untersagen. Nur Ansprüche auf Vergütung und ev. Schadensersatz stehen ihm zu (abweichend Lehmann-Ring unter Berufung auf die unseres Erachtens für das neue Recht nicht mehr zutreffende Entscheidung des RG. 31, 59; vgl. Anm. 26 zu § 84 und unten Anm. 5). Andererseits kann er neben dem Geschäftsherrn oder anderen Agenten die Kundschaft im Bezirk gleichfalls besuchen, es sei denn, daß der Prinzipal dies verbietet (näheres Anm. 24 ff. zu § 84).

Anm. 3.

c) Die Geschäfte müssen „in dem Bezirk" abgeschlossen werden, entweder durch den Geschäftsherrn oder durch einen Anderen für ihn. Dies vom Gesetz hervorgehobene Moment ist mit der herrschenden Ansicht nicht wörtlich zu nehmen; das Geschäft braucht nicht in dem Bezirke selbst durch eine hierauf gerichtete besondere Tätigkeit abgeschlossen zu werden. Der Verkehrsauffassung entsprechend (Zitate bei Goldmann I 421) sind vielmehr alle Geschäfte mit den Kunden des Bezirks gemeint, gleichviel wo sie abgeschlossen werden, also auch solche Geschäfte, die an dem nicht im Bezirke des Agenten liegenden Domizil des Geschäftsherrn, z. B. wenn der Kunde daselbst persönlich anwesend ist, abgeschlossen werden (abweichend Staub 6./7. Aufl. Anm. 3). Es fallen darunter auch Geschäfte, die im Wege des Briefwechsels zwischen dem Kunden und dem Geschäftsherrn zustande kommen; sie werden abgeschlossen durch eine Tätigkeit des Geschäftshauses, die in den Bezirk sich erstreckt (in letzterer Hinsicht anders Makower I 150; vgl. jedoch Berl. Ältesten bei Dove-Apt 39). Der sinngemäßen Auslegung entspricht es andererseits auch, daß direkte Geschäfte, die zwar räumlich in dem Bezirk, aber nicht mit Kunden aus dem Bezirk geschlossen werden, der Provisionspflicht nicht unterliegen (vgl. Bolze 12 Nr. 388).

Anm. 4.

d) Der Einwand, daß der Agent es an Bemühungen habe fehlen lassen, und daß deshalb das Eingreifen des Geschäftsherrn erforderlich gewesen sei, ist gegenüber diesen Provisionsansprüchen nicht ausreichend (zust. Immerwahr 143; Jacusiel I 45; anders OLG. Karlsruhe in Bad. Rpr. 05, 227; Lehmann-Ring Nr. 2). Allenfalls kann der Geschäftsherr, wenn hierin die Verletzung der Sorgfalt nach § 84 liegt, Schadensersatz verlangen für die besonderen Veranstaltungen, die zum Zwecke der Erzielung der direkten Beträge erforderlich waren (Gareis Anm. 1). Wenn freilich der Agent unter Verletzung von Treu und Glauben überhaupt nichts tut, wird der Einwand durchgreifen (so zutreffend Düringer-Hachenburg I 272).

Anm. 5.

3. **Wenn der Geschäftsherr die Geschäftsverbindung mit dem betreffenden Bezirk ganz aufgibt,** so kommt es darauf an, ob hierin eine Verletzung der dem Agenten gegenüber übernommenen Vertragspflichten liegt. Im Zweifel wird dies anzunehmen sein (§ 324 BGB.). Denn wenn der Geschäftsherr auch im Einzelfall Herr des Geschäfts ist und nach freiem Ermessen darüber entscheiden kann, ob er das einzelne Geschäft abschließen will, so liegt doch in dem Inhalt des Bezirksagenturvertrages die Verpflichtung, nach dem betreffenden Bezirke die Geschäftsverbindung dauernd zu unterhalten. Wichtige Gründe können den Geschäftsherrn natürlich auch hier entschuldigen und vonder Schadensersatzpflicht befreien (vgl. Anm. 2 u. Gareis Anm. 3).

Anm. 6.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Auslegungsregel des § 89, die der Natur der Sache und der schon früher herrschenden Verkehrsauffassung entspricht, greift auch für das frühere Recht Platz (RG. in JW. 01, 617[5]).

§ 90.

§ 90.

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen kann der Handlungsagent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs Ersatz nicht verlangen.

§ 90. Anm. 1. 1. Auslagen und Kosten im regelmäßigen Geschäftsbetriebe kann der Agent nicht ersetzt verlangen; die Regelung weicht von der im § 670 BGB. getroffenen ab. Zu den Kosten gehören insbesondere auch Fahrkosten, Porti, Depeschen-, Telephonkosten, Lokalmiete, Lagerkosten, Fracht für Musterkoffer, in der Regel auch die Kosten der Reklame (Bolze 10 Nr. 411). Jedoch sind häufig solche Auslagen abredegemäß oder handelsgebräuchlich zu ersetzen (vgl. z. B. den Berliner Handelsgebrauch auf Ersatz der Porti und Telegrammgebühren bei Dove-Apt 55, während ein solcher allgemeiner Handelsbrauch in Breslau nicht besteht, Riesenfeld Nr. 126; vgl. auch die Einschränkung auf die Porti und Depeschenkosten für die vom Agenten an den Geschäftsherrn gerichteten Mitteilungen in einem von Jacusiel I 51 erwähnten Gutachten der Berl. Ältesten).

Anm. 2. 2. Außerordentliche Ausgaben des Agenten muß der Geschäftsherr tragen, z. B. Auslagen des Warenagenten zum Schutze der Waren gegen ungewöhnliche Gefahren oder Aufwendungen des Versicherungsagenten zur Rettung der versicherten Gegenstände (D. 78).

Anm. 3. 3. Die Zubilligung eines vertragsmäßigen Fixums für die Auslagen bezieht sich im Zweifel nur auf die Auslagen zu 1. Es ist auch dann zu zahlen, wenn in dem fraglichen Zeitraum keine Aufträge eingehen (ROHG. 14, 430; Bolze 3 Nr. 632).

§ 91.

§ 91. **Der Handlungsagent kann bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mittheilung eines Buchauszugs über die durch seine Thätigkeit zu Stande gekommenen Geschäfte fordern. Das gleiche Recht steht ihm in Ansehung solcher Geschäfte zu, für die ihm nach § 89 die Provision gebührt.**

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt dem Agenten das Recht auf Erteilung von Buchauszügen. Der Paragraph hat aber nur den Provisionsagenten im Auge.** Über das Recht des tantiemeberechtigten Agenten auf Abrechnung s. unten Anm. 7.

Anm. 1. 1. **Der Buchauszug muß die zur Ausführung gelangten Geschäfte enthalten,** nicht auch die noch schwebenden Geschäfte. Denn der Buchauszug soll ja die Abrechnung vorbereiten, und abzurechnen hat der Prinzipal nur über diejenigen Provisionen, auf die der Agent ein unbedingtes Recht erworben hat (vgl. Anm. 1 zu § 88; zust. Lehmann-Ring zu § 91; anders Berl. Ältesten bei Dove-Apt 59, wonach auch die noch nicht durch Zahlung erledigten Geschäfte in den Auszug aufzunehmen sind; den Ältesten tritt Jacusiel I 53 bei). Ob der Auszug sich nur auf die indirekten oder auch auf die direkten Orders zu beziehen hat, richtet sich danach, für welche Geschäfte der Agent Provision zu fordern hat (vgl. §§ 88 u. 89). Der Wortlaut, der sich zunächst nur auf die indirekten („durch seine Tätigkeit zustande gekommenen") Geschäfte bezieht, ist ungenau. Selbstverständlich hat sich der Auszug auf alle provisionspflichtigen Geschäfte zu beziehen, auch auf die vom Agenten selbst vermittelten, denn über alle zu zahlenden Provisionen ist nach § 88 Abs. 4 Abrechnung zu erteilen, die der Buchauszug vorbereitet. — Jedenfalls muß der Auszug dem Agenten vollständige Information gewähren, um die Richtigkeit nachprüfen und die Rechte geltend machen zu können: die sämtlichen provisionspflichtigen Geschäfte müssen mit Angabe der Adressen der Gegenkontrahenten und des für den Agenten wesentlichen Inhalts des Vertrages (Mengen, Preise usw.) angegeben werden; ein Auszug lediglich aus den Kontokurrentbüchern genügt nicht (vgl. auch Berliner Ältesten bei Dove-Apt 59).

Anm. 2. 2. **Ist der Buchauszug nicht vollständig,** so kann der Agent in den geeigneten Fällen Vervollständigung verlangen. So z. B., wenn der Geschäftsherr ihm die Auskunft über die Geschäfte aus einer bestimmten Stadt oder mit einem bestimmten Kunden oder von einer sonstigen Klasse von Geschäften zu Unrecht verweigert.

Aber der Buchauszug braucht nur einmal erteilt zu werden. Es kann also kein Gesamtauszug verlangt werden, wenn regelmäßig Einzelauszüge erteilt wurden. Dies ändert sich

auch dadurch nicht, daß ohne Nachweis im einzelnen die allgemeine Behauptung aufgestellt wird, es seien Geschäfte verheimlicht (Bolze 16 Nr. 352; vgl. Bolze 13 Nr. 377; a. A. Jacusiel I 54, Goldmann I 425). § 91.

3. „Bei" der Abrechnung ist der Auszug zu verlangen. Dies ist ebenso wenig wörtlich zu nehmen, wie der gleiche Ausdruck im § 73 (dort Anm. 3). Der Buchauszug ist, wie die Abrechnung, halbjährlich zu erteilen, wenn nicht anderes verabredet ist (§ 88 Abs. 4); so ist der Ausdruck hier sachgemäß auszulegen. Anm.

4. **Mehr als einen Buchauszug kann der Agent nicht fordern.** Belege braucht der Geschäftsherr ihm nicht vorzulegen (ROHG. 18, 2). **Auch die Vorlegung der Bücher zum Zwecke der Prüfung des Buchauszuges kann der Agent nicht verlangen** (ebenso RG. bei Warneyer 2, 199; OLG. Posen in OLGR. 10, 238; OLG. Dresden im SächsA. 14, 112). Früher wurde dieses Recht auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Anschauungen des Handelsstandes angenommen (vgl. 5. Aufl. S. 155). Das jetzige HGB. erwähnt dieses Recht nicht, und zwar in der ausgesprochenen Absicht, es dem Agenten zu versagen (D. 79). Angesichts dieser Begründung ist man nicht berechtigt, dem Agenten gleichwohl dieses Recht zu gewähren, zumal auch das BGB. § 810 dem Agenten nicht hilft. Denn die Handlungsbücher des Geschäftsherrn beurkunden nicht Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Agenten und dem Geschäftsherrn bestehen, sondern in der Bezeichnung der provisionspflichtigen Geschäfte lediglich Tatsachen, die bei Erledigung des zwischen dem Geschäftsherrn und dem Agenten bestehende Rechtsverhältnisses von Wichtigkeit sind (s. a. § 45 Anm. 1 a. E.). Das reicht aber zur Anwendung des § 810 BGB. nicht aus (vgl. früher RG. 18, 24 wegen der Handlungsbücher des Kommissionärs). Anm. 4.

Besonders fühlbar wird sich das fehlende Recht auf die Vorlegung der Bücher bei den Provisionen aus sogenannten direkten Geschäften machen. Hier ist der Agent wegen der Vollständigkeit der Angaben ganz auf die Redlichkeit des Prinzipals angewiesen. Das Recht des § 45 HGB. auf Vorlegung der Bücher im Prozesse, auf welches die D. (79) hinweist, bleibt zwar für direkte und indirekte Geschäfte bestehen, aber es hilft nicht für direkte Geschäfte. Denn es setzt voraus, daß bestimmte Behauptungen aufgestellt werden, über die Beweis angetreten wird (Anm. 2 zu § 45). Aber gerade darum handelt es sich: woher soll der Agent die Information für seine vom Buchauszuge abweichenden Behauptungen haben? Eine allgemeine Durchmusterung der Bücher aber zu dem Zwecke, um sich auf diese Weise Information für Behauptungen zu verschaffen, ist nicht zulässig; der auf die allgemeine Behauptung, der Auszug sei unrichtig, gestützte Antrag auf Vorlegung wird nicht als begründet erachtet werden können (vgl. RG. in JW. 96, 699[34]; auch Bolze 13 Nr. 377). Es muß nach alledem der Meinung der D. (79) widersprochen werden, daß der Agent gegen Benachteiligungen des Geschäftsherrn genügend geschützt sei. Der tantiemeberechtigte Agent ist in dieser Beziehung besser gestellt (Anm. 7). Je mehr der provisionsberechtigte Agent auf die Redlichkeit des Geschäftsherrn angewiesen ist, mit desto größerer Gewissenhaftigkeit hat der Geschäftsherr zu verfahren. Eine Verletzung dieser Pflicht kann einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung des Vertragsverhältnisses bieten (OLG. Dresden in OLGR. 8, 389f.). Sie kann auch, wenn sie arglistig erfolgt, einen strafbaren Betrug in sich schließen. Auf dem Umwege über die Staatsanwaltschaft, die eine Prüfung der Bücher durch den gerichtlichen Sachverständigen vornehmen lassen kann, suchen leider die Agenten manchmal die Lücke des HGB. auszufüllen.

Der Agent kann Erteilung des Buchauszuges und zugleich Zahlung dessen verlangen, was der Buchauszug ergibt (§ 254 CPO.; OLG. Karlsruhe im Recht 04, 79). Anm. 5.

Die Zwangsvollstreckung auf Erteilung des Auszuges vollzieht sich gemäß § 888 CPO. Sie kann nicht stattfinden, wenn dem Geschäftsherrn die Erteilung des Buchauszuges, gleichviel ob vor oder nach der Verurteilung, unmöglich geworden ist, sei es auch, daß er die Unmöglichkeit, etwa durch Vernichtung der Bücher, selbst verschuldet hat (vgl. RG. 8, 337; 31, 412; Sydow-Busch § 888 [a]). Dem Agenten bleibt in diesen Fällen nur der Anspruch auf Leistung des Interesse gemäß § 893 CPO. Anm. 6.

§ 91. Anm. 7. **Zusatz: Auf den tantiemeberechtigten Agenten** bezieht sich die Vorschrift unseres Paragraphen nicht. Dieser ist nicht an den einzelnen Geschäften, sondern an den Gesamtergebnissen des Geschäfts interessiert. Über seine weitergehenden Rechte, insbesondere auch auf Abrechnung, s. Anm. 4 ff. zu § 65.

Der Agent mit festem Gehalt braucht keinen Auszug und hat kein Recht darauf.

§ 92.

§ 92. Das Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Das Vertragsverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Der vorliegende Paragraph handelt von der ordentlichen Kündigung (Abs. 1) **und von dem Rechte auf sofortige Kündigung des Agenturvertrages** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. **Die ordentliche Kündigung.** Wenn das Verhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, so ist, um frühere Mißstände zu beseitigen (vgl. 5. Aufl. S. 155), eine sechswöchentliche Kündigungsfrist, wie im § 66 für und gegen den Handlungsgehilfen, festgesetzt. Über die nähern Modalitäten dieser Kündigung (Form, Inhalt, Folgen der verspäteten und der vorzeitigen Kündigung usw.) s. zu § 66. Diese ordentliche Kündigungsfrist hat auch als gewollt zu gelten, wenn ein Vertrag auf bestimmte Zeit mit der Abrede geschlossen wird, er solle sich mangels Kündigung auf die gleiche Zeit verlängern (ebenso Jacusiel I 71 in Abweichung von Marcus [„Recht" 02, 203], der die Frist aus § 67 Abs. 3 anwendet, und von Lubowski [dort 289], der jederzeitige Kündigung zuläßt; s. auch § 67 Anm. 5 a. E.).

Der Vertrag, der in erster Linie maßgebend ist, kann natürlich auch andere Fristen festsetzen. Vgl. näheres hierüber Anm. 1—5 zu § 66. Zu bemerken ist, daß die Beschränkungen der Vertragsfreiheit aus § 67 hier nicht gelten: es kann also auch eine kürzere Kündigungsfrist als ein Monat und eine ungleiche Frist für beide Teile vereinbart werden (ebenso OLG. Hamburg in OLGR. 8, 388).

Auch jederzeitiges Kündigungsrecht kann vereinbart werden; dabei darf aber auf Grund der §§ 675, 671 BGB. der Agent zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen nicht zur Unzeit kündigen, d. h. ehe der Geschäftsherr für die Besorgung der Geschäfte anderweit Fürsorge treffen kann. Die Vertragszeit kann auch stillschweigend vereinbart werden (ROHG. 2, 331), z. B. durch Abrede einer Rechnungsperiode, Übernahme einer Agentur in Saisonwaren, falls dies nach Handelsgebrauch die Bedeutung hat, daß der Vertrag nur zum Ablauf der Periode oder der Saison zu Ende geht (Jacusiel I 70). Ohne Handelsgebrauch ist aus dem Zeitabschnitt allein, für den die Vergütung des Agenten festgesetzt wird, auf die Dauer des Vertrages nicht zu schließen (s. § 66 Anm. 1). Eine Garantie der Höhe des Einkommens für eine gewisse Zeit bedeutet an sich noch nicht die Vereinbarung der Vertragsdauer auf diese Zeit (Bolze 7 Nr. 510).

Mit dem Aufhören des Agenturverhältnisses hört die Pflicht der Provisionszahlung nicht absolut auf. Vielmehr darf der Agent für alle diejenigen bestimmten Geschäfte Provision fordern, die während seines Verhältnisses abgeschlossen waren, auch wenn sie erst später ausgeführt wurden. Das gilt auch von der Provision für direkte Geschäfte, wenn ihm an sich solche zusteht (Bolze 6 Nr. 495; zust. RG. in KGBl. 05, 104; vgl. Anm. 1 ff. zu § 88). Werden aber Zeitgeschäfte in Effekten, die ein Börsenremisier vermittelt hat, nach Lösung des Agenturverhältnisses prolongiert, so sind diese Prolongationen, da sie nach der Praxis des Reichsgerichts als selbständige Geschäfte betrachtet werden, nicht provisionspflichtig (RG. a. a. O.).

2. **Aus wichtigen Gründen kann jeder Teil das Verhältnis ohne Frist kündigen.** **§ 92.**

a) Über die Erklärung der sofortigen Kündigung, ihre Gründe im allgemeinen und ihre Folgen s. Anm. 1 ff. zu § 70. Überall gilt hier Entsprechendes. Insbesondere ist auch hier das Verhältnis im Falle der sofortigen Kündigung nur dann gelöst, wenn sie berechtigt war. Ob dies der Fall ist, entscheidet der Richter. War sie nicht berechtigt, so wird das Verhältnis durch die Kündigung nicht gelöst. Ist daher der Geschäftsherr der Ansicht, daß der Agent zu Unrecht sofort gekündigt hat, so kann er (vgl. näheres § 70 Anm. 15 ff.) auch auf Fortsetzung des Verhältnisses klagen. (Zwangsvollstreckung nach § 887 CPO., Ermächtigung zur Leistung der Dienste durch einen anderen, also zum Engagement eines Ersatzagenten auf Kosten des Kündigenden.) Es kann in diesem Fall auch auf Schadensersatz wegen der Verweigerung der Dienstleistung geklagt werden. Ist der Agent der Ansicht, daß die sofortige Kündigung des Prinzipals unbegründet ist, so klagt er (vgl. näheres § 70 Anm. 11 ff.) auf Fortzahlung seiner Vergütung oder einer ihrem voraussichtlichen Betrage entsprechenden Summe, geeignetenfalls auch auf Schadensersatz (ROHG. 23, 329). Auf weitere Ausübung seiner Tätigkeit kann er nicht klagen (s. § 84 Anm. 24 ff.). Anm. 2.

b) Auch hier muß der, welcher die sofortige Kündigung des anderen Teils durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat, den Kündigenden entschädigen, wie dies aus § 628 Abs. 2 BGB., der subsidiär zur Anwendung kommt, folgt. Näheres über diesen Schadensersatzanspruch Anm. 18 ff. zu § 70. Anm. 3.

c) Über die Provision für die nach Lösung des Verhältnisses zur Ausführung gelangenden Geschäfte s. oben Anm. 1. Anm. 4.

d) Die Abrechnungszeit und demzufolge auch die Fälligkeit der Forderungen des Agenten wird durch die sofortige Kündigung nicht geändert. Auch wenn der Agent aus wichtigen Gründen sofort kündigt, kann er nicht frühere Zahlung verlangen, als wenn das Verhältnis fortgedauert hätte. Er soll nur keinen Schaden erleiden, aber auch keinen Vorteil erlangen, den er sonst nicht erlangt hätte. Anm. 5.

e) Was die Wichtigkeit der Gründe der sofortigen Kündigung anlangt, so werden die in den §§ 71 und 72 aufgeführten sinngemäß herangezogen werden können; jedoch mit Vorsicht, da das Agenturverhältnis in seiner Gestaltung erhebliche Verschiedenheiten vom Dienstvertrage des Handlungsgehilfen aufweist: das Abhängigkeits- und Respektverhältnis besteht hier z. B. nicht (zust. OLG. Hamburg in OLGR. 7, 386). Anm. 6.

α) Gegen den Prinzipal wird hier hauptsächlich in Betracht kommen: unreelles Gebaren gegenüber dem Agenten (falsche Auszüge und dergleichen; s. § 91 Anm. 4 a. E.) oder auch dem Kunden gegenüber; dauernde schlechte Bedienung der Kunden; dauernde unbegründete Ablehnung der Aufträge, denn das freie Ermessen darf nicht willkürlich gegen Treu und Glauben ausgeübt werden (solche Ablehnung kann auch Rechte aus § 615 BGB. geben, vgl. § 84 Anm. 24); willkürliche Untersagung der Tätigkeit (s. § 84 Anm. 24 u. 25); willkürliche den Agenten schädigende Änderungen im Geschäftsbetrieb (vgl. Bolze 20 Nr. 422 u. 423). Gibt der Agent das Geschäft auf, etwa weil es ihm nicht mehr lohnend ist, so ist dies kein wichtiger Kündigungsgrund; desgleichen nicht, wenn er sein Geschäft veräußert. In diesem Falle greifen die Folgen Platz, die auch sonst eintreten, wenn der Agent sich weigert, den Vertrag fortzusetzen (vgl. oben Anm. 2). Anm. 7.

β) Gegen den Agenten kommt in Betracht: Erhebliche Beleidigung (Bolze 5 Nr. 578; RG. 32, 252), aber Agent und Geschäftsherr werden sich in dieser Hinsicht gleichstehen, so daß z. B. bloße Unziemlichkeiten des Agenten nicht genügen (OLG. Hamburg in OLGR. 7, 386), andererseits auch Ehrverletzungen im Verhalten des Geschäftsherrn ihre Entschuldigung finden können (OLG. Dresden in OLGR. 8, 389). Ferner ruinöse Verluste infolge des Verhaltens des Agenten (RG. in JW. 97, 370[9]); unzulässiger Konkurrenzbetrieb (vgl. Anm. 22 zu § 84); Untreue und Unzuverlässigkeit des Agenten (Bolze 17 Nr. 386; 21 Nr. 411); Konkurs des Agenten (s. Anm. 13); Verlegung des Wohnsitzes, namentlich Anm. 8.

§ 92. dann, wenn für die Anknüpfung neuer Verbindungen die dauernde Anwesenheit am Platze erforderlich erscheint (RG. in KGBl. 05, 104).

Anm. 9. **Zusatz. Sonstige Endigungsgründe des Agenturvertrages.**

Abgesehen von der sofortigen Kündigung kann der Agenturvertrag noch durch andere Gründe vorzeitig endigen. Die in Anm. 23ff. zu § 70 für das Handlungsgehilfenverhältnis aufgeführten Gründe werden sinngemäß, aber mit der aus der Gestaltung des Agenturvertrages sich ergebenden Verschiedenheit (oben Anm. 6) heranzuziehen sein. Auf das dort wegen Irrtums, Betrugs, Zwanges (§ 70 Anm. 24), Verzugs und daraus folgenden Rücktritts Gesagte (§ 70 Anm. 29) kann mit dieser Maßgabe verwiesen werden.

Einzelne Aufhebungsgründe seien wegen ihrer Besonderheiten hier noch hervorgehoben:

Anm. 10. 1. **Wie wirkt der Tod des Geschäftsherrn auf das Agenturverhältnis?** Er löst im Zweifel das Verhältnis nicht (§§ 672, 675 BGB.; ebenso beim Handlungsgehilfenvertrag, § 66 Anm. 14): dem Tode gleich wird die Geschäftsunfähigkeit behandelt. Das Gegenteil kann vereinbart werden. Auch kann der dadurch eintretende Personenwechsel dem Agenten unter Umständen einen Grund zur sofortigen Kündigung geben. Führen die Erben das Geschäft nicht weiter, so haben sie dem Agenten Schadensersatz zu leisten, weil sie diesen Umstand zu vertreten haben (vgl. unten Anm. 14a). — Über die Abrechnungszeit und Fälligkeit der Ansprüche des Agenten gilt gleiches wie Anm. 5.

Anm. 11. 2. **Wie wirkt der Tod des Agenten auf das Verhältnis?** Er endigt im Zweifel das Verhältnis, ebenso wie beim Handlungsgehilfenvertrag (§ 66 Anm. 14). Der Erbe hat die Pflicht, dem Geschäftsherrn den Tod anzuzeigen und die unaufschiebbaren Geschäfte zu erledigen (§§ 673, 675 BGB.). — Über die Abrechnungszeit und Fälligkeit gilt gleiches, wie Anm. 5.

Anm. 11a 3. Ist Inhaber der Agentur eine Handelsgesellschaft, so wird durch das **Ausscheiden eines Gesellschafters** das Verhältnis nicht beendigt, wenn die Gesellschaft fortgesetzt wird (so mit Recht Düringer-Hachenburg I 276). Nach besonderer Lage des Falles kann dann dem Geschäftsherrn ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündignng gegeben sein. Umgekehrt aber ist eine solche Veränderung in der Teilhaberschaft, falls die Geschäftsherrin eine Handelsgesellschaft ist, in der Regel weder ein Grund für das Erlöschen des Verhältnisses (s. Anm. 10) noch für die sofortige Kündigung.

Anm. 12. 4. **Wie wirkt der Konkurs des Geschäftsherrn?** Er führt ohne weiteres gemäß § 23 Abs. 2 KO. das Erlöschen des Agenturvertrages herbei, nicht etwa bloß „des im Agenturverhältnisse liegenden Auftrages zur Geschäftsbesorgung“ (so Staub 6./7. Aufl. Anm. 10; Lehmann-Ring Nr. 1). Denn der Agenturvertrag ist ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag im Sinne des § 675 BGB. (s. § 84 Anm. 4). Infolgedessen greift § 23 Abs. 2 KO. und nicht dessen Abs. 1 Platz. Hiernach ist auch nicht etwa erst, um das Verhältnis zur Beendigung zu bringen, eine Kündigung nach § 22 der KO. nötig (so mit Unrecht Immerwahr 199). Ein Schadensersatzanspruch des Agenten wegen des Erlöschens des Rechtsverhältnisses ist nach § 26 KO. als Konkursforderung geltend zu machen (übereinst. Jaeger mit Literaturangaben § 23 Anm. 7; Litthauer-Mosse Nr. 5 und Jacusiel 77).

Der Agent hat trotzdem die Besorgung der übertragenen Geschäfte, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, fortzusetzen (§ 672 Satz 2 BGB.); die hieraus nach der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche sind Masseansprüche (§ 27 KO.). Auch gilt zugunsten des Agenten der im Agenturvertrage liegende Auftrag nach § 674 so lange als fortbestehend, bis der Agent von dem Erlöschen (das ist hier der Konkurseröffnung) Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß (§ 674 BGB.; die hieraus nach der Eröffnung des Verfahrens entstandenen Ersatzansprüche sind laut § 27 KO. Konkursforderungen).

Über die Einwirkung des Konkurses des Prinzipals auf das Handlungsgehilfenverhältnis s. § 70 Anm. 28. Sie ist eine andere und bestimmt sich nach § 22 KO., weil regelmäßig der Handlungsgehilfe nicht zugleich Geschäftsbesorger ist und daher nicht die Sondervorschrift des § 23 Abs. 2 KO. eingreift (s. Jaeger § 22 Einl. und Anm. 10).

5. **Wie wirkt der Konkurs des Agenten?** Er beendigt das Verhältnis nicht, gibt aber dem Geschäftsherrn einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung (ROHG. 2, 438). Macht dieser davon keinen Gebrauch, so bleibt der Agenturvertrag unberührt. Die Vergütung für die Geschäfte nach Konkurseröffnung kommt nicht der Masse zugute (anders Düringer-Hachenburg I 276), da der Verwalter nicht über die Arbeitskraft des Gemeinschuldners verfügen darf, wie Jaeger — Anm. 15 zu § 23 KO. — mit Recht lehrt; das „Erfüllungsrecht" des Verwalters aus § 17 KO. kommt vorliegend gar nicht in Frage, da er diese unvertretbaren Leistungen „an Stelle des Gemeinschuldners" nicht erfüllen kann. — § 92. Anm. 13.

6. **Krankheit oder sonstige längere Behinderung** bilden je nach Bewandtnis der Umstände ein sofortiges Kündigungsrecht. Eine Entschädigungspflicht des Agenten entfällt, wenn ihn ein Verschulden nicht trifft. Der § 616 BGB. (Fortzahlung der Vergütung bei vorübergehender unverschuldeter Behinderung) paßt auch auf das Agenturverhältnis; auch dann, wenn der Agent von einzelnen Geschäften Provision erhält, da der § 616 für alle Arten von Dienstverträgen gegeben ist. Daß der Agent regelmäßig für die Einzelleistungen bezahlt wird, ist (anders Düringer-Hachenburg I 258) kein Grund für Nichtanwendbarkeit des § 616, der vielmehr auch in solchen Fällen anwendbar ist, in denen der Lohn für die Einzelleistung nach ihren Ergebnissen bezahlt wird (Planck 1./2. Aufl. Nr. 2a zu § 616 BGB.). — Anm. 14.

7. **Über den Einfluß von Veränderungen in den geschäftlichen Verhältnissen des Geschäftsherrn** sowie von andern Gründen, die eine **von ihm zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung** herbeiführen, vgl. näheres Anm. 26 zu § 84. Diese Umstände können dem Agenten auch ein sofortiges Kündigungsrecht geben. — Anm. 14a.

8. **Wie wirkt Veräußerung des Geschäfts des Geschäftsherrn auf das Verhältnis?** Hierüber s. Anm. 27 zu § 70. — Anm. 15.

9. **Wie wirkt die Veräußerung des Geschäfts des Agenten auf das Verhältnis?** Das Verhältnis bleibt an sich unberührt. Da der Agent seine Dienste persönlich zu erfüllen hat (§ 84 Anm. 21), muß er zur Vermeidung von Schadensersatzpflichten dem Vertrage weiter genügen und kann für die Regel den Geschäftsnachfolger nicht an seine Stelle setzen, es sei denn, daß der Geschäftsherr einwilligt. — Anm. 16.

Gibt der Agent sonst sein Gewerbe auf, ohne durch objektive Umstände dazu genötigt zu sein, und verweigert er aus diesem Grunde die Vertragserfüllung, so macht er sich schadensersatzpflichtig (so zutr. Düringer-Hachenburg I 278).

10. **Auch** bei den zu 1 bis 9 behandelten Beendigungsgründen hört, wie überhaupt bei jeder Beendigung des Agenturverhältnisses, die Pflicht der Provisionszahlung nicht absolut auf (näheres oben Anm. 1). — Anm. 17.

Vorschüsse auf künftige Provision sind zu verrechnen, das Zuviel ist von dem Agenten zurückzuerstatten und vom Tage des Empfanges (§ 352) mit fünf vom Hundert zu verzinsen.

Exkurs vor § 93.

Die Zivilmakler (insbesondere die Grundstücks- und Hypothekenmakler).

Exkurs vor § 93.

Literatur nach früherem Recht, die aber zum großen Teil heute noch zu gebrauchen ist: Neubauer, Der nichtkaufmännische Maklervertrag in der Praxis, ArchBürgR. 6, 1 ff.; Riesenfeld, Der Zivilmäkler, bei Gruchot 36, 790 ff.; 37 S. 27 ff., 257 ff., 530 ff. u. 814 ff.; Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler, bei Gruchot 40, 193 ff.; Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte 411 ff. — Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler, Heft II, Berlin 1900.

Die Rechtsverhältnisse der Zivilmakler, insbesondere der Grundstücks- und Hypothekenmakler, sind im HGB. nicht geregelt. In den §§ 93 ff. sind vielmehr lediglich die Rechtsverhältnisse der sogenannten Handelsmakler geregelt. Das sind diejenigen Makler, die sich mit der Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs befassen. Dazu gehören insbesondere nicht die Grundstücke und Hypotheken (vgl. Anm. 4 zu § 93). Die- — Anm. 1.

Exkurs vor § 93.

jenigen Makler, welche die Veräußerung von Grundstücken und Hypotheken vermitteln, sind daher nicht Handelsmakler im Sinne des HGB. Diejenigen Makler, welche die Belastung von Grundstücken oder, was dasselbe ist, die Beleihung von Grundstücken oder Beschaffung von Hypotheken auf sie vermitteln, sind ebenfalls keine Handelsmakler. Die Verträge über Grundstücke können zwar Handelsgeschäfte sein, ebenso wie die Verträge über Vermittelung von Grundstückskäufen (Anm. 8). Aber darum bilden Grundstücke noch nicht einen regelmäßigen Gegenstand des Handelsverkehrs (D. 82). Die Beleihung ferner von Grundstücken durch Geldgeber ist zwar, wenn gewerbsmäßig betrieben, ein Handelsgewerbe (vgl. Anm. 67 zu § 1). Gleichwohl kann man nicht sagen, daß der Grundstücksbeleihungsvertrag ein regelmäßiger Gegenstand des Handelsverkehrs im Sinne des § 93 ist; denn es ist ein Geschäft über eine unbewegliche Sache (§ 93 Abs. 2). Nun sind es aber gerade die Grundstücks- und Hypothekenmakler, die vom Verkehr als die eigentlichen Handelsmakler aufgefaßt werden, für deren Rechtsverhältnisse ausführliche Vorschriften wünschenswert waren, weil diese oft zu Streitigkeiten geführt und in ihnen sich zahlreiche Rechtssätze herausgebildet hatten (vgl. schon die 5. Aufl. 141 ff.). Nach der Begriffsbestimmung des § 93 fallen unter die Handelsmakler im großen und ganzen nur die an der Börse und in börsenartigen Zusammenkünften fungierenden Makler. Deren Vermittelungstätigkeit ist aber eine mehr registrierende. Sie sind mehr Nachweiser, als Vermittler, ihre Tätigkeit wickelt sich glatt und schnell ab, zu Prozessen kommt es hier fast nie und für eine so ausführliche Behandlung im Gesetzbuch war hier kein dringendes Bedürfnis. Dagegen war ein solches hinsichtlich der Zivilmakler vorhanden. Da es nicht befriedigt ist, sei diese Lücke durch ausführliche Behandlung der Rechtsverhältnisse des Zivilmakler in diesem besonderen Exkurse ausgefüllt.

Anm. 2.

I. Begriff des Zivilmaklervertrages und rechtliche Stellung des Zivilmaklers.

A. Der Begriff des Maklers und der Unterschied zwischen Zivilmakler und Handelsmakler.

1. **Begriff.** Der Maklervertrag ist, wie § 652 BGB. ergibt, ein Vertrag, Inhalts dessen für die Vermittlung eines Vertrags ein Lohn versprochen wird. Hiermit ist das Wesen des Maklervertrages (wenn man zunächst nur den Vermittelungsmakler im Auge hat und den Nachweismakler beiseite läßt, vgl. über diesen unten Anm. 6) erschöpfend gekennzeichnet. Nichts weiter gehört zum Wesen des Maklervertrages, als daß jemand sich verpflichtet, einen Lohn dafür zu zahlen, daß ein anderer einen Vertrag vermittelt. Es gehört nicht zum Wesen des Maklervertrages, daß der Makler sich verpflichtet, für die Vermittlung des Vertrages tätig zu sein (anders Dernburg II § 338). Noch weniger gehört dazu, daß der Makler sich verpflichtet, für das Zustandekommen des Vertrages einzustehen. Aber andererseits widersprechen diese Verpflichtungen auch nicht dem Wesen des Maklervertrags. Nur ist die regelmäßige Gestaltung des Falles, daß der Makler sie nicht übernimmt. Übernimmt er sie, so wird der Vertrag dadurch ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, je nachdem er sich verpflichtet: entweder nur tätig zu sein, oder auch den Erfolg herbeizuführen. Ein Maklervertrag aber hört der Vertrag dadurch nicht auf zu sein. Es ist dann eben ein Maklervertrag, der zugleich ein Dienstvertrag oder Werkvertrag ist. Der Begriff des Maklervertrages ist in gewissem Sinne ein allgemeiner Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienstvertrages oder Werkvertrages annehmen kann, ohne dadurch aufzuhören, der allgemeinen Kategorie des Maklervertrages anzugehören. Das ist auch die Auffassung von Cosack (Bürgerliches Recht I § 152) und Planck (Vorbem. III vor § 651 BGB.), während Düringer-Hachenburg (I 283) den Maklervertrag stets als Dienst- oder Werkvertrag betrachten (ihnen in der Hauptsache beitretend Goldmann I 437). Letztere werden aber dadurch gerade der normalen Gestaltung des Falles nicht gerecht. Und so gelangen sie denn auch nur auf Umwegen, durch künstliche Konstruktion, zu dem gerade im Normalfalle hervortretenden freien Rechte beider Teile, tätig zu sein oder nicht, die Tätigkeit entgegenzunehmen oder nicht. Nach unserer Konstruktion erklärt sich dieses freie Recht einfach dadurch, daß ja der Maklervertrag seinem Wesen nach nichts weiter enthält, als die Verpflichtung, den Lohn zu zahlen, wenn

der Makler den Vertrag zustande gebracht hat. Weder hat der Makler im Normalfalle die Verpflichtung, tätig zu sein, noch auch hat der Auftraggeber die Verpflichtung, die Erfolge der Tätigkeit entgegenzunehmen und den ihm dargebotenen Vertrag zu schließen. Düringer-Hachenburg nehmen hier ein Kündigungsrecht an, das sie mit § 627 BGB. begründen wollen. Aber dieses freie Recht beider Teile hat gar nicht den Charakter eines Kündigungsrechts, sondern geht in seiner Freiheit noch viel weiter: auch ohne Kündigung kann der Makler seine Tätigkeit einstellen, kann der Auftraggeber ablehnen, den ihm dargebotenen Vertrag abzuschließen (s. a. Anm. 39). **Exkurs vor § 93.**

2. **Arten.** Es gibt nun zwei Arten von Maklern, die Zivilmakler und die Handelsmakler. Diese beiden Kategorien unterscheiden sich aber nur ganz äußerlich. Wie § 93 HGB. ergibt, besteht der Unterschied lediglich darin, daß der Handelsmakler gewerbsmäßig Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt. Liegen diese beiden Erfordernisse nicht vor, so ist der Makler Zivilmakler. Er ist also Zivilmakler, wenn er Verträge vermittelt, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen (es ist dann gleichgültig, ob er dies gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig tut), und er ist ferner Zivilmakler, wenn der Vermittlungsauftrag zwar einen Gegenstand des Handelsverkehrs betrifft, der Makler sich aber nicht gewerbsmäßig damit befaßt, sondern nur gelegentlich. Ein weiterer Unterschied besteht nicht. Der § 93 enthält die Begriffsbestimmung des Handelsmaklers. Aus ihm ist ein weiteres Unterscheidungsmerkmal nicht ersichtlich. Nun ist es ja allerdings richtig, daß der Handelsmakler, wie die §§ 98 und 99 ergeben, eine objektive Stellung den Parteien gegenüber einnehmen soll; er tritt zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis, hat beiden Parteien gleich objektiv zu dienen, haftet beiden für Verschulden und hat von beiden Teilen den Lohn zur Hälfte zu fordern. Allein diese objektive Stellung des Handelsmaklers zu den Parteien gehört nicht zu seinem Wesen, ist kein begrifflich notwendiges Merkmal seiner rechtlichen Stellung, wie dies Düringer-Hachenburg (I 281) zu Unrecht annehmen (vgl. jedoch dort 287 unten und 301). Es ist dies allerdings die gesetzliche Gestaltung des Falles, aber nicht die gesetzlich notwendige, sondern die gesetzlich dispositive: die Normalgestaltung des Falles, die durch Parteiwillkür auch abgeändert werden kann. Ein Makler, der gewerbsmäßig mit der Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs betraut wird, bleibt ein Handelsmakler auch dann, wenn er im Einzelfall ausdrücklich damit betraut ist, den Interessen einer Partei zu dienen. Er hat dann in diesem Einzelfall von einer Partei den Lohn zu fordern, tritt zu der anderen in kein Vertragsverhältnis und haftet dieser nicht ex contractu für Verschulden. Seine Tätigkeit in diesem Einzelfall ist gleichwohl die eines Handelsmaklers (zust. Jacusiel II 4; s. a. § 93 Anm. 6). Anm. 3.

Was man unter den Gegenständen des Handelsverkehrs versteht, darüber siehe oben Anm. 1. Nach dem dort und in Anm. 4 zu § 93 Gesagten gehören zu den Zivilmaklern insbesondere die Grundstücks- und Hypothekenmakler, ferner die Makler, welche Anstellungsverträge (für Gesinde, Personal, Schauspieler), sowie die, welche Mietsverträge vermitteln. Der Unterschied des Maklers vom Agenten liegt auf der Hand: der Agent ist ständig betraut, Verträge abzuschließen, der Makler ist nur Augenblicksvermittler (vgl. hierüber Anm. 7 zu § 84). Anm. 4.

3. Unsere Darstellung in diesem Exkurse wird sich, wie oben gesagt, mit den Zivilmaklern beschäftigen und selbstverständlich in erster Linie mit dem gesetzlichen Normalfall, der auch im Verkehr der gewöhnliche ist, also mit dem Falle, in welchem der Makler keine Verpflichtung übernimmt, tätig zu sein oder den Abschluß herbeizuführen. Der letzte Fall kommt überhaupt nur selten, fast gar nicht vor. Der andere, daß der Makler eine Verpflichtung übernimmt, tätig zu sein, birgt in sich neben den allgemeinen Elementen des Maklervertrages auch noch die Besonderheiten des Dienstvertrages. Aus den Vorschriften des Dienstvertrages, aus der Übernahme der Verpflichtung zur Tätigkeit, ergeben sich die Besonderheiten von selbst, welche die folgende Darstellung in solchem Falle erleidet. Es wird jedoch an gehöriger Stelle auf diese Besonderheiten auch noch hingewiesen werden. Anm. 5.

Exkurs vor § 93. Anm. 6.

B. In vorstehendem ist allerdings nur vom Vermittlermakler die Rede. **Das BGB. (§ 652) kennt freilich auch noch den Nachweismakler.** Doch spielt dieser im Hypotheken- und Grundstücksgeschäft nur eine kleine Rolle. Eine große Rolle spielt er bei Dienstverträgen und Wohnungsvermietungen. Allein eine besondere Betrachtung braucht den Rechtsverhältnissen der Nachweismakler nicht gewidmet zu werden, weil hier Streitigkeiten äußerst selten sind. Denn das Nachweisen einer Abschlußgelegenheit ist eine einfache und glatte Tätigkeit. Kommt es aber wirklich zu Streitigkeiten, so ist darauf zu verweisen, daß die obige Begriffsbestimmung sowie die im folgenden darzulegenden einzelnen Rechtssätze auch auf sie Anwendung finden, nur mit der Maßgabe, daß eben der Nachweismakler nicht das Geschäft zu vermitteln, sondern die Abschlußgelegenheit nachzuweisen hat. Hieraus ergeben sich die Unterschiede von selbst (vgl. übrigens mehrere Einzelunterschiede unten Anm. 31 und Anm. 35).

Anm. 7. C. **Kehren wir nunmehr zum Vermittlungsmakler,** den wir im folgenden als den Zivilmakler oder Makler schlechtweg bezeichnen werden, **zurück, so ist zu bemerken, daß auf seine Rechtsverhältnisse die §§ 652—655 BGB. Anwendung finden.** Ausdrücklich ist im HGB. § 93 Abs. 2 bemerkt, daß die Vorschriften des HGB. über die Handelsmakler auf ihn keine Anwendung finden. Doch ist das nur dahin zu verstehen, daß sie direkte Anwendung auf ihn nicht finden. Soweit sie sich aus der Natur des Maklervertrages ergeben, sind sie selbstverständlich auch für den Zivilmakler entsprechend anzuwenden.

Anm. 8. D. **Zu bemerken ist, daß der Zivilmakler nicht ohne weiteres Kaufmann ist,** d. h. nicht Kaufmann kraft § 1 Nr. 7. Denn danach ist nur das Gewerbe des Handelsmaklers ein Handelsgewerbe kraft Gewerbes, nicht, wie es früher im Art. 272 Nr. 4 hieß, die gewerbsmäßige Vermittelung von Handelsgeschäften (s. § 1 Anm. 77). Wenn also auch der Makler gewerbsmäßig solche Geschäfte vermittelt, die Handelsgeschäfte sind, z. B. Beleihungen von Grundstücken durch Bankiers, so bleibt er doch Zivilmakler und ist nicht ohne weiteres Kaufmann. **Aber andererseits ist zu erwähnen, daß er auch Kaufmann sein kann,** wenn nämlich sein Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und seine Firma eingetragen ist (§ 2), oder wenn eine Handelsgesellschaft, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens diese Eigenschaft hat (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) sich mit Vermittlungen dieser Art befaßt. Aber wenn er auch Kaufmann ist, wird er dadurch doch nicht Handelsmakler (zust. Lehmann-Ring § 93 Nr. 1). Befaßt er sich vielmehr mit der Vermittelung von Verträgen über Sachen, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, so ist er zwar Kaufmann, aber gleichwohl Zivilmakler. Und umgekehrt: wenn ein Handelsmakler, also ein Makler, der sich gewerbsmäßig mit Vermittlungen über Gegenstände des Handelsverkehrs beschäftigt, eine Vermittlung über einen Gegenstand des Nichthandelsverkehrs besorgt, so greifen die Regeln über den Zivilmaklervertrag, nicht die Regeln über die Handelsmakler Platz (D. 82; s. a. Anm. 1).

Ist der Makler Kaufmann, so greift auch § 362 HGB. Platz. Danach muß ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, einen ihm zugehenden Auftrag unverzüglich ablehnen, widrigenfalls sein Schweigen als Annahme gilt, jedoch unter der Voraussetzung, daß er entweder mit dem Auftraggeber in Geschäftsverbindung steht oder sich diesem gegenüber zur Geschäftsbesorgung anbot.

Anm. 9.

II. Die einzelnen rechtlichen Bestandteile des Zivilmaklervertrages.

Wie oben in Anm. 2 dargetan, ist der Maklervertrag ein Vertrag, Inhalts dessen sich jemand zu einer Leistung (Provision) verpflichtet für den Fall, daß ein anderer (der Makler) durch seine Tätigkeit einen von dem ersteren begehrten Vertragsabschluß zustande bringt. Nach Gesetz und Verkehrserfahrung ist dies die normale Gestaltung des Falles; sie wird hier also zugrunde gelegt. (Über andere Vertragselemente, die hinzutreten können, s. Anm. 2).

A. **Es verpflichtet sich jemand (der Kommittent, der Auftraggeber, die Partei) zu einer Leistung (Provision).** **Exkurs vor § 93.**

1. **Es verpflichtet sich jemand.** Zahlungspflichtig ist also lediglich der Kommittent, derjenige, der dem Makler die Vermittelung „überträgt" (vgl. § 653 BGB.). Er wird auch Auftraggeber genannt, freilich in einem weiteren Sinne als nach BGB., da der Auftrag nach BGB. notwendig unentgeltlich, der Maklervertrag entgeltlich ist (§§ 662, 652; Dernburg II § 337). In der Zahlungspflicht des Kommittenten liegt ein großer Unterschied des Zivilmaklers vom Handelsmakler; dieser hat im Zweifel seine Provision nach § 99 von jeder Partei zur Hälfte zu fordern. Die rechtliche Stellung des Handelsmaklers ist, wie hieraus ersichtlich ist, vom Gesetzgeber, wenn auch nicht begrifflich, so doch im gesetzlichen Normalfall, ganz anders gedacht, als die des Zivilmaklers (vgl. hierüber Anm. 6 zu § 93). Anm. 10.

Die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns kann aber auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Sie liegt in der bloßen „Übertragung" der Vermittlung dann, wenn nach den Umständen die Ausübung der Vermittlungstätigkeit nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 653 BGB.). Das wird insbesondere, aber nicht nur dann, gelten, wenn der Makler ein gewerbsmäßiger Makler ist. — Und die „Übertragung" der Vermittelung kann selbst auch durch konkludente Handlungen erfolgen; sie setzt nicht etwa einen ausdrücklichen Akt voraus, auch nicht, daß die Anregung vom Kommittenten ausgeht. Auch derjenige, der sich die Maklerdienste gefallen läßt, gilt als Auftraggeber (Bolze 7 Nr. 506; RG. in JW. 01, 144[15]), außer wenn der Makler im Auftrage der Gegenpartei aufgetreten war (Bolze 5 Nr. 583), oder auch nur in den Glauben versetzt, er trete lediglich für die Gegenpartei auf (OLG. Dresden in DJZ. 04, 272; ähnlich OLG. Posen in OLGR. 4, 239). Doch ist die eben zitierte Entscheidung in Bolze 7 Nr. 506 mit Vorsicht aufzunehmen, abgesehen davon, daß ihr Sinn bei Bolze ungenau wiedergegeben ist (vgl. Neubauer 7). Wenn nämlich auch die Anregung nicht vom Kommittenten auszugehen braucht, so ist doch wohl zu unterscheiden, ob man jemandem gestattet, Offerten zu bringen, oder ob man ihm den Vermittlungsauftrag erteilt (Bolze 17 Nr. 379). Es muß der animus obligandi auf seiten des Prinzipals vorliegen (Riesenfeld bei Gruchot 37, 260). Besonders dann wird das bloße Gefallenlassen der Maklerdienste als Auftrag nicht zu gelten haben, wenn usancemäßig der andere Teil die Provision zahlt, wie dies z. B. in Berlin bei Grundstücksvermittlungen der Fall ist. Hier hat der Verkäufer den Makler zu bezahlen (Neubauer 8). Bezieht sich das auch nur auf das Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten, so kann doch der Käufer, wenn er dem Makler keinen ausdrücklichen Auftrag erteilt hat, zunächst davon ausgehen, daß der Makler im Auftrage des Verkäufers erscheint; sein Verpflichtungswille wird nicht so kurzer Hand festzustellen sein. — Die Übertragung des Maklerauftrages kann unter den Voraussetzungen des § 362 HGB. (oben Anm. 8) auch darauf beruhen, daß der Kommittent ihm die Vermittlung aufträgt und der Makler nicht antwortet (vgl. auch § 663 BGB.).

2. **Zur Zahlung einer Maklerprovision** verpflichtet man sich:

a) Ist die Höhe nicht vereinbart so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzunehmen (§ 653 BGB.); bei Grundstücksvermittlungen in Berlin ist der übliche Lohn 1 % bei Grundstücken von sehr hohem Wert ½ % der Kaufsumme (Neubauer 8). Ist der Maklerlohn nicht vereinbart und ist ein üblicher, z. B. weil es sich um Vermittlung eines außergewöhnlichen Vertrags handelt, nicht festzustellen, so ist er unter entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB. festzusetzen (OLG. Hamburg in OLGR. 8, 439). Anm. 11.

Im übrigen aber sind der freien Vereinbarung des Maklerlohnes Schranken nicht auferlegt. Enthalten landesrechtliche Taxen zwingende Höchstgrenzen (vgl. Riesenfeld bei Gruchot 37, 561), so gelten diese nicht mehr, weil nach § 653 BGB. Taxen nur gelten, wenn kein Lohn vereinbart ist. Die entgegengesetzte Entscheidung des RG. (28, 117) ist veraltet (Düringer Hachenburg I 304; Dernburg II § 339[6]).

Über gewisse Beschränkungen bei Gesindevermietern und Stellenvermittlern s. Anm. 44.

Exkurs vor § 93.

Die Beweislast regelt sich wie folgt: Klagt der Makler die übliche Provision ein und behauptet der Kommittent, eine niedrigere sei vereinbart, so hat im Hinblick auf den Wortlaut des Abs. 2 § 653 BGB. („ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt" usw.) der zu beweisen, der behauptet, es sei die Höhe der Provision nicht bestimmt, im vorliegenden Falle also der Makler (OLG. Celle in OLGR. 6, 86).

Anm. 12. b) Eine Herabsetzung der vereinbarten Provision wegen Übermäßigkeit findet nur statt bei der Vermittelung von Dienstverträgen (§ 655 BGB.); hierbei ist aber zu beachten, daß der Maklerlohn im Einzelfalle auch einen Teil der allgemeinen Geschäftskosten mit decken soll. Sonst kann höchstens der § 138 BGB. in Frage kommen, wonach wegen Unverhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung — namentlich oft bei Stellenvermittlungen für Theater — der Vertrag als nichtig anzusehen ist, aber nur beim Hinzukommen weiterer Kriterien (RG. in OLGR. 2, 118: für die „Anbietung des Darlehns" von 4000 Mark auf 2 Monate wurde neben 1% noch ein Honorar von 360 Mark versprochen; ferner RG. bei Neubauer 34: für die Beschaffung eines Engagements auf 5 Jahre versprach eine Sängerin eine Provision von 5% des gesamten künstlerischen Einkommens und 10% von Gastspielen, auch noch gültig im Falle der Prolongation!).

Anm. 13. c) Der vereinbarte oder übliche Lohn kann nicht gefordert werden, wenn der Kommittent vor der Beendigung der Maklertätigkeit erklärt, daß er nur eine geringere Provision zahle (Bolze 17 Nr. 376). Das folgt aus der in Anm. 17 erwähnten Freiheit des Kommittenten über das Geschäft. Freilich darf hier kein dolus unterlaufen. Die Vermittlungstätigkeit darf nicht so weit gediehen sein, daß der Makler alles getan hat, was erforderlich ist, um den Vertrag zum Abschluß zu bringen. Ist vielmehr die Vermittlungstätigkeit so weit gediehen, und kündigt dann der Kommittent den Maklerauftrag, schließt aber demnächst den ihm vom Makler angebotenen Vertrag ab, so hat er die Provision zu zahlen (vgl. Anm. 17).

Anm. 14. d) Der Betrag der Provision wird gewöhnlich in **Prozenten des gehandelten Objekts** ausgedrückt; bei simulierten Angaben entscheidet der wahre Preis.

Anm. 15. e) **Auslagen** werden dem Vermittler nur erstattet, wenn dies vereinbart ist (§ 652 Abs. 2 BGB.). Ohne Vereinbarung weder dann, wenn das Geschäft zustande gekommen ist, noch dann, wenn es nicht zustande gekommen ist, und sei es auch dadurch, daß der Auftrag zurückgezogen wird (übereinst. RG. in JW. 02, 449[22] und OLG. Dresden in OLGR. 4, 48). Das bezieht sich auch auf außergewöhnliche Ausgaben. Will der Makler diese nicht riskieren, so mag er sich ihren Ersatz besonders ausbedingen; eine solche Abrede kann sich auch aus konkludenten Umständen, z. B. der Übertragung des „Alleinverkaufs" auf bestimmte Zeit ergeben (RG. in JW. 05, 75[7]). Er ist also schlechter gestellt, als der Agent, dem nach § 90 die außergewöhnlichen Auslagen zu erstatten sind. Cosack (§ 45 S. 208) will auf einem Umwege dem Makler den Anspruch auf Ersatz außergewöhnlicher Auslagen gewähren (aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag). Dagegen mit Recht Düringer-Hachenburg I 305.

Anm. 16. B. **Für den Fall, daß der Makler den vom Kommittenten begehrten Vertrag durch seine Tätigkeit zustande bringt.** Das ist also die Voraussetzung der verdienten Maklergebühr.

Der Endzweck der Maklertätigkeit besteht in dem Zustandekommen des Vertrags. Da aber die Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrags durch schwebende Bedingungen in Frage gestellt werden kann, so ist in § 652 BGB. weiter bestimmt, daß der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene Vertrag auch unbedingt geworden sein muß, damit die Provision verdient sei; selbstverständlich kann auch vereinbart werden, daß sie schon für ein bedingtes Geschäft verdient sei. Hiernach ist gefordert: ein durch die Tätigkeit des Vermittlers zustande gekommener und, wenn bedingt geschlossen, demnächst unbedingt gewordener Vertrag (OLG. Hamburg in OLGR. 2, 383; näheres Anm. 30).

Im folgenden (Anm. 17—34) sollen die einzelnen Elemente dieses Erfordernisses erläutert werden.

Exkurs vor § 93. Anm. 17.

1. **Der Vertrag muß zustande gekommen sein.** Daraus ergibt sich:

a) **Bis zum Abschluß** bleibt der Auftraggeber Herr des Geschäfts (oben Anm. 2; Bolze 2 Nr. 921; 20 Nr. 408). Er ist jederzeit berechtigt, den Auftrag zu widerrufen oder das ihm vom Vermittler angetragene Geschäft ohne besonderen Grund zurückzuweisen (Motive zum BGB. II 512). Er ist dem Makler gegenüber nicht verpflichtet, das Geschäft abzuschließen (RG. 47, 255; Bolze 1 Nr. 971; 20 Nr. 408; OLG. Frankfurt in ZHR. 43, 340), auch wenn es genau seinen Instruktionen entspricht; selbst von einem vorbereitenden Abkommen, wenn es nur kein Abschluß des geplanten Geschäfts war, kann der Auftraggeber willkürlich zurücktreten (Bolze 9 Nr. 326). Doch kann sich der Auftraggeber Beschränkungen in dieser Hinsicht auferlegt haben, z. B. wenn er dem Vermittler das Geschäft auf eine bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben hat" (Behrend § 58 Anm. 7; vgl. RG. 22, 378). Eine solche Abrede hat die Bedeutung, daß er während dieser Zeit weder selbst des Geschäft machen noch durch Vermittlung eines anderen Maklers es abschließen darf, widrigenfalls er zur Bezahlung des Maklerlohnes verpflichtet wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Vermittlungstätigkeit des ersten Maklers bereits einen Erfolg hatte oder nicht. Dies folgt bei unserer Konstruktion des Maklervertrages aus § 162 Abs. 1 BGB., im übrigen auch aus § 324 BGB. (OLG. Karlsruhe in OLGR. 1, 236). Mit Unrecht engt das OLG. Kiel (ebenda 8, 76) die Bedeutung der Abrede „fest an die Hand geben" auf den Fall ein, daß ein anderer Makler vom Kommittenten nicht betraut werden darf.

Legt sich der Auftraggeber aber solche Beschränkungen nicht auf, so kann er den Maklerauftrag jederzeit widerrufen. Dann bekommt der Makler keine Provision, mag der Mandant von dem Geschäfte nunmehr abgehen oder es abschließen. Es darf aber in letzterem Falle, wenn nämlich das Geschäft abgeschlossen wird, die Sache nur nicht so liegen, **daß die eigentliche Vermittlungstätigkeit bereits geleistet ist** (ROHG. 11, 198; RG. 6, 187; RG. in JW. 03, 276 [21]; Planck 1./2. Aufl. Nr. 2 d zu § 652 BGB.); einer Berufung auf den Einwand der Arglist bedarf es nicht einmal. Kommt das Geschäft aus irgendwelchem Grunde nicht zustande, so steht dem Makler keine Provision zu, also **nicht für bloße Bemühungen** (§ 652 Abs. 2 BGB; nach früherem Recht ROHG. 11, 200; Bolze 16 Nr. 358). Diese bilden sein Risiko. Dies gilt selbst dann, wenn der Maklervertrag nur seine Bemühungen erwähnt („Honorar auf alle Fälle"), weil der Geschäftsabschluß als selbstverständlich vorausgesetzt wird (ZHR. 8, 191), es müßte denn ausdrücklich der Lohn für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages versprochen sein (Fenner-Mecke 5, 235). Hierin liegt keine Schenkung, sondern ein gültiges Versprechen; ebenso darin, daß man auch für den Fall, wenn man selbst abschließt, Provision verspricht (Bolze 11 Nr. 257).

b) **Der Abschluß ist erforderlich** (RG. 25, 320). Anm. 18.

α) Der Abschluß muß zwischen zwei fremden Personen erfolgen. Ist der Makler selbst als Kontrahent aufgetreten, so kann er keine Provision verlangen (Bolze 13 Nr. 370). Der § 400 HGB. ist nicht entsprechend anwendbar (vgl. für den Agenten § 88 Anm. 3).

β) Zum Abschluß gehört, daß beide Parteien ihren Konsens erklärt haben, d. h. nicht bloß im allgemeinen, sondern gerade dahin, daß der Abschluß mit dieser Gegenpartei erfolge. Daher kommt der Kauf nicht schon dadurch zustande, daß der vom Makler geworbene Käufer dem Makler seine Zustimmung erklärt, vielmehr muß der Verkäufer die Person des Käufers erfahren und genehmigt haben (ROHG. 7, 105), außer wenn etwa der Makler zum Abschlusse ermächtigt wurde, worin aber mehr als ein Maklerauftrag läge. Anm. 19.

γ) Der Konsens muß ferner **rechtsgültig** erklärt sein (Motive zum BGB. II 513). Anm. 20.

αα) Materiell rechtsgültig. Der Makler hat keinen Anspruch auf Lohn, wenn der Vertrag nichtig ist, z. B. wenn er eine strafbare Handlung in sich schließt, etwa ein wucherisches Darlehen, oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB.), z. B. den Verkauf eines Bordelles (OLG. Dresden in OLGR. 4, 238), die Beschaffung von Titeln, Orden, Doktor- und Adelsdiplomen bezweckt (Dernburg II § 337 [6]). Ist der Vertrag anfechtbar, z. B. wegen Betrugs (RG. bei Gruchot 40, 967), so muß der Vertrag auch angefochten Anm. 21.

Exkurs vor § 93.

sein; solange die Anfechtung nicht erfolgt, kann die Zahlung der Maklergebühr nicht verweigert werden (übereinst. Planck § 652 Nr. 2c; abweichend RG. in JW. 03, 85[38], das eine Anfechtung des vermittelten Vertrages nicht verlangt). Erfolgt sie aber, dann wird das Geschäft als nichtig angesehen (§ 142 BGB.), und es kann die Maklergebühr verweigert, eventuell nach § 812 zurückgefordert werden (Motive ebenda). In dem Prozesse wegen der Provision kann auch Aussetzung des Verfahrens bis nach Erledigung des Anfechtungsprozesses verlangt werden (RG. bei Gruchot 40, 967). Zu bemerken ist dabei, daß der Kontrahent, dessen Verhalten den Anfechtungsgrund abgegeben hat, dem Makler die Rechtsungültigkeit nicht entgegenhalten kann (zust. Jacusiel II 31). — Kein Mäklerlohn ist verdient, wenn der vermittelte Vertrag zur Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, sie aber nicht erhielt (OLG. Kiel in OLGR. 4, 240). Wird aber der Vertrag mit einer Ehefrau ohne ehemännliche Genehmigung abgeschlossen, so ist er rechtsgültig. Daß die Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres in alle Vermögensstücke der Frau erfolgen kann, berührt die Rechte des Maklers in der Regel — der Einzelfall kann anders liegen — nicht.

Anm. 22. ββ) Formell rechtsgültig. Gehört zur Rechtsgültigkeit eine besondere Form, so muß auch diese erfüllt sein (nicht unbedenklich RG. 25, 319; vgl. auch die Bedenken bei Neubauer 15; richtig RG. 29, 230 und in JW. 02 Beil. 228).

Für die Vermittelung von Grundstücksveräußerungen ist seit dem 1. Januar 1900 wichtig geworden, daß nicht bloß der Eigentumserwerb, sondern auch der obligatorische Veräußerungsvertrag an schwere Förmlichkeiten geknüpft ist (§ 313 BGB.), so daß auch eine gültige Offerte dieser Form bedarf. Für den Hypothekenverkehr (Verträge über Veräußerung oder Bestellung von Hypotheken) gilt weder dies noch ähnliches; hier ist wohl der dingliche, nicht aber, worauf es hier allein ankommt, der obligatorische Vertrag an Förmlichkeiten geknüpft. Die Bezugnahme Düringer-Hachenburgs (I 289) auf § 873 BGB. ist hier nicht zutreffend, da diese Gesetzesstelle von den Formen handelt, von denen die dingliche Entstehung von Rechten an Grundstücken abhängt. Wohl aber ist es zutreffend, wenn sie wegen des Mietsmaklers auf die Formvorschrift des § 566 BGB. hinweisen (schriftlicher Vertrag bei Mietsverträgen von mehr als einjähriger Dauer). Gleichgültig ist dem Vermittler gegenüber, wie die Parteien über die Rechtsgültigkeit denken, und ob sie darüber im Zweifel sind (Bolze 13 Nr. 371).

Anm. 23. δ) Da nur der Abschluß erforderlich ist, kommt es nicht in Betracht, **ob der Vertrag** (für Realverträge vgl. jedoch Anm. 27) **auch tatsächlich erfüllt wird** (ROHG. 14, 426; SeuffA. 40, 26; Bolze 16 Nr. 355, teilweise abgedruckt, jedoch nicht der hier interessierende Teil, in RG. 30, 80).

Anm. 24. αα) Nicht in Betracht kommt insbesondere, ob der Vertrag nicht erfüllt und auf Erfüllung nicht gedrungen wird, weil der Vertrag von den Parteien für rechtsunverbindlich erachtet wird (Bolze 13 Nr. 371); oder ob etwa öffentlichrechtliche Gründe, z. B. ein Ausfuhrverbot, die Erfüllung hindern (Bolze 16 Nr. 355 und RG. 30, 80; OLG. Karlsruhe in ZHR. 46, 492); ob er abredemäßig erfüllt wird oder mangelhaft oder verspätet, selbst wenn im letzteren Falle ein Rücktrittsrecht gegeben ist und geltend gemacht wird (SeuffA 40, 26); ob die Gegenleistung tatsächlich erzwungen werden kann, oder der Gegner unvermögend ist zu erfüllen. Denn des Maklers Pflicht erschöpft sich in der Zuführung des Kontrahenten und dem Zustandebringen des beiderseitigen Konsenses.

Anm. 25. ββ) Hieraus folgt auch: Die Prüfung der Ware auf ihre Güte, des Gegenkontrahenten auf seine Sicherheit und Zuverlässigkeit ist Sache der Partei selbst, die gerade durch ihre Zustimmung zu erkennen gibt, daß ihr alles konveniere (zust. OLG. Colmar in DJZ. 03, 60). In gleichem Sinne spricht sich auch das Urteil des RG. vom 1. 6. 99 (bei Gruchot 45, 1011) dahin aus, es gebe keinen Rechtssatz des Inhalts, daß es stillschweigende Voraussetzung des Vertrages sei, der Makler werde nur einen zahlungsfähigen Käufer zuführen. Nur durch die besonderen Umstände des Falles ist es

gerechtfertigt, wenn das RG. (bei Bolze 7 Nr. 504) den Anspruch auf Provision abweist, weil der **Käufer** sich als zahlungsunfähig erwiesen hat; es war festgestellt, daß der Makler nur einen zahlungsfähigen Käufer hatte zuführen sollen. Der Makler braucht sich auch nach den Verhältnissen nicht zu erkundigen (ebenso Dernburg II § 339); der entgegengesetzte Standpunkt des RG. (in DJZ. 97, 365), wonach diese Erkundigungspflicht allgemein zu den Erfordernissen der gewissenhaften Ausführung des Maklerauftrages gehört, kann nicht gebilligt werden (s. Anm. 37). Anders liegt der Fall, wenn der Makler z. B. gewußt und verschwiegen hat, daß der zugeführte Gegenkontrahent zahlungsunfähig ist (Anm. 37). **Exkurs vor § 93.**

$\gamma\gamma$) Sicherlich unerheblich ist es ferner, ob die Parteien die **Wiederaufhebung des Vertrages freiwillig vereinbart haben** (Mot. z. BGB. II 514; OTr. in BuschA. 20, 69; RG. 25, 319; OLG. Rostock in OLGR. 1, 402). Die Sachlage gestaltet sich aber anders, wenn der Makler durch Verletzung seiner Pflichten die Aufhebung oder Unwirksamkeit des Vertrages verschuldet hat (Bolze 17 Nr. 380). Anm. 26.

$\delta\delta$) Bei den **Realverträgen** ist es streitig, ob die Provision verdient ist mit dem Abschluß oder der Erfüllung, also beim Darlehnsvertrage mit dem Abschluß des pactum de mutuo dando oder erst mit der Auszahlung des Darlehns. Düringer-Hachenburg (I 304) erklärten sich für das erstere, Dernburg (II § 339 [19]) und Förster-Eccius (II § 138 Nr. 2) für das letztere. Das RG. (39, 231) erklärt sich für die Auszahlung, aber mit der richtigen Einschränkung, daß im Einzelfalle die Sache anders liegen kann (vgl. auch KG. in KGBl. 05, 19). Auf Grund dieser Einschränkung hat das KG. (KGBl. 97, 106) den zutreffenden Satz ausgesprochen, daß bei den sog. Baugelderdarlehen schon mit dem Abschluß des Vertrags die Provision verdient ist. Wir folgen dieser Judikatur, da bei den Realverträgen überhaupt die Erfüllung des Vertrags seitens einer Partei zum Geschäftsabschluß gehört (ebenso Cosack § 45 [21] und OLG. Frankfurt in OLGR. 1, 401). Anm. 27.

$\varepsilon\varepsilon$) **Selbstverständlich aber kann die Provisionsabrede anders getroffen und von der Erfüllung abhängig gemacht werden.** So liegt unter Umständen eine wesentliche Abänderung in der Vereinbarung: Zahlung soll erfolgen nach Übergabe, nach Auflassung, nach der ersten Anzahlung (vgl. z. B. Bolze 6 Nr. 491). Darin kann nach Lage des Falls eine Bedingung, nicht eine bloße Befristung liegen. Alsdann genügt es nicht, daß der Vertrag abgeschlossen ist, vielmehr muß es außerdem noch zu jenen Erfüllungsakten gekommen sein, nur darf der Eintritt dieser Akte nicht durch den Auftraggeber vereitelt werden. Doch ist dies nicht dahin zu verstehen, daß jede Vereitelung oder auch nur jede schuldhafte Vereitelung dem Prinzipal entgegengehalten werden kann. Vielmehr sind nur dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruchs gerichtete Vereitelungen gemeint (vgl. § 162 BGB.). Bleibt die Erfüllung des Gegenkontrahenten aus wegen Mangels der Erfüllung seitens des Auftraggebers oder auch aus Willkür, so ist der Provisionsanspruch in solchem Falle dennoch nicht entstanden. Denn wie der Auftraggeber dem Makler gegenüber nicht verpflichtet ist, das Geschäft zu schließen, so ist er diesem gegenüber auch nicht verpflichtet, das Geschäft gehörig zu erfüllen, nur damit der Provisionsanspruch zur Entstehung gelange (vgl. Bolze 6 Nr. 491; abw. Jacusiel II 39; s. a. Anm. 30). Anm. 28.

e) **Der Prinzipal muß bewußterweise auf Grund der Vermittlertätigkeit abgeschlossen haben.** Sache des Maklers ist es, dem Mandanten zum Bewußtsein zu bringen, daß das Geschäft durch seine Vermittlung zustande gekommen ist, damit bei der Preisbestimmung die Provision in Rechnung gezogen werden kann. Sonst ist die Provision nicht verdient (RG. 31, 289; 47, 255), namentlich nicht, wenn der Mandant beim Abschluß des Geschäfts sogar vom Gegenteil überzeugt ist (OLG. Dresden in OLGR. 8, 77). Der Vermittler muß deswegen auch klar zum Ausdruck bringen, für wen er — ob für den Verkäufer oder Käufer — seine Vermittlungstätigkeit ausübt (OLG. Marienwerder in OLGR. 4, 47). Anm. 29

2. **Der Vertrag muß unbedingt geworden sein.** Bei suspensiv bedingtem Abschluß ist keine Provision vor Eintritt der Bedingung verdient (§ 652 BGB.; ebenso Riesenfeld 37, 543; Anm. 30.

Exkurs vor § 93.

s. a. Anm. 16). Wer aber den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert, gegen den gilt die Bedingung als eingetreten (§ 162 BGB.). Im Verhältnis des Maklers zum Kommittenten kann nur die dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruchs gerichtete Vereitelung gemeint sein (ein Beispiel Bolze 19 Nr. 458; vgl. auch Bolze 6 Nr. 491 a. E.; s. ferner Anm. 28). Die Anwendung des § 162 BGB. ist nicht gegeben, wenn der Kommittent, der die Gültigkeit des Vertrags von der Zustimmung eines Dritten abhängig gemacht hat, diesem von der Erteilung der Zustimmung abrät; es muß der Rat für die Entschließung entscheidend werden (OLG. Colmar in OLGR. 4, 241). Als bedingter Kauf gilt es auch, wenn der Kaufpreis in Aktien einer erst zu gründenden Gesellschaft bedungen ist (AppG. Celle in ZHR. 22, 354).

Der aufschiebenden Bedingung stehen vertragliche Widerrufs- und Reurechte gleich (Behrend § 58 Anm. 20; Rospatt in Gruchot 45, 552 ff. mit eingehender Begründung; RG. in KGBl. 90, 46; anders Düringer-Hachenburg I 303 sowie Jacusiel II 33.) Auch diese müssen erledigt sein; er macht keinen Unterschied, wenn dem Auftraggeber das Widerrufsrecht vorbehalten ist, weil dann feststeht, daß dieser sich noch nicht endgültig hat entschließen können, das Geschäft zu machen. Dagegen sind gesetzliche Rücktrittsrechte kein Hindernis für die Entstehung des Provisionsanspruchs (jetzt ebenso RG. in JW. 01, 171[30]).

Die resolutive Bedingtheit des Vertrages hindert nicht die Entstehung des Provisionsanspruchs; die Motive zum BGB. (II 513) heben dies als Absicht des Gesetzes ausdrücklich hervor und diese Absicht dürfte durch die Hervorhebung nur der aufschiebenden Bedingung im § 652 BGB. deutlich ausgedrückt sein (früher anders RG. bei Seuffert 40, 26). Aber mit dem Eintritt der Resolutivbedingung wird der Anspruch auf den Maklerlohn rückwirkend hinfällig (Planck Nr. 2 c zu § 652 BGB.; Goldmann I 455; Riesenfeld 37, 543; anders Dernburg II § 339[b]; Örtmann § 652 Nr. 2 a; Düringer-Hachenburg I 303). Die gezahlte Provision kann dann kondiziert werden.

Anm. 31. 3. **Das Zustandekommen des Vertrags muß auf der Tätigkeit des Maklers beruhen.** Von dem Nachweisauftrage gilt dies nicht (RG. bei Gruchot 24, 987). Doch muß der Nachweis erfolgen zu einer Zeit, wo der Gegenstand als verkäuflich noch unbekannt ist (Bolze 11 Nr. 317). Zwischen Konsens und Maklertätigkeit muß ein Kausalzusammenhang bestehen. Sonst kann der Maklerlohn nicht gefordert werden. In solchem Falle kann nicht etwa wenigstens eine Gebühr für den Nachweis gefordert werden. Es genügt daher nicht, daß der Makler sich einerseits bemüht, und andererseits die Parteien das Geschäft abgeschlossen haben, wenn beides nicht in ursächlichem Zusammenhange steht — Motive zum BGB. II 512 —. Die Tätigkeit des Vermittlers braucht jedoch nicht die alleinige Ursache zu sein (Bolze 19 Nr. 456; RG. in JW. 94, 131[61]; OLG. Breslau im „Recht" 03, 360). Es genügt vielmehr, wenn sie zum Zustandekommen mitgewirkt hat. Dies kann auch der Fall sein, wenn die Verhandlungen unterbrochen und ohne Zuziehung des Maklers persönlich unter den Kontrahenten oder unter Vermittlung einer anderen Person zu Ende geführt wurden (RG. in JW. 01, 90[31]). Für den Kausalzusammenhang besteht, auch wenn die Bemühungen einerseits und der Abschluß des Geschäfts andererseits feststehen, keinerlei Vermutung, wie das RG. (Bolze 11 Nr. 471) ausführt. Wir können uns dieser Ansicht nicht anschließen. Hat der Makler eine Tätigkeit entwickelt, die an sich geeignet ist, den Abschluß herbeizuführen, und ist der Abschluß tatsächlich zustande gekommen, dann hat der Kommittent darzulegen, daß trotzdem ein Kausalzusammenhang nicht bestehe.

Liegt übrigens der Kausalzusammenhang vor, so kommt es auf den Umfang der Vermittlungstätigkeit nicht an. Dieser Grundsatz ist in folgenden praktischen Einzelfragen zur Anwendung gelangt:

Anm. 32. a) **Schon in der Zuführung** des Käufers kann der ursächliche Zusammenhang zwischen Vermittlertätigkeit und Vertragsabschluß liegen, wenn es eben einer weiteren Mitwirkung nicht bedurfte, um den Konsens zu erzielen (RG. 6, 187). Der Provisionsanspruch fällt dadurch nicht weg, daß der Kommittent den Makler zum Vertragsabschlusse nicht zuzieht (RG. bei Bolze 15

Nr. 306 u. in JW. 01, 90[31]; OLG. Braunschweig u. Karlsruhe in ZHR. 38, 232), wie es überhaupt auf das Maß seiner Tätigkeit nicht ankommt (SeuffA. 34, 173). Jedoch muß der Makler es wirklich gewesen sein, der den Kontrahenten zugeführt hat, was nicht der Fall ist, wenn der, dem der Verkaufslustige genannt ist, ihn seinerseits einem andern mitteilt, der dann das Kaufgeschäft macht (Bolze 6 Nr. 490), oder wenn der Zugeführte dem Auftraggeber als zum Abschluß des Geschäfts oder als im allgemeinen zum Abschluß derartiger Geschäfte geneigt bereits bekannt ist (RG. 6, 188), so z. B. wenn man einem Darlehnssucher einfach eine Hypothekenbank nennt. Auch dann kann der Makler keine Provision verlangen, wenn es einer eigentlichen Vermittlertätigkeit bedurfte und diese ein anderer geleistet hat (Bolze 7 Nr. 499), selbst wenn der Auftraggeber von der Fortsetzung der Bemühungen seitens des ersten Maklers Kenntnis gehabt hat; denn man ist durch Erteilung eines Vermittlungsauftrages nicht gehindert, sich noch eines anderen Maklers zu bedienen (Bolze 11 Nr. 317b). Auch dann nicht, wenn der Zugeführte zu jener Zeit zum Kauf nicht entschlossen war, später aber durch die Bemühungen der Partei selbst der Vertrag zustande kommt (Bolze 3 Nr. 640; 13 Nr. 372); oder wenn gar die Verhandlungen scheiterten und erst später ohne Zutun des Maklers wieder aufgenommen und zum Abschluß geführt werden (RG. 6, 188; Bolze 3 Nr. 972; RG. in JW. 00, 861[26]). Immerhin wird aber in solchen Fällen vorsichtig zu erwägen sein, ob nicht trotz des Dazwischenliegens eines Zeitraums oder einer gescheiterten Verhandlung der Kausalzusammenhang doch besteht (vgl. z. B. RG. bei Bolze 15 Nr. 306 u. in JW. 01, 90[31]).

Exkurs vor 93.

b **Die Parteien müssen das Geschäft abgeschlossen haben, das der Kommittent begehrt hat.** Haben sie ein anderes Geschäft abgeschlossen oder hat der eine Kontrahent das Geschäft mit einem andern gemacht (Bolze 6 Nr. 494), so ist die vertragsmäßige Provision nicht verdient, ebenso nicht bei Ausführung in anderer Weise (Bolze 7 Nr. 501). Der Makler erhält daher in der Regel — Ausnahme s. am Ende der Anmerkung — die vertragsmäßige Provision nicht, wenn sie ihm für den Fall der Erzielung eines bestimmten Kaufpreises zugesichert und ein geringerer erzielt wurde (Bolze 23 Nr. 430; ebenso RG. bei Neubauer 15). (Ähnliche Fälle in Bolze 10 Nr. 414: ausbedungen war ein schuldenfreies Grundstück; OG. Wien in BuschA. 12, 157: Verschaffung einer Stelle in einem Detailgeschäfte statt in einem Engrosgeschäfte.) Allein auch hier wird vorsichtig zu erwägen sein, ob nicht der Abschluß des in veränderter Form ausgeführten Geschäfts doch auf die Vermittlertätigkeit zurückzuführen ist, oder ob nur gelegentlich ein wirklich anderes Geschäft gemacht worden ist. Man wird nicht fehl gehen, wenn man den hier in Frage stehenden Grundsatz mit dem Reichsgericht (bei Bolze 9 Nr. 324) dahin formuliert: Der Anspruch auf Provision kann nicht davon abhängen, ob das Geschäft ganz nach den ursprünglich geplanten Modalitäten oder unter Mitwirkung der ursprünglich ins Auge gefaßten Personen zustande kam, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist (vgl. z. B. auch Bolze 8 Nr. 431; 16 Nr. 357 und OLG. Posen in OLGR. 8, 76: die rechtliche Natur des Vertrages, ob Dienst- oder Gesellschaftsvertrag, ist gleichgültig, wenn nur mit dem geschlossenen Geschäfte der gewollte wirtschaftliche Zweck — Beteiligung eines Fachmannes an der Ausbeutung eines gekauften Waldes — erreicht ist). — Gelingt es dem Makler nicht, einen Geschäftsabschluß herbeizuführen, der sich im wesentlichen mit dem Inhalt des Auftrages deckt, läßt sich aber der Kommittent die Vermittlung des Maklers soweit gefallen, daß er das ihm angebotene Geschäft anderen Inhalts abschließt, so wird dem Makler der Anspruch auf eine angemessene Provision nicht zu versagen sein; wobei aber als angemessen nicht etwa ohne weiteres eine Quote der versprochenen Provision im Verhältnis des geringeren Wertes des erzielten Erfolges zu dem in Aussicht genommenen Erfolge zu betrachten ist (RG. in JW. 94, 200[25]). Im Gegensatz hierzu versagt RG. in dem späteren Urteil v. 3. 12. 96 bei Bolze 23 Nr. 433 in solchem Falle den Anspruch auf die angemessene Vergütung. Der erstere Standpunkt ist vorzuziehen. Er entspricht mehr der Billigkeit und der regelmäßigen Vertragsabsicht. Deshalb ist die Entscheidung des OLG.

Anm. 33.

Exkurs vor § 93. Braunschweig (JHR. 38, 233) unzutreffend: einem Makler war bei Erzielung eines Kaufpreises von 100000 Mk. eine Provision von 15000 Mk. versprochen; erzielt wurden 90000 Mk., seine Klage auf 5000 Mk. — Differenz zwischen 15000 Mk. und dem Mindererlös von 10000 Mk. — wurde abgewiesen. Vielmehr wird der Makler in solchen Fällen mindestens so viel verlangen können, als der Verkäufer sonst trotz des billigeren Verkaufs durch Ersparung der Provision verdient (ebenso Jacusiel II 37).

Anm. 34. 4. **Nicht vorausgesetzt ist die persönliche Tätigkeit des Maklers.** Es ist ihm nicht verwehrt, sich Substituten oder Gehilfen, sogenannte **Zwischenmakler**, zu bestellen (Bolze 5 Nr. 579; zust. OLG. Marienwerder in OLGR. 4, 47). Ist der Maklervertrag ausnahmsweise als Dienstvertrag abgeschlossen, d. h. so, daß der Makler die Verpflichtung zur Ausübung der Vermittlungstätigkeit übernommen hat (vgl. oben Anm. 1), so hat er im Zweifel die ihm übertragene Tätigkeit selbst zu entfalten (§ 613 BGB.). Aber auch in diesem Falle ist nicht ausgeschlossen, daß er Gehilfen verwendet, die z. B. die Korrespondenz besorgen, Nachfragen anstellen, Besichtigungen vornehmen usw. Aber in der eigentlichen Vermittlungstätigkeit darf er sich in diesem Falle nicht vertreten lassen, außer wenn dies, was er zu beweisen hat, besonders ausbedungen ist oder wenn es aus den Umständen folgt (Düringer-Hachenburg I 285). **Hauptmakler und Zwischenmakler stehen regelmäßig in einem Gesellschaftsverhältnis** und haben mangels besonderer Abrede die Provision zu teilen (RG. 18, 163). Den Anspruch gegen den Auftraggeber hat regelmäßig nur der Hauptmakler, der aber auch für seine Substituten haftet (z. B. bei Unredlichkeit, Übernahme kollidierender Aufträge usw., § 278 BGB.; näheres unten Anm. 37). — Soll der Untermakler gemeinsam mit dem Hauptmakler gegenüber der Partei provisionsberechtigt sein, so muß dies besonders zum Ausdruck kommen; hierbei ist das Verhalten des einen so zu beurteilen, als hätten beide gehandelt, wie zum Vorteil, so auch zum Nachteil, so daß z. B. ein Verstoß des einen gegen die Vertragstreue die Provisionsansprüche beider beseitigt (OLG. Posen in OLGR. 6, 87). Der Hauptmakler hat auch dafür zu sorgen, daß ersichtlich werde, es handle der Zwischenmakler in seinem Auftrage, damit der Provisionsanspruch bei Festsetzung der Vertragsbedingungen in Rechnung gezogen werden kann. Unterläßt er dies, so fällt sein Anspruch fort (Bolze 1 Nr. 974; JHR. 22, 263; Neubauer 18; vgl. auch oben Anm. 29).

Anm. 35. C. **Trotz dieser** (zu B. 1 bis 4 dargelegten) **Voraussetzungen ist der Maklerlohn nicht verdient, wenn der Makler kollidierende Interessen vertreten hat** oder, wie § 654 BGB. sagt, wenn der Makler **dem Inhalte des Vertrages zuwider** auch für den anderen Teil tätig gewesen ist. Das Gesetz steht also auf dem Standpunkt, daß die Übernahme der Vermittlung für beide Teile nicht notwendig und wohl auch nicht regelmäßig eine Kollision bedingt, daß es aber der Fall sein kann, und daß der Makler sich dieses Doppeldienstes enthalten muß, wenn er zu einer Kollision der Interessen führen kann; alsdann ist er dem Inhalte des Vertrages zuwider. Das stimmt mit der früheren Rechtsprechung und Literatur überein (vgl. insbesondere ROHG. 7, 90; RG. 4, 292; Bolze 11 Nr. 316; 23 Nr. 431; RG. in JW. 01, 90[32] und 02, 371[48] rechts grundsätzlich auch bei einem Kauf- und Tauschvertrage; Eccius 7. Aufl. II 281; Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 190 Anm. 21; auch nach jetzigem Recht Düringer-Hachenburg I 287).

Staub stand, und zwar mit Fug, für das frühere und für das neue Recht auf dem Standpunkte, daß das **Vertreten beider Teile** beim Vermittelungsmakler (anders beim Nachweismakler) regelmäßig dem Inhalte des Vertrages zuwider sein wird (grundsätzlich wohl auf gleichem Standpunkte Dernburg II § 339). Denn eine Vertragsbestimmung, die der einen Partei günstig ist, ist regelmäßig der anderen ungünstig; ein Vorteil der einen Partei ist regelmäßig ein Nachteil der anderen; der Käufer will möglichst billig kaufen, der Verkäufer möglichst teuer verkaufen. Gegen diese Auffassung wendet sich in entschiedener Weise Reuling (bei Gruchot 40, 193 ff.). Nach ihm ist der Makler „Bote beider Teile, solange dieselben durch seine Vermittelung über die Bedingungen des Geschäfts verhandeln, bis zu dem Momente, wo er die Rolle des bloßen Boten mit der des wirklichen Stellvertreters vertauscht, und zwar

desjenigen Vertragsteiles, mit welchem er zufällig die letzte persönliche Rücksprache vor dem Abschluß zu nehmen veranlaßt gewesen war". Diese Konstruktion ist ganz willkürlich und widerspricht den tatsächlichen Verhältnissen des Rechtslebens. Der Makler soll im Auftrage und Interesse des einen Teils durch seine Überzeugungskunst den anderen zum Abschluß bewegen, ihn solange bearbeiten, bis es ihm gelingt, ihn zum Abschluß geneigt zu machen. Den Abschluß selbst macht der Prinzipal. Seinem Wesen nach ist der Makler weder bloßer Bote, noch Bote beider Teile, noch Abschlußbevollmächtigter.

Durch die Übernahme und Ausübung kollidierender Aufträge verwirkt der Makler seinen Provisionsanspruch, allerdings nur, wenn er ohne Vorwissen des Auftraggebers dies tut; also nicht, wenn sein Auftraggeber von jener Übernahme Kenntnis erlangte (RG. 4, 222), und sei es auch erst während der Verhandlungen (Bolze 5 Nr. 581), falls er sie nur vor Abschluß des Geschäfts erlangt (RG. in JW. 01, 90[32]). Auch auf Umwegen darf die Übernahme kollidierender Aufträge nicht erreicht werden; so z. B. wenn zwei Makler sich derart geheim verbinden, daß jeder von ihnen einer Partei als Makler dient (Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts Bd. 2, 95). Als unzulässige Kollision gilt es auch, wenn der Makler dem zugeführten Käufer gegenüber, sei es auch nur mündlich, sich verpflichtet, ihm das Grundstück wieder abzukaufen (Bolze 10 Nr. 415), oder wenn der Makler sich bei dem Gegenkontrahenten an dem Geschäfte geheim beteiligt. Ob der Makler bei seinem Doppeldienste den einen oder den andern Teil wirklich geschädigt, sein Interesse wirklich verletzt hat, ist nicht erheblich. Die Provision ist verwirkt, wenn es als Vertragswidrigkeit angesehen werden muß, beiden Teilen als Vermittler zu dienen, und der Makler dies dennoch getan hat. Aber in der bloßen Entgegennahme des Provisionsversprechens von der anderen Seite liegt eine solche Pflichtverletzung nicht. Denn § 654 BGB. setzt voraus, daß der Makler dem Inhalte des Vertrags zuwider tätig gewesen sei (RG. in JW. 85, 163[27]). Noch weniger liegt sie darin, daß man hinterher nach Abschluß des Geschäfts eine Provision von der andern Seite annimmt (Bolze 11 Nr. 314; JW. 02, 371[42]), ferner nicht darin, daß man zuerst als Vermittler für die eine Partei auftritt, sodann aber diese Rolle aufgibt und sich in die Vermittlerdienste der anderen Partei begibt (Bolze 19 Nr. 455).

Die in der Vertretung kollidierender Interessen liegende Pflichtverletzung gibt der betreffenden Partei eine Einrede. Zwar heißt es im § 654 BGB.: „der Anspruch sei ausgeschlossen", doch liegt wohl nur eine nicht beabsichtigte Schärfe des Ausdrucks vor (Düringer-Hachenburg I 288; anders Planck Nr. 3 zu § 654 BGB., der einen ipso iure wirkenden Ausschließungsgrund annimmt). — Nimmt aber der Makler mit Wissen beider Teile kollidierende Aufträge an, so wird er dadurch Vertrauensmann beider Teile („ehrlicher Makler"). Er darf sich von beiden Teilen Vergütung versprechen lassen, hat aber das beiderseitige Interesse unparteiisch wahrzunehmen, widrigenfalls er seine Pflicht verletzt und den Provisionsanspruch verwirkt (Bolze 20 Nr. 413).

Doch gelten die für die Interessenkollision entwickelten Sätze nur bei wirklichen Vermittelungen, nicht bei Nachweisungen und sonstiger rein faktischer Tätigkeit, z. B. wenn die Tätigkeit nur darin besteht, die Parteien einander zuzuführen (RG. in JW. 96, 254[49] und im SächsA. 10, 239). Geht der Auftrag nur auf den Nachweis (z. B. eines Käufers oder Verkäufers), so ist es mit dem Auftrage nicht unvereinbar, daß der Makler auch im Interesse des anderen Teils tätig ist (Mot. BGB. II 515). Nur ist auch ein Nachweismakler verpflichtet, sich nach der Zuweisung jeder Handlung, die auf die Verhinderung des Zustandekommens des Vertrages abzielt, bei Vermeidung des Verlustes des Provisionsanspruchs zu enthalten (RG. in SächsA. 10, 238), denn zu seinen vertragsmäßigen Leistungen gehört auch ein dem Vertrage entsprechendes späteres Verhalten.

III. Rechtliche Wirkungen des Maklervertrages.

Anm. 36.

A. Der Kommittent ist zur Zahlung der Provision verpflichtet, wenn die ebengedachten Voraussetzungen vorliegen.

Exkurs vor § 93.

B. Der Makler ist zunächst zu keiner Tätigkeit verpflichtet. Übt er sie aber aus, so muß er dies im Interesse des Kommittenten tun.

Anm. 37. 1. Er haftet für Nichtausübung seiner Pflichten in derselben Weise, wie auch sonst jeder seine und seiner Gehilfen Handlungen zu vertreten hat, d. h. er haftet für eigenen Vorsatz und für eigene Fahrlässigkeit und für Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner Substituten (§§ 276, 278 BGB). Ist der Makler Kaufmann, so tritt an die Stelle der Fahrlässigkeit, d. h. der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, nach § 347 HGB. die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Zufolge § 278 BGB. hat der Makler in solchem Falle auch bei seinen dort genannten Gehilfen dafür einzustehen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht verletzen. Dabei ist hervorzuheben, daß dem Makler keine Verpflichtung obliegt, die Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten oder die Eigenschaften der von diesem zur Erfüllung angebotenen Gegenstände zu prüfen, so daß ihn eine Verantwortlichkeit in dieser Hinsicht ohne weiteres nicht trifft (vgl. Goldschmidt, System 111; Dernburg II § 339; abweichend das RG., vgl. Anm. 25). Wenn er aber Versicherungen abgibt, so haftet er für ein ihn hierbei treffendes Verschulden, sicherlich für dolus (Bolze 4 Nr. 646): aber auch für Fahrlässigkeit bzw. Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, sei es, daß er die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei oder Mängel des Erfüllungsgegenstandes hätte kennen sollen und dennoch das Gegenteil versicherte, oder daß er dies tat ohne Prüfung (Bolze 3 Nr. 643), wobei jedoch wirkliche Zusicherungen von landläufigen Anpreisungen wohl zu unterscheiden sein werden. Er hat ferner während der ganzen Dauer des Maklerverhältnisses die Pflicht, seiner Partei ihm bekannte Umstände anzugeben, welche diese, falls sie ihr bekannt gewesen wären, von dem Vertragsabschlusse abgehalten hätten, insbesondere auch die ihm bekannte Zahlungsunfähigkeit der anderen Partei (Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts II 96; Bolze 4 Nr. 647; RG. bei Gruchot 45, 1011; RG. in OLGR. 2, 119: OLG. Karlsruhe im „Recht" 04, 251; s. a. Anm. 25). Endlich darf er seine Partei darüber nicht täuschen, ob der Vertrag wirklich abgeschlossen ist. In diesem Falle wird er ihr verantwortlich, vorausgesetzt, daß dies schuldhafterweise geschah (ROHG. 4, 415).

Anm. 38. 2. Er hat hier überall denjenigen Schaden zu ersetzen, den er durch seine Handlungsweise verursacht hat; dazu tritt unter Umständen — sei es auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sei es auf Grund der exceptio doli — der Verlust des Anspruchs auf Maklerlohn (JW. 00, 448[28]). So haftet er z. B., wenn er seinen Kommittenten in den Glauben versetzt hat, der Vertrag sei abgeschlossen, nicht für den entgangenen Gewinn, das Erfüllungsinteresse, sondern nur für das negative Vertragsinteresse, d. h. für die Folgen von Handlungen und Unterlassungen, die auf jenen Irrtum zurückzuführen sind, z. B. wenn die Partei infolgedessen es unterlassen hat, anderweit abzuschließen (Bolze 3 Nr. 637; RG. in ZHR. 34, 575 f.; vgl. auch RG. 12, 21). Anders, wenn durch sein Verschulden der Vertrag nicht zustande gekommen ist; in diesem Falle haftet er auch für den entgangenen Gewinn (OG. Wien in BuschA. 41, 130).

Anm. 39. 3. Hinzuzufügen ist (vgl. oben Anm. 2), daß er auch die Verpflichtung zur Ausübung der Vermittlungstätigkeit übernehmen kann. Es liegt auch in diesem Falle noch ein Maklervertrag vor, und zwar ein solcher, der unter die Kategorie der Dienstverträge fällt. Der Makler kann in diesem Falle auf Vornahme der zugesagten Vermittlungstätigkeit verklagt werden. Nur wird die Klage einen unmittelbaren praktischen Erfolg kaum haben; dagegen wird Schadensersatz wegen Unterlassung, insbesondere nach § 283 BGB., in vielen Fällen begründet werden können (so Dernburg II § 338). Das Vorliegen eines Dienstvertrages hat besondere Folgen. So darf der Makler z. B. einen solchen Auftrag nicht kündigen, außer aus wichtigen Gründen (§ 626 BGB.). Düringer-Hachenburg (I 284) geben ihm im Zusammenhange mit ihrer bereits (Anm. 2) bekämpften Konstruktion des Maklervertrages ein freieres Kündigungsrecht unter Heranziehung des § 627 BGB. (Dienstvertrag über Dienste höherer Art auf Grund besonderer Vertrauensstellung). Aber wir halten es für nicht zutreffend, die Dienste eines Maklers als Dienste „höherer Art", die auf Grund „besonderen"

Vertrauens übertragen werden, zu betrachten. — In den seltenen Fällen endlich, daß der Makler die Verpflichtung zur Herbeiführung des Abschlusses übernimmt, greifen die Regeln vom Werkvertrage Platz. Exkurs vor § 93.

IV. Verjährung der Ansprüche des Maklers. Anm. 40.

Der Anspruch des Maklers verjährt, wenn er ein gewerbsmäßiger Makler ist, nach § 196 Nr. 7 BGB. regelmäßig in zwei Jahren. Das gleiche gilt, wenn er Kaufmann ist. In diesem Falle kommt es nicht darauf an, ob er gewerbsmäßiger Vermittler ist oder nicht: auch wenn jemand, der aus sonstigen Gründen Kaufmann ist, eine Vermittlungsprovision verdient, verjährt sie in zwei Jahren (§ 196 Nr. 1 BGB.). Ist der Makler Kaufmann, so tritt an die Stelle der zweijährigen dann eine vierjährige Verjährung, wenn außerdem auch der Kommittent Kaufmann ist oder das vermittelte Geschäft sonst zu seinem Gewerbebetrieb gehört (§ 196 Nr. 1 und Abs. 2 BGB.). Ist endlich der Vermittler weder gewerbsmäßiger Vermittler noch Kaufmann, so verjährt der Anspruch in 30 Jahren. Die hier erwähnten kurzen Verjährungen beginnen mit dem Schlusse des Fälligkeitsjahres (§ 201 BGB.; vgl. indes RG. in JW 06, 84[8] und die dort aufgestellten bedenklichen neuen Grundsätze über den Beginn).

V. Hilfsmittel zur Durchführung der Makler-Ansprüche. Anm. 41.

Zur Durchführung seiner Ansprüche steht dem Makler, wenn die Provision in einem Bruchteil des Gewinns am vermittelten Geschäft besteht, das Recht auf Rechnungslegung zu, das sich in der Vorlegung der Bücher erschöpft, falls dadurch die Rechnung als genügend gelegt gelten kann, sonst auf weitere Rechnungslegung (vgl. RG. bei Gruchot 38, 1130).

VI. Erfüllungsort. Anm. 42.

Der Erfüllungsort richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB., auch bei dem Handelsmakler (RG. bei Gruchot 38 Beil. S. 1136). Daß dort, wo das vermittelte Darlehn zu zahlen ist, auch die Provision zu zahlen sei, läßt sich nicht begründen (vgl. Bolze 18 Nr. 303).

VII. Einige Endigungsgründe des Maklervertrags. Anm. 42a.

A. Durch den Tod des Auftraggebers, auch vor dem Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäfts, werden die Rechte und Pflichten der Vertragschließenden nicht geändert; namentlich bleibt auch das beiderseitige jederzeitige Kündigungsrecht bestehen (Anm. 17). Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers gehen auf seine Erben über (RG. 47, 255; a. M. Riesenfeld bei Gruchot 37, 580f. und Neubauer 30, nach deren Ansicht der Maklervertrag aufgehoben wird). Die Provision ist also auch dann verdient, wenn die Erben, die das Geschäft abschließen, keine Kenntnis von dem Maklervertrage haben; nur müssen sie bei Abschluß des Geschäfts Kenntnis von der Vermittlertätigkeit haben (RG. 47, 255).

B. Der Tod des Maklers oder seine Geschäftsunfähigkeit heben den Vertrag auf.

C. Der Konkurs des Auftraggebers wird für die Regel den Vertrag aufheben, dagegen der des Maklers nicht ohne weiteres; mutatis mutandis sind die für den Agenturvertrag (§ 92 Anm. 10, 11) entwickelten Grundsätze anwendbar (vgl. a. Lehmann-Ring Nr. 2; Jaeger § 22 Anm. 10, § 23 Anm. 7; Planck, Vorbm. III vor § 652 BGB.).

VIII. Pflichten des Maklers gegenüber der andern Partei. Anm. 43

Der Zivilmakler tritt zu dieser in kein vertragliches Verhältnis, was einen der Hauptunterschiede zwischen ihm und dem Handelsmakler bildet (übereinst. Dernburg II § 339; Endemann, Handelsrecht § 165; s. § 93 Anm. 6 u. § 98). Riesenfeld (bei Gruchot 37, 273) verteidigt den gegenteiligen Standpunkt nicht glücklich damit, daß der Makler den ihm vom ersten Auftrag-

Exkurs vor § 93.

geber erteilten Auftrag angeblich nicht anders erfüllen könne, als dadurch, daß er zu einem andern ebenfalls in ein „Dienstverhältnis" trete. Im Gegenteil: er dient seinem Auftraggeber am besten, wenn er nur ihm und nicht dem andern zu dienen sucht. Zweien Herren dienen ist immer schwer. Verhandeln soll er mit dem andern, ihn „bearbeiten", nicht aber sich ihm vertragsmäßig verdingen. Aber wenn er auch zu der andern Partei in keinem vertraglichen Verhältnis steht, so tritt er doch zu ihr in einen nahen geschäftlichen Verkehr und hat daher die allgemeine Pflicht der Redlichkeit, deren Verletzung ihn auch dieser Partei gegenüber ersatzpflichtig macht, wenngleich aus anderem Rechtsgrunde, nämlich auf Grund der Vorschriften über außervertragliche Rechtsverletzungen. Eine unerlaubte Handlung muß also vorliegen; bloßes Versehen genügt nicht, wenn die sonstigen Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nicht vorliegen, wie dies auch in Anm. 33 Exk. zu § 58 ausgeführt ist (vgl. RG. 30, 50 und § 84 Anm. 31 a. E. für den ähnlichen Fall des Agenten). Über den Umfang des Schadens siehe oben Anm. 38. Hat der Makler als Pseudovertreter den Vertrag abgeschlossen, so haftet er nach § 179 BGB. (vgl. hierüber Anm. 49ff. Exk. zu § 58).

Anm. 44.

IX. Gewerberechtliche Vorschriften.

Für **gewisse Klassen gewerbsmäßiger Makler** enthält die Gewerbeordnung in den §§ 34, 35, 38, 53, 75a, 147—149 öffentlich-rechtliche Vorschriften. So bedürfen, wenngleich an sich der gewerbsmäßige Betrieb von Maklergeschäften freigegeben ist, Gesindevermieter und Stellenvermittler zum Betriebe ihres Geschäfts einer Erlaubnis. Diese ist zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit in bezug auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb dartun (§ 34 GewO.). Über ihren Geschäftsbetrieb dürfen die Zentralbehörden Vorschriften erlassen (§ 38 GewO.). Gewerbsmäßige Vermittler für Immobiliarverträge, Darlehen oder Heiraten haben von Eröffnung ihres Gewerbebetriebes der zuständigen Behörde Anzeige zu machen. Ihnen kann der Gewerbebetrieb untersagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, welche ihre Unzuverlässigkeit in bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun (§ 35 GewO.). Zuwiderhandlungen sind mit Geldstrafen und im Unvermögensfalle mit Haft bedroht (§§ 147, 148 GewO.). Aber die abgeschlossenen Maklerverträge, sowie die vermittelten Geschäfte sind vollkommen gültig (Riesenfeld bei Gruchot 36, 815).

Die Gesindevermieter und Stellenvermittler unterliegen auf Grund des § 75a der GewO. hinsichtlich ihrer Provision gewissen, auch privatrechtlich wirksamen Beschränkungen (s. a. Anm. 11). Sie haben das Verzeichnis der von ihnen aufgestellten Taxen der Ortspolizeibehörde einzureichen und in ihren Geschäftsräumen an einer in die Augen fallenden Stelle anzuschlagen. Diese Taxen dürfen zwar jederzeit abgeändert werden, bleiben aber so lange in Kraft, bis die Abänderung der Polizeibehörde angezeigt und das abgeänderte Verzeichnis in den Geschäftsräumen angeschlagen ist. Die Taxen selbst unterliegen weder der Genehmigung noch der Abänderung durch die Behörde. Aber Verträge, welche die einmal aufgestellte Taxe überschreiten, sind zivilrechtlich nichtig (§§ 134, 139 BGB.). Dem Stellensuchenden muß ferner vor Abschluß des Vermittlungsgeschäfts die für ihn zur Anwendung kommende Taxe mitgeteilt werden; die bloße Verweisung auf den angeschlagenen Tarif genügt nicht. Das Unterlassen der Einreichung der Taxe und ihr Überschreiten unterliegt auch strafrechtlicher Ahndung (§§ 148, 149 GewO.).

Anm. 45.

X. Übergangsfragen.

Maklerverträge, die unter der Herrschaft des alten Rechts abgeschlossen sind, werden nach diesem beurteilt (Art. 170 EG. z. BGB.); auch die über Heiratsvermittlung (RG. 46, 152 u. 177). Wann die Tätigkeit des Maklers ausgeübt wurde, ist gleichgültig. Die Frage natürlich, ob das vermittelte Geschäft wirksam zustande kommt, folgt ihren eigenen Regeln. Lag schon vor dem 1. Januar 1900 ein rechtswirksam zustande gekommenes Geschäft vor, so ist es perfekt, auch wenn es nach neuem Recht nicht rechtsgültig sein würde, wie z. B. wenn ein Grundstücksverkauf vor dem 1. Januar 1900 nur schriftlich abgeschlossen wäre.

Achter Abschnitt.
Handelsmäkler.
§ 93.

§ 93.

Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiethe oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers.

Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

Lit.: vgl. die Angaben im Exk. vor § 93; ferner Laband in ZHR. 20, 1ff.; Grünhut bei Endemann III 132ff.

Einleitung.

Unter den Handelsmaklern versteht das neue HGB. nicht die amtlichen Handelsmakler, sondern die Privathandelsmakler. Das Institut der amtlichen Handelsmakler, das aus dem Mittelalter stammt (in Italien hießen sie „Sensale", in Frankreich „courtiers" von cursores, Gierke § 32), ist jetzt gänzlich abgeschafft, wie es durch das Börsengesetz mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1897 bereits für die Börsen abgeschafft war. Es hatte sich überlebt, zumal die amtlichen Handelsmakler nicht selten auch bei Abwicklung der gewöhnlichsten Vermittlungsgeschäfte mit ihrem Diensteide in Konflikt geraten konnten. Zur Mitwirkung bei der Kursfeststellung werden nunmehr an Stelle der bisherigen amtlichen Handelsmakler **Kursmakler** angestellt. Diese müssen aber aus der Reihe der — nun nicht mehr amtlichen — Handelsmakler hervorgehen, sie müssen, wie § 30 des BörsG. sagt, solange sie die Tätigkeit als Kursmakler ausüben, die Vermittlung von Börsengeschäften in den betreffenden Waren oder Wertpapieren betreiben (näheres Anm. 5). Auch sonst können die Privathandelsmakler zu gewissen Funktionen, Verkäufen und Käufen, öffentlich bestellt werden, entweder reichsrechtlich (vgl. Anm. 5) oder landesrechtlich (z. B. Vornahme gewisser Schätzungen nach der Mecklenb.-Schwerinschen AusfV. z. HGB. §§ 2 bis 5; Lehmann-Ring Einl. vor § 93). Aber durch diese öffentlichrechtliche Tätigkeiten ändert sich nicht die Rechtsstellung der Handelsmakler, ihre vermittelnde Tätigkeit behält ihren privaten Charakter, sie bleiben daher trotz ihrer öffentlichrechtlichen Tätigkeit Privathandelsmakler, sind insbesondere Kaufleute und haben alle Verpflichtungen derselben, auch die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern und zur Eintragung in das Firmenregister (vgl. unten Anm. 5 und § 1 Anm. 77). Übereinstimmend unter eingehender Darlegung OLG. Dresden in OLGR. 8, 245ff.

In den folgenden Paragraphen sind nun die Rechtsverhältnisse der Privathandelsmakler geregelt. Im Exkurse vor diesem Abschnitt ist hier die Darstellung der Rechtsverhältnisse der Zivilmakler, insbesondere der Grundstücks- und Hypothekenmakler, voraufgeschickt worden. Das rechtfertigt sich dadurch, daß die Tätigkeit der Handelsmakler, auch der privaten, sich im allgemeinen derart glatt abwickelt, daß sie zu Prozessen wohl kaum führt. Eine eigentliche Vermittlungstätigkeit, bei der insbesondere der ursächliche Zusammenhang zwischen Tätigkeit und Erfolg fraglich und Gegenstand von zahlreichen Prozessen wird, üben nur die Zivilmakler aus (vgl. Exk. vor § 93 Anm. 1).

Soweit die Bestimmungen des HGB. über die Handelsmakler Lücken lassen, **finden sie ihre Ergänzung durch die Bestimmungen der §§ 652ff. BGB.**, sofern nicht etwa die Verschiedenheit der rechtlichen Konstruktion der beiden Arten von Maklertätigkeit solche Ergänzungsanwendung ausschließt.

§ 93. **Der vorliegende Paragraph bestimmt den Begriff des Handelsmaklers.** Handelsmakler
Anm. 1. ist, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt.

1. **Gewerbsmäßig** muß die Übernahme der Vermittlungen erfolgen. Über den Begriff der Gewerbsmäßigkeit siehe Anm. 6ff. zu § 1. Wer nur gelegentlich einen Auftrag zur Vermittelung eines Vertrags über einen Gegenstand des Handelsverkehrs übernimmt, ist kein Handelsmakler, der betreffende Maklervertrag ist ein Zivilmaklervertrag (vgl. Anm. 3 Exk. vor § 93).

Anm. 2. 2. Der Handelsmakler ist **nicht ständig** mit der Vermittlung von einer Partei betraut, d. h. er ist nicht von einer Partei vertragsmäßig zur ständigen Vermittelung von Geschäften für sie betraut. Das ist der Unterschied vom Handlungsagenten (zust. OLG. Hamburg in OLGR. 2, 383). Düringer-Hachenburg (I 287) weisen darauf hin, daß sich der Unterschied auch in der Bezeichnung Handelsmakler und Handlungsagent ausdrücke, weil letzterer bei seiner Tätigkeit notwendig mit dem Interesse einer Handlung, eines Geschäfts verknüpft sei. Daß aber ein Vertragsverhältnis zwischen dem Handelsmakler und dem Mandanten überhaupt nicht vorliegt, wie Makower (I 156) meint, ist unzutreffend.

Anm. 3. 3. **Die Vermittlung von Verträgen** ist der Gegenstand seiner Tätigkeit. Das Gesetz geht also davon aus, daß die bloße Nachweistätigkeit, auch wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird und auch wenn durch sie Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs zustande kommen, den Vermittler zum Handelsmakler nicht macht (D. 81). Allein in der Praxis wird sich dieser Unterschied völlig verwischen. Denn gerade die Handelsmakler üben in bezug auf das Zustandekommen des Geschäfts eine sehr geringe vermittelnde Tätigkeit aus. Sie reden nicht zu, sie bearbeiten nicht den einen Teil, sondern sie führen die Parteien nur zusammen und stellen dann allerdings zum Zeichen des Abschlusses Abschlußnoten zu. Aber eine eigentliche vermittelnde Tätigkeit liegt gerade diesen Maklern in der Regel fern. Man würde daher, wenn man das Moment der Vermittlung im Gegensatz zum bloßen Nachweis allzusehr pressen würde, den Kreis der Handelsmakler über Gebühr einengen. Es ist das auch eigentlich nicht nötig, weil ja in der bloßen Zuführung des zum Kontrahieren geneigten Gegenkontrahenten die Vermittlung dann liegt, wenn eine weitere Vermittlungstätigkeit nicht erforderlich ist (vgl. Anm. 32 Exk. vor § 93). Jedenfalls aber ist festzuhalten, daß die Handelsmakler nicht mehr zu tun haben, als zu vermitteln. Sie haben nicht abzuschließen, sondern den Abschluß herbeizuführen und den erfolgten Abschluß zu beurkunden (ROHG. 4, 412). Der Handelsmakler kann aber als Mandatar bestellt werden. Als solcher gilt er als bestellt, nämlich beauftragt zum Abschluß mit einem einwandsfreien Käufer, wenn der Verkäufer dem Makler die Schlußnote übergeben hat mit der Klausel: Aufgabe des Käufers vorbehalten (RG. 24, 64); hierüber siehe § 95.

Anm. 4. 4. **Über Gegenstände des Handelsverkehrs** müssen sich die Verträge verhalten, die der Handelsmakler vermittelt; bei „Gegenständen" ist nicht etwa an körperliche Sachen zu denken. Das Gesetz hebt als solche Verträge besonders hervor: Verträge über die Anschaffung und Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderung, Bodmerei, Schiffsmiete. Zu den ersteren gehören auch Verträge über den Erwerb von Edelmetallen, Geldsorten und Wechseln, sowie von Schiffen (D. 81). Auch Patente sind Gegenstände des Handelsverkehrs (die Patentanwälte also sind, sofern sie sich mit der Vermittlung von Patentveräußerungsgeschäften befassen, Handelsmakler; vgl. § 1 Anm. 84), ferner die Geschäfte des Bankgewerbes (z. B. Vermittlung von Wechseldiskontgeschäften), nicht dagegen Hypothekengeschäfte (vgl. Anm. 1 Exk. vor § 93, nicht die Tätigkeit bei der Gründung von Gesellschaften oder überhaupt die Vermittlung kaufmännischer Gesellschaftsverträge (zust Goldmann I 435; OLG. Hamburg in OLGR. 2, 251; weitergehend Lehmann-Ring § 1 Nr. 67), nicht die Tätigkeit bei der Vermittelung von Mieträumen und seien es auch Geschäftslokalitäten, nicht

die Vermittlung von Anstellungen (Gesinde, Geschäftspersonal usw.). Daß unbewegliche Sachen nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, hebt das Gesetz besonders hervor. Die Grundstücksvermittler sind infolgedessen zweifelsohne keine Handelsmakler. Die Theateragenten (richtiger wohl Theatermakler) sind als Vermittler von Anstellungsverträgen Zivilmakler. **§ 93.**

Daß die betreffenden Verträge Handelsgeschäfte sind, ist im Gegensatz zum früheren Recht (vgl. Art. 272 Nr. 4) nicht erforderlich, aber auch nicht ausreichend (vgl. auch die eben zit. Entsch. des OLG. Hamburg).

Zusatz 1. Die Handelsmakler sind Kaufleute. Ihr Gewerbe ist ein Handelsgewerbe (§ 1 Nr. 7). Sie haben daher sowohl die öffentlich-rechtlichen Pflichten der Kaufleute (z. B. die Pflicht zur Führung von Handlungsbüchern, also neben dem Tagebuche des § 100), als auch sonst die Rechte und Pflichten eines Kaufmanns (so z. B. haben sie die Sorgfalt ordentlicher Kaufleute zu erfüllen. § 347). Unter den Voraussetzungen des § 4 sind sie Minderkaufleute. Alsdann haben sie keine Handlungsbücher zu führen, wohl aber ein Tagebuch. Dieses gilt nicht als Handelsbuch. Von der Führung dieses Buches ist der Handelsmakler nur unter den Voraussetzungen des § 104 befreit. Auch die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister besteht, wie bei sonstigen Kaufleuten. Insbesondere gilt dies alles auch von denjenigen Handelsmaklern, die außerdem eine offizielle Tätigkeit ausüben (Kursmakler, öffentliche Versteigerungsbeamte usw. – KGJ. 17, 6; D. 83). — Die öffentliche Stellung der Kursmakler, die von der Landesregierung des Orts der Börse ernannt und entlassen werden (§§ 29 ff. BörsG.), macht sie nicht etwa zu Beamten und hebt sie aus dem Kreise der Kaufleute nicht heraus (s. a. oben Einleitung). Soweit eine Beeidigung der öffentlich angestellten Makler erforderlich ist, war nach früherem Rechte die Gültigkeit ihrer amtlichen Handlungen nicht absolut abhängig von der Vereidigung (RG. 18, 92). In Preußen trifft Bestimmungen über die Ermächtigung von Handelsmaklern zu Kaufgeschäften und ihre Beeidigung das pr. AG. z. BGB. (Art. 13). Hier heißt es auch, daß die öffentliche Ermächtigung, deren Handelsmakler zu Verkäufen oder Käufen nach gewissen Bestimmungen des BGB. (§§ 385, 1221, 1235) und des HGB. (§§ 368, 373 Abs. 2, 376 Abs. 3, 379 Abs 2, 388 Abs. 2, 389 und 437 Abs. 2) bedürfen, erst durch die Beeidigung wirksam werde. Für die Kursmakler, die nach § 30 des BörsG. vor Antritt ihrer Stellung gleichfalls zu vereidigen sind, ist jedoch gleiches nicht anzunehmen, auch soweit sie gemäß der Befugnis aus dem jetzt durch Art. 14 EG. z. HGB. umgeänderten § 34 des BörsG. Verkäufe oder Käufe vornehmen, die sonst durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmakler zu bewirken sind (Stranz-Gerhard Art. 13 Anm 2 u. 6). Anm. 5.

Im Interesse der unparteiischen Stellung der Kursmakler sind gewisse Verbote getroffen. Sie dürfen zwar in Geschäften jeder Art makeln und müssen es in gewissen Geschäften (vgl. oben Einl.), aber sie dürfen kein sonstiges Handelsgewerbe betreiben oder sich an einem solchen beteiligen, und sie dürfen auch einzelne Geschäfte in dem Zweige, für den sie an der Kursfeststellung mitwirken, nur insoweit für eigene Rechnung oder im eigenen Namen schließen, als dies zur Ausführung der ihnen erteilten Aufträge nötig ist. Nur insoweit sind ihnen auch Bürgschaften für die von ihnen vermittelten Geschäfte gestattet. Die verbotswidrigen Geschäfte sind nicht ungültig, sondern haben disziplinare Ahndung zur Folge; auch der Kursmakler selbst kann auf Grund eines verbotswidrigen Geschäfts klagen (§ 32 BörsG.).

Zusatz 2. Die rechtliche Stellung des Handelsmaklers zu den Parteien ist eine eigentümliche. Nach § 99 hat er von jeder Partei die Hälfte des Maklerlohnes zu fordern, nach § 98 haftet er beiden Parteien gleichmäßig auf Schadensersatz. nach § 101 hat er beiden Teilen Auskunft zu erteilen. Er tritt also, auch wenn er von einer Partei mit der Vermittelung beauftragt wurde, dadurch. daß er die Vermittlungstätigkeit ausübt, auch zu der anderen Partei in ein vertragliches Verhältnis. Die andere Partei tritt dadurch ein, daß sie sich auf die Vermittelungstätigkeit des Maklers einläßt — ein eigentümlich konstruiertes Verhältnis. Indessen gehört diese objektive Stellung über den Parteien und das vertragliche Verhältnis zu beiden Parteien nicht etwa zum Wesen des Handelsmaklers. Die Begriffsbestimmung unseres Paragraphen enthält von einem solchen Merkmal nichts. Es kann sehr wohl auch der Handelsmakler Anm. 6.

§ 93. in den Dienst einer Partei treten und ausschließlich damit beauftragt sein, das Interesse der einen Partei zu wahren. Nur soviel ergibt sich aus den einzelnen gedachten Gesetzesbestimmungen, daß die objektive Stellung und das vertragliche Verhältnis zu beiden Parteien als die regelmäßige und mangels besonderer Vereinbarungen als die gesetzliche Gestaltung des Verhältnisses zu betrachten ist (vgl. Anm. 3 Exk. vor § 93).

Anm. 7. **Zusatz 3. Die im Art. 69 des alten HGB. dem amtlichen Handelsmakler auferlegten Verpflichtungen** bestehen insoweit, als sie sich aus der rechtlichen Stellung des Handelsmaklers von selbst ergeben:

1. Das Verbot, für eigene Rechnung Handelsgeschäfte zu machen, oder für die Erfüllung der Geschäfte einzustehen, besteht für den Privathandelsmakler nicht mehr.
2. Ebensowenig besteht das Verbot, Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehilfe zu sein.
3. Sie dürfen sich mit anderen Handelsmaklern zu Gesellschaften vereinigen (RG. 18, 163).
4. Persönlicher Betrieb der Handelsgeschäfte ist ihnen nicht zur Verpflichtung gemacht (Anm. 34 im Exk. vor § 93).
5. Zur Verschwiegenheit sind sie insoweit verpflichtet, als dies die Sachlage nach Treu und Glauben gebietet.
6. Es ist ihnen nicht zur Pflicht gemacht, lediglich ausdrückliche und persönliche Erklärungen der Parteien entgegenzunehmen.

Indessen ist hier überall zu bemerken, daß die Handelsmakler, die zu Kursmaklern bestellt sind, in dieser ihrer Eigenschaft mehreren solcher Beschränkungen und anderen Beschränkungen unterliegen (§ 32 des BörsG.; vgl. Anm. 5). Auch sonst ist es nicht ausgeschlossen, daß die Gesetze, auch die Landesgesetze, den Privathandelsmaklern, die zu öffentlichen Funktionen bestellt werden, solche Beschränkungen auferlegen.

Anm. 8. **Zusatz 4. Hat der Makler die Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten zu prüfen?** Hier wird dasselbe gelten müssen, wie für den Zivilmakler. Denn seine Aufgabe ist dieselbe. Er soll den Abschluß vermitteln. Die Pflicht der Redlichkeit, die dem Zivilmakler gegenüber der einen Partei obliegt, liegt ihm beiden Teilen gegenüber ob. Aber der Inhalt seiner Pflicht wird dadurch kein anderer (vgl. daher über diesen Punkt Anm. 25 und 37 im Exk. vor § 93).

§ 94.

§ 94. Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waaren oder Werthpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enthält.

Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmäkler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

Der vorliegende Paragraph handelt von den durch den Handelsmakler zuzustellenden Schlußnoten.

1. **Die rechtliche Bedeutung dieser Vorschriften** besteht: **§ 94.**

a) **Für die Parteien** darin, daß ihnen für die abgeschlossenen Geschäfte Beweismittel gesichert werden. Die Gültigkeit des Geschäfts hängt von der Aushändigung, Annahme oder Unterschrift der Schlußnoten nicht ab. Auch begründet die Annahme der Schlußnoten keine gesetzliche Vermutung für die Genehmigung des Geschäftsabschlusses (ROHG. 13, 295), jedoch eine erhebliche faktische Vermutung; in der Regel wird sie sogar als Zustimmung zum Geschäfte zu betrachten sein. Eine Genehmigung des Inhalts der Schlußnote wird in der vorbehaltlosen Annahme der Schlußnote zu finden sein (RG. in DJZ. 05, 314). Anm. 1

Außerdem ist die Schlußnote, die gemäß Abs. 1 der Handelsmakler unterzeichnet, eine Urkunde, die nach § 416 CPO. formellen Beweis liefert, daß der Handelsmakler den Abschluß des Geschäfts als perfekt beurkundet hat. Nach freier richterlicher Beweiswürdigung hat der Richter zu ermessen, welche Beweiskraft er dieser Urkunde in einem Streit der Parteien beilegen will. Diese Beweiskraft wird um so größer sein, je zuverlässiger der Handelsmakler im allgemeinen seines Amtes waltet und im vorliegenden Falle gewaltet hat, insbesondere dann, wenn der Inhalt der Schlußnote mit seinen sonstigen Aufzeichnungen, dem Tagebuche usw. übereinstimmt.

Die nach Abs. 2 von den Parteien bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, zu unterzeichnende Schlußnote hat selbstverständlich erhöhte Bedeutung für den Beweis des abgeschlossenen Geschäfts; Geschäfte, die nicht sofort erfüllt werden sollen, sind die sog. **Zeitgeschäfte** und die aufschiebend bedingten Geschäfte, nicht aber solche, bei denen der Verkäufer sofort erfüllt, während dem Käufer der Preis gestundet wird (Lehmann-Ring Nr. 5).

Wird die Annahme der Schlußnote oder ihre Unterzeichnung ohne berechtigten Grund verweigert, so berührt dies die Gültigkeit des zustande gekommenen Geschäfts nicht. Auch die Provision des Maklers bleibt verdient.

b) **Für den Makler** haben die Vorschriften die Bedeutung von privatrechtlichen Verpflichtungen, zu deren Erfüllung er im Wege der Klage gezwungen werden kann und deren Nichterfüllung ihn zum Schadensersatz nach § 98 verpflichtet. So z. B., wenn eine Partei aus der Nichtzusendung des Schlußscheins zu der Annahme berechtigt erschien, das Geschäft sei nicht abgeschlossen und infolgedessen anderweit abgeschlossen hat, oder wenn der Makler die Schlußnote verfrüht zustellt und dadurch die Partei von dem anderweiten Abschluß abhält (RG. in JHR. 34, 575). Anm. 2.

2. **Der Inhalt der Vorschrift** gibt zu näheren Bemerkungen keinen Anlaß. „Unverzüglich" bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.). Im Börsenverkehr geschieht die Zustellung (selbstverständlich im Sinne einer einfachen Mitteilung, nicht einer prozessualen Zustellung) der Schlußnoten des nachmittags nach Schluß der Börse. Unter Umständen wird eine schleunigere Zustellung geboten sein. Der im § 94 vorgeschriebene Inhalt der Schlußnoten ist so lange obligatorisch, als nicht beide Teile den Makler von der Pflicht entbinden, alle diese Bestandteile aufzunehmen (anders Makower I 158). Die Zeit des Abschlusses gehört nicht zum gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt der Schlußnote, aber es wird sich empfehlen, daß der Makler sie aufnimmt (Georg Cohn in ArchBürgR. 12, 246). Bei wiederholten Abschlüssen unter den gleichen Bedingungen wird man es als Willen beider Parteien ansehen und deshalb als genügend erachten müssen, wenn der Makler in die Schlußnoten schreibt: „zu früheren Konditionen" (übereinst. Düringer-Hachenburg I 291; abw. Jacusiel II 19). Anm. 3.

3. **Die Parteien können auf die Schlußnoten verzichten**, aber nur beide gemeinsam, nicht eine allein, auch nicht mit der Wirkung daß sie ihr allein nicht zugestellt zu werden braucht (zust. Jacusiel II 20; anders Düringer Hachenburg I 290, die jeder Partei das Recht geben, auf die Zustellung an sich selbst zu verzichten). Anm. 4

4. **Eine Ausnahme** von der Pflicht zur Schlußnotenzustellung enthält § 104 (Kleinverkehr; s. dort). Der Makler braucht ferner, wenn er als Selbstkontrahent auftritt, eine — für diesen Fall auch bedeutungslose — Schlußnote nicht zuzustellen (ROHG. 8, 266ff.). Anm. 5.

§ 94. Anm. 6. 5. Das Reichsstempelgesetz v. 27. 4. 94 in der Fassung der Bek. v. 14. 6. 00 legt im § 14 dem Makler ferner die Verpflichtung zur Numerierung und fünfjährigen Aufbewahrung der Schlußnoten auf. — Über den **Schlußnotenzwang**, den das Reichsstempelgesetz für gewisse Arten von Geschäften vorschreibt, auch wenn ohne Vermittlung eines Maklers gehandelt wird, vgl. §§ 9, 10, 19 ff. des zit. Ges.

§ 95.

§ 95. Nimmt eine Partei eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

Die Bezeichnung der anderen Partei hat innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erfolgen.

Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben, so ist die Partei befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Handelsmäklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob sie Erfüllung verlange.

Lit.: Behrend, Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe, DJZ. 04, 371 ff.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph regelt das Rechtsverhältnis, das auf Grund einer besonderen Art von Schlußnoten entsteht, die im Börsenverkehr (namentlich von Berlin, Hamburg, Frankfurt a. M.) häufig vorkommen, nämlich **solcher, auf denen der Vermerk steht: Aufgabe vorbehalten** (oder ein gleichbedeutender, z. B. „an" oder „für Aufgabe"). Die Regelung, wie sie im § 95 — anschließend im wesentlichen an die Auffassung des RG. (20, 37 ff. und 24, 64 ff.) — erfolgt ist, entspricht auch der Auffassung des Verkehrs. Denn mit der Annahme einer derartigen Schlußnote gibt die Partei, wie Düringer-Hachenburg (I 293) mit Recht hervorheben, zu erkennen, daß sie die Auswahl des Gegenkontrahenten dem Makler überläßt, es sei denn, daß sie besondere berechtigte Ablehnungsgründe hat. Andererseits liegt in der Hingabe die Garantie des Maklers für das Zustandekommen des Geschäfts, aus der die Befugnis der Partei entspringt, ihn selbst auf die Erfüllung in Anspruch zu nehmen. Hält man diese Leitsätze fest, so entwickeln sich aus ihnen die Einzelbestimmungen.

Anm. 1. 1. Der Makler behält sich die Bezeichnung der „anderen", d. h. der dem Adressaten gegenüberstehenden Vertragspartei vor. Dies kann auch gegenüber beiden von ihm in Aussicht genommenen Vertragsparteien geschehen, für die dann der Schwebezustand gemäß § 95 eintritt. Ein Schlußschein, der den Namen des Kontrahenten offen läßt, entspricht richtiger Ansicht nach dem gesetzlichen Erfordernis, vorausgesetzt, daß die Verkehrssitte ihm diese Bedeutung beilegt (Behrend a. a. O. 373).

Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe brauchen nicht angenommen zu werden (D. 82), wie sie auch der Makler nicht auszustellen braucht. Sie stellen sich als Vertragsantrag dar; ein Widerruf ist nach § 130 BGB. zu behandeln. **Werden sie aber angenommen,** was auch stillschweigend durch Unterlassung sofortiger Zurückweisung geschehen kann (Düringer-Hachenburg I 293; Behrend 373), **so ist die Partei daran gebunden,** und zwar sowohl dem Makler, als auch unmittelbar der Gegenpartei gegenüber, obgleich diese noch nicht bekannt ist (über die rechtliche Konstruktion vgl. Anm. 2). Nur dann ist sie nicht gebunden, wenn sie begründete Einwendungen gegen den angegebenen Kontrahenten zu erheben hat. Diese werden sich insbesondere auf die Zahlungsfähigkeit beziehen (D. 82), aber natürlich ist auch das ein begründeter Einwand, daß der nachträglich Benannte als

unredlich oder als Schikaneur bekannt ist (RG. 24, 66 u. 70). Die Gründe müssen so beschaffen sein, daß nach der Auffassung des Handelsverkehrs ein Kontrahieren mit solcher Partei nicht zugemutet werden kann. Die mangelnde Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten aber hört auf ein Mangel zu sein, wenn er genügende Deckung gewährt oder einen tauglichen Bürgen stellt. Als solcher kann auch der Makler gelten, wenn er selbst sicher ist. Daß er Bürgschaft übernehmen darf, darüber s. Anm. 7 zu § 93. — Die **Beweislast**, daß begründete Einwendungen vorliegen, hat der Einwendende (RG. 35, 105; Planck I 48 Nr. 2: „**es sei denn**, daß"). **§ 95.**

2. **Die Aufgabe des Gegenkontrahenten muß rechtzeitig erfolgen.** Nicht etwa, daß der Makler, auch wenn er eine Vorbehalts-Schlußnote zugestellt hat, verpflichtet wäre, eine geeignete oder überhaupt eine Gegenpartei zu bezeichnen (Behrend 374); er haftet nur im Unterlassungsfalle gemäß den Ausführungen in Anm. 3. Bei rechtzeitiger Aufgabe ist das Geschäft, das bis dahin geschwebt hat, indem der eine Kontrahent daran gebunden war, der andere nicht benannte noch nicht, nunmehr perfekt, und zwar ex tunc, auf den Augenblick der Annahme der Schlußnote zurückgerechnet. **Denn die Gebundenheit während des Schwebezustandes** ist in der juristischen Konstruktion den Fällen an die Seite zu setzen, **in denen eine rechtliche Verfügung der Mitwirkung eines Dritten bedarf** (vgl. z. B. § 1829 BGB.; Düringer-Hachenburg I 293; Behrend a. a. O.). Ob der Makler den nicht benannten Gegenkontrahenten seinerseits schon gekannt und mit diesem schon abgeschlossen hatte, oder ob er ihn erst nachträglich gesucht und gefunden hat, ist dabei unerheblich. Es genügt, daß der Gegenkontrahent rechtzeitig benannt wird, gleichgültig, ob vom Makler selbst oder von dem Gegenkontrahenten. Anm. 2.

— Die Frist, innerhalb deren die Bezeichnung geschehen muß, um rechtzeitig zu sein, ist die **ortsübliche, eventuell die angemessene**; innerhalb der Frist muß die Bezeichnung der Partei **zugehen**. Eine Fristsetzung an den Makler zur Bezeichnung des Gegenkontrahenten bedarf es nicht; auch ist eine etwa erfolgte Fristsetzung wirkungslos, wenn die gesetzte Frist nach richterlicher Entscheidung nicht angemessen erscheint. Geschieht aber die Aufgabe des Gegenkontrahenten nicht rechtzeitig, so hört ohne weiteres die Partei auf, gebunden zu sein; doch erscheint bei einer verspäteten Bezeichnung mit Rücksicht auf Treu und Glauben, wie Behrend mit Recht hervorhebt, eine entsprechende Anwendung des § 149 BGB. geboten. — Die Partei hört selbst bei rechtzeitiger Aufgabe auf, gebunden zu sein, wenn **begründete Einwendungen** gegen den aufgegebenen Kontrahenten zu erheben sind, und, wie den Gesetzesworten unbedenklich hinzuzufügen ist, erhoben werden, und zwar unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern, da sonst das Einverständnis mit dem bezeichneten Gegenkontrahenten anzunehmen ist. Die Ablehnung — eine empfangsbedürftige Willenserklärung — ist entweder dem Makler oder der Gegenpartei zu erklären. Ablehnung des rechtzeitig benannten Gegenkontrahenten ohne begründeten Einwand ist unbeachtliche Willkür, gibt aber dem benannten Gegenkontrahenten das Recht, seinerseits zurückzutreten. — Voraussetzung einer **wirksamen** Bezeichnung der Gegenpartei ist die **Ermächtigung** des Maklers hierzu seitens dieser Partei. Diese Ermächtigung muß auch auf Verlangen gemäß § 174 BGB. und zur Vermeidung der dort genannten Folgen durch Vorlegung einer Urkunde dargetan werden (Behrend 375).

3. **In den drei gedachten Fällen** (verspätete Benennung eines Gegenkontrahenten, Benennung eines nicht geeigneten Gegenkontrahenten oder Benennung ohne Ermächtigung), wie überhaupt bei unwirksamer Benennung ist **die Partei befugt, den Handelsmakler selbst auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen**; ihre dem Makler zuzustellende Erklärung ist eine empfangsbedürftige (§ 130 BGB.), unwiderrufliche. Nachträgliche auf Heilung hinzielende Handlungen des Maklers, z. B. Benennung eines geeigneten Kontrahenten, heben die Verpflichtung des Maklers nicht auf. Diese Haftung des Maklers ist dieselbe, wie die des Kommissionärs, der nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat (§ 384 Abs. 3 und die Erl. dazu). Der Erfüllungsanspruch kann sich im geeigneten Falle auch in einen Schadens- Anm. 3.

§ 95. anspruch verwandeln, sofern nämlich letzterer das Surrogat der Erfüllung ist. Weitere Nachteile, etwa sonstiger Schadensersatz, treffen den Makler nicht (Behrend 376). — Der Makler seinerseits hat den Provisionsanspruch, da diese Haftung eine Art der Erfüllung des Maklervertrages ist (Düringer-Hachenburg I 296; ebenso Behrend 377).

Anm. 4. Aber die Partei hat nur das Recht dazu. Sie kann auch das Geschäft ganz zurückweisen. **Keinesfalls hat der Makler das Recht, in das Geschäft einzutreten** (D. 82), es sei denn, daß es ihm vertragsmäßig eingeräumt ist (Anm. 5). Andererseits kann der Makler verlangen, daß ihm darüber Gewißheit wird, ob er auf Erfüllung in Anspruch genommen wird oder nicht. Es muß ihm daher auf seine Aufforderung unverzüglich diese Erklärung in klarer Form, ohne Vorbehalte, abgegeben werden, sonst erlischt das Recht gegen ihn; aber auch nicht vorher, es sei denn, daß aus den Umständen ein Verzicht entnommen werden kann.

Anm. 5. **Zusatz 1.** Ein besonderer Fall des Abschlusses unter Vorbehalt der Bezeichnung des Gegenkontrahenten ist der, **daß hierbei eine bestimmte Eigenschaft des Gegenkontrahenten bedungen wird,** z. B. Primaablader. In diesem Falle kommt der Vertrag zwar bereits bei Abschluß mit dem Handelsmakler als fester, aber als ein durch jene Eigenschaft des Vertragsgegners bedingter zustande (RG. 33, 133; 35, 106; 38, 188).

Auch sonst sind gegenteilige Abreden zwischen der Partei und dem Makler über die Wirkung des Vorbehalts der Bezeichnung einer anderen Partei nicht ausgeschlossen (RG. 20, 37). Es kann daher von vornherein bedungen werden, daß der Makler nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn er den Gegenkontrahenten nicht rechtzeitig benennt; es kann ihm auch durch Vertrag das Recht eingeräumt werden, das Geschäft als Selbstkontrahent zu übernehmen, wobei jedoch § 32 des BörsG. für die Kursmakler zu beachten ist, welcher den Kursmaklern den Eintritt in die Geschäfte verbietet, soweit dies nicht nötig ist (hierüber § 93 Anm. 5).

Anm. 6. **Zusatz 2. Die Vorschrift dieses Paragraphen ist auszudehnen auf den Fall, daß der Makler keine Schlußnoten ausstellt,** die Partei aber in den Abschluß des Geschäfts gewilligt hat, ohne die Gegenpartei zu kennen; die Partei ist gebunden (OLG. Oldenburg in OLGR. 7, 151). Zutreffend erklären Düringer-Hachenburg (I 297), daß nicht der Normalfall der Ausstellung der Schlußnoten der Grund der Gesetzesvorschrift ist, sondern die besondere Art der Willenserklärung (zust. Behrend 377; dagegen Lehmann-Ring Nr. 8 und Goldmann I 450). Das entspricht auch der bisherigen Praxis, die auf das Vorhandensein der Schlußnoten kein Gewicht legte (RG. 24, 70; vgl. auch RG. 33, 131; 38, 187).

Anm. 7. **Zusatz 3.** Verschieden von dem Falle des § 95 ist der Fall, in welchem der Makler bei Übersendung der Schlußnote anzeigt, **der Gegenkontrahent wolle nicht genannt sein.** Will er überhaupt nicht genannt sein, so ist dies im Zweifel als ein an den Adressaten gerichtetes Anerbieten des Maklers anzusehen, das Geschäft im eigenen Namen, wenn auch für fremde Rechnung, zu machen (Behrend 377). Düringer-Hachenburg (I 298) nehmen dies jedoch im Zweifel nicht als Absicht der Parteien an, sondern sehen darin, wenn die Partei die Erklärung annimmt, einen Abschluß mit einer objektiv gewissen, subjektiv ungewissen Person, für die der Makler die Garantie übernehme.

Will der Gegenkontrahent nur zeitweilig ungenannt bleiben, so wird bei nachträglicher Bezeichnung die Rechtslage aus § 95 geschaffen.

Anm. 8. **Zusatz 4.** Über die Steuerpflicht vgl. § 8 Abs. 4 des Reichsstempelges. v. 27. 4. 94 in der Fassung der Bekanntm. v. 14. 6. 00.

§ 96.

§ 96. Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, falls sie ihm übergeben ist, so lange aufzubewahren, bis die Waare ohne Ein-

wendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer § 96. Weise erledigt wird. Er hat die Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen.

1. **Die den Handelsmaklern auferlegte Pflicht zur Aufbewahrung der Probe bezieht sich nur auf den „Kauf nach Probe oder nach Muster“** im Sinne des § 494 BGB., nicht auf andere Käufe. Sie hat zur weiteren Voraussetzung, daß die Probe dem Makler **übergeben** ist; er hat nicht dafür zu sorgen, daß sie in seinen Besitz kommt. Die Pflicht besteht als eine gesetzliche und wird nur durch beiderseitigen Erlaß der Parteien oder durch Ortsgebrauch aufgehoben. Sie erstreckt sich auf die Probe, auf Grund deren verkauft ist, nicht notwendig auf die ganze Probe, wohl aber auf einen solchen Teil, daß die Vergleichung möglich ist. Die Parteien haben einen Anspruch auf Vorlegung der Probe (§§ 809 ff.). Anm. 1.

Die Aufbewahrungspflicht endet mit dem Zeitpunkte, wo ein Streit über die Beschaffenheit der Ware nicht mehr anzunehmen ist, sei es, daß die Ware ausdrücklich genehmigt ist oder daß sie nach § 377 als genehmigt gilt, oder daß die Verjährungsfrist für Erhebung von Einwendungen verstrichen ist, oder daß das Geschäft (durch Vergleich, nachträgliches Rückgängigmachen usw.) erledigt ist.

Als Zeichen zum Kenntlichmachen der Probe genügen Buchstaben, Nummern; zu empfehlen ist aber ein Vermerk mit dem Namen der Parteien, dem Datum des Abschlusses, der Nummer der Schlußnote (Düringer-Hachenburg I 299).

2. Die **Verletzung** der Aufbewahrungspflicht hat Schadensersatzpflicht nach § 98 zur Folge. Es kann auf die Probe noch ankommen, wenn der Käufer zwar auf Lieferung verzichtet, aber Schadensersatz wegen Nichtlieferung verlangt (vgl. z. B. § 283 BGB.). Bei der Prüfung aller dieser Fragen darf der Makler sich auf die Angaben einer Partei nicht verlassen; tut er es gleichwohl, so geschieht es auf seine Gefahr. Anm. 2.

3. Nach **Beendigung** der Aufbewahrungspflicht darf der Handelsmakler — das Gesetz sagt darüber nichts — die Probe derjenigen Partei zurückgeben, von der er sie erhalten hat (§§ 675, 667 BGB.). Anm. 3.

§ 97.

Der Handelsmäkler gilt nicht als ermächtigt, eine Zahlung oder eine andere § 97. im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

Daß der Handelsmakler, der als solcher nicht Handlungsbevollmächtigter ist, an sich nicht zur Erfüllungsannahme legitimiert ist, ergibt sich aus dem Begriff des Maklers, dessen Aufgabe sich in der Vermittlung des Vertragsschlusses erschöpft. Aber es kann durch besonderen Auftrag die Ermächtigung zur Erfüllungsannahme erteilt werden; dies kann auch handelsgebräuchlich sein (ROHG. 11, 241; a. A. Goldmann I 452, der einem abweichenden Handelsgebrauch die Wirkung abspricht).

§ 98.

Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein § 98. Verschulden entstehenden Schaden.

1. Regel. **Er haftet jeder der beiden Parteien.** Das Gesetz denkt sich das Verhältnis regelmäßig so, daß er zu beiden Teilen in ein vertragliches Verhältnis tritt (vgl. Anm. 6 zu § 93). Es gilt daher hier über die Ursache der Schadensersatzpflicht und über den Umfang des Schadens gegenüber beiden Parteien dasselbe, was in Anm. 38 zum Exk. vor § 93 über die Schadensersatzpflicht des Zivilmaklers gegenüber dem Auftraggeber gesagt ist. Denn es liegt hier überall ein vertraglicher Schadensersatzanspruch hinsichtlich beider Parteien vor. Die Haftung besteht nicht nur dann, wenn der Makler mit Erfolg vermittelt hat, sondern auch dann, wenn dies erfolglos geschehen ist. Es genügt, daß er zu der Partei durch Entfaltung einer Vermittlungstätigkeit in rechtliche Beziehungen getreten ist und diese sich hierauf eingelassen hat. Anm. 1.

2. Die Regel ist keine ausnahmslose. Die gleichmäßige Haftung für beide Teile fällt fort, wenn der Handelsmakler im gegebenen Falle **nur für einen Teil** tätig sein soll, Anm. 2.

§ 98. z. B. jeder Teil durch einen von ihm angenommenen Makler seine einseitigen Interessen wahrnehmen läßt (OLG. Hamburg in OLGR. 10, 238; s. a. § 99 Anm. 4). Dieser **Ausnahmefall** liegt aber dann noch nicht vor, wenn abredegemäß nur ein Teil den Lohn bezahlt (Düringer-Hachenburg I 302).

Anm. 3. 3. Hat der Handelsmakler abgeschlossen, ohne dazu bevollmächtigt zu sein, so haftet er außerdem noch als Pseudovertreter nach § 179 BGB. (Anm. 39 Exk. zu § 58).

§ 99.

§ 99. Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

Anm. 1. 1. **Der vorliegende Paragraph gibt die Vorschrift, daß der Handelsmakler den Maklerlohn** (Provision, Courtage, Sensarie — heißt dieser Lohn im Handelsverkehr) **im Zweifel von beiden Parteien zur Hälfte zu verlangen hat.** Über das Eigentümliche dieser Vorschrift s. Anm. 6 zu § 93. Die Parteien können auch anderes vereinbaren (vgl. insbesondere Anm. 4), doch bindet den Makler ihre Vereinbarung nur, wenn er ihr ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt.

Anm. 2. 2. **Unter welchen Voraussetzungen der Maklerlohn verdient ist,** darüber sagt das HGB. nichts. Hierüber gelten die §§ 652 ff. BGB. und demzufolge auch die hieran geknüpften Erläuterungen, die im Exk. vor § 93 Anm. 16 ff. gegeben sind (zust. OLG. Hamburg in OLGR. 2, 383). Insbesondere werden auch hier bloße Verhandlungen und Bemühungen nicht bezahlt, ebensowenig Auslagen mangels Abrede, während andererseits nichts weiter als der Abschluß des Geschäfts, nicht etwa die Ausführung des Geschäfts Existenzbedingung des Provisionsanspruchs ist. Nur ist hier überall nicht nur der zur Zahlung verpflichtet, der den Makler engagiert, ihm die Leistung übertragen hat, sondern auch der andere Teil; beide zur Hälfte. Außerdem wird man hier, obwohl dies im jetzigen HGB. nicht hervorgehoben ist, sinnentsprechend dem Art. 82 des alten HGB. annehmen müssen, daß der Handelsmakler seine Gebühr nicht eher beanspruchen kann, als bis er seiner Verpflichtung bezüglich der Zustellung der Schlußnoten genügt hat. Denn seine Aufgabe ist es, nicht nur zu vermitteln, sondern auch für die gehörige Beurkundung des Geschäfts Sorge zu tragen (§ 94; vgl. § 320 BGB.; D. 83).

Anm. 3. 3. **Dagegen bleibt hier der § 654 BGB. (Fortfall der Maklergebühr bei Vertretung widerstreitender Interessen) regelmäßig außer Anwendung** und demgemäß auch die Erläuterung, die hieran in Anm. 35 Exk. vor § 93 geknüpft ist. Denn den Handelsmakler denkt sich, wie die §§ 98 u. 99 ergeben, der Gesetzgeber regelmäßig als einen „ehrlichen Makler," der über den Parteien steht und für beide Teile tätig ist. Hier ist es nicht „dem Inhalte des Vertrages zuwider", für beide Teile tätig zu sein. Aber ausnahmsweise kann der § 654 BGB. auch auf den Handelsmakler Anwendung finden. Denn es widerspricht nicht dem Begriff des Handelsmaklers, daß er dazu bestellt wird, einseitig den Interessen einer Partei zu dienen. Seine Tätigkeit bleibt auch in diesem Falle die eines Handelsmaklers (vgl. Anm. 3 Exk. vor § 93 und unten Anm. 4). In diesem Falle hat er auch die Vorschrift des § 654 BGB. zu beachten und sich der Vertretung bei Widerstreit der Interessen zu enthalten (vgl. Düringer-Hachenburg I 287 unten, allerdings im Widerspruch mit ihrer prinzipiellen Auffassung 281).

Anm. 4. 4. **Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, das Verhältnis auch anders zu gestalten, also insbesondere den Handelsmakler zu verpflichten, die Verhandlungen lediglich im Interesse der einen Partei zu führen** (s. a. § 98 Anm. 2 und oben Anm. 3). Dann aber fällt auch die ganze eigentümliche Stellung des Handelsmaklers, als einer über den Parteien stehenden Person, in dem Einzelfalle fort. Daraus folgt, daß auch seine Haftung sich nicht nach § 98 richtet, sondern sich entsprechend der Haftung des Zivilmaklers gestaltet, daß

ebenso sein Anspruch auf den Maklerlohn ihm nicht nach § 99 gegen beide Parteien zusteht, § 99. sondern gemäß § 652 BGB. nur gegen seinen Auftraggeber.

5. **Der Betrag der Maklergebühr** wird hier durch Gebräuche wohl stets bestimmt sein. Anm. 5.
Soweit auch die Vermittlung von Dienstverträgen Gegenstand der Handelsmakelei sein kann, ist zu bemerken, daß das im § 655 BGB. festgesetzte Herabsetzungsrecht auch hier Platz greift und nicht etwa (wie im § 348) handelsrechtlich außer Kraft gesetzt ist (vgl. Anm. 12 Exk. vor § 93).

6. **Die Ansprüche des Handelsmaklers verjähren** in 2 Jahren, und soweit eine Partei seine Anm. 6. Tätigkeit in ihrem Gewerbebetriebe verwendet hat, in 4 Jahren (§ 196 Nr. 1 und Abs. 2 BGB.). So kann es kommen, daß gegen beide Teile die Verjährung in verschiedener Frist abläuft (Düringer-Hachenburg I 286). Beide Verjährungen beginnen am Schlusse des Jahres, in welchem der Anspruch fällig wird (§ 201 BGB.; vgl. noch Anm. 40 a. E. im Exk. vor § 93 über den neuen Grundsatz des RG. betr. den Beginn der Verjährung).

§ 100.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses § 100. alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken; sie haben die im § 94 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist von dem Handelsmäkler täglich zu unterzeichnen.

Die Vorschriften der §§ 43, 44 über die Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher finden auf das Tagebuch des Handelsmäklers Anwendung.

1. Das hier vorgeschriebene Tagebuch **gehört nicht zu den Handlungsbüchern** im Sinne Anm. 1. der §§ 38 ff. Denn das Tagebuch dient nicht dazu, die eigenen Geschäfte des Buchführenden, sondern die anderer Personen zu verzeichnen. Handlungsbücher hat der Handelsmakler, da er Kaufmann ist, außerdem zu führen (vgl. Anm. 5 zu § 93). Auf die Unterlassung der Führung des Tagebuches finden nicht die Strafvorschriften über Nichtführung der Handelsbücher, sondern die Sondervorschriften des § 103 Anwendung.

2. Die Führung **eines Handbuchs** außer dem Tagebuche ist vom jetzigen HGB. nicht vor- Anm. 2. geschrieben. Das bleibt dem Handelsmakler überlassen.

3. Die Eintragungen in das Tagebuch brauchen **nicht persönlich** vom Handelsmakler gemacht Anm. 3. zu werden, wohl aber **muß die Unterzeichnung eigenhändig erfolgen.** Zu unterzeichnen ist nicht jede Eintragung, sondern es sind immer nur sämtliche Eintragungen eines Tages zu unterzeichnen. Eine Unterschrift kann also alle Eintragungen eines Tages decken. Ist an einem Tage gar kein Geschäft gemacht worden, so mag der Ordnung wegen dies vermerkt werden; vorgeschrieben ist es nicht.

In das Tagebuch gehören die durch Vermittlung des Maklers abgeschlossenen Geschäfte. Weitere Eintragungen zu machen ist er nicht verpflichtet, also insbesondere nicht Vermerke darüber, daß das Geschäft später wieder aufgehoben wurde, falls nicht etwa der Aufhebungsvertrag wiederum ein durch seine Vermittlung abgeschlossenes selbstständiges Geschäft ist. Wenn dagegen das abgeschlossene Geschäft vor der Eintragung wieder rückgängig gemacht wurde, so bedarf es wohl keiner Eintragung.

4. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken, d. h. die früher zustande gekommenen Anm. 4. vor den späteren; die Eintragungen eines Tages dürfen auf einmal, müssen aber unter Wahrung der Zeitfolge geschehen. Vermerk der Stunde ist nicht nötig. Die Eintragungen haben die im § 94 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten.

5. Die Unterlassung der Eintragung berührt die zivilrechtliche Gültigkeit des Anm. 5. Geschäfts nicht.

6. Auf die Führung des Tagebuchs und die Eintragungen können die Parteien Anm. 6. nicht verzichten. Die Pflicht beruht **auf öffentlichem Recht** (vgl. § 103). Die Eintragung

§ 100. muß daher erfolgen, auch wenn der Makler die Zustellung von Schlußnoten gemäß § 94 Abs. 1 unterlassen darf.

Anm. 7. 7. Auf **Einrichtung und Aufbewahrung** der Tagebücher finden nach Abs. 2 die §§ 43 und 44 Anwendung. Die Pflicht zur Aufbewahrung besteht auch nach der Aufgabe des Maklergewerbes fort, bis zum Ablauf von 10 Jahren vom Tage der letzten Eintragung an gerechnet. Die Strafbestimmung des § 103 bezieht sich auch hierauf. — Wegen der Erben vgl. Erl. zu § 103.

Anm. 8. **Zusatz.** Für das **Tagebuch des Kursmaklers** bestehen noch die Sondervorschriften im § 33 des BörsG. (in der Fassung des Art. 14 EG. z. HGB.). Danach muß es vor dem Gebrauche dem Börsenvorstande zur Beglaubigung der Zahl der Blätter vorgelegt werden. Nach dem Tode oder Ausscheiden des Maklers ist es beim Börsenvorstand niederzulegen.

§ 101.

§ 101. Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und Alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist.

Anm. 1. 1. Die Parteien, und zwar beide, nicht bloß der Auftraggeber des Maklers, aber nur die Parteien, nicht Dritte, haben auf die Erteilung der Auszüge einen klagbaren Anspruch. Er besteht während der ganzen Dauer der Aufbewahrungspflicht (§ 100 Anm. 7). Einstweilige Verfügungen werden, da die Weigerung wohl meist offensichtlich unbegründet ist, hier am ehesten zum Ziele führen. Der Anspruch kann gegen Erben und Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht werden, weil der Auszug vom Handelsmakler zu unterzeichnen ist. Hier kann nur die Vorlegung des Tagebuchs (§ 102) in etwa helfen.

Anm. 2. 2. Ist der Handelsmakler zugleich zu einer öffentlichen Funktion bestellt, z. B. Kursmakler, so wird auch die Beschwerde bei seiner vorgesetzten Behörde wegen dieser Weigerung zulässig sein (vgl. § 33 des BörsG.).

Anm. 3. 3. Die Strafvorschrift des § 103 bezieht sich auf diese Weigerung nicht, weil unserem Paragraphen der öffentlich-rechtliche Charakter fehlt; denn nur auf Verlangen sind die Auszüge zu geben.

Anm. 4. 4. Die Vorlegung des Tagebuchs können die Parteien nicht verlangen, außer auf richterliche Anordnung während des Prozesses (§ 102). Die Pflicht zur Erteilung von Auszügen soll eben diese Vorlegungspflicht ersetzen.

§ 102.

§ 102. Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Die Vorschrift ist ähnlich der des § 45. Hier wie dort kann die Vorlegung auch von Amts wegen angeordnet werden, aber immer nur zu dem Zwecke der **Vergleichung**, wie der Wortlaut ausdrücklich sagt, mit einem vorhandenen Beweismittel, nicht um darüber hinaus den Inhalt des Tagebuchs zu erforschen und dadurch ein tatsächliches Argument für eine Partei heranzuschaffen, das ihr sonst gefehlt hätte. — Gedacht ist hier wohl zunächst an einen Prozeß der Parteien untereinander. Aber es fehlt an einer Bestimmung, wie der Makler gezwungen werden soll, das Tagebuch vorzulegen. Hat der Handelsmakler zugleich öffentliche Befugnisse, ist er z. B. Kursmakler, so wird entweder das Ersuchen gemäß § 432 CPO. oder das Beschwerderecht bei seiner Aufsichtsbehörde zum Ziele führen. Sonst bleiben nur das Klagerecht der Parteien (vgl. auch die §§ 429 bis 431 CPO.) und die Schadensersatzpflicht diesen gegenüber als Zwangsmittel übrig (vgl. Makower I 164). — Ist der Makler selbst Partei, so kommt § 102 unmittelbar

zur Anwendung, im übrigen greifen beim Antrag der Gegenpartei auf Vorlegung die Vorschriften des § 422 CPO. (in Verbindung mit § 810 BGB.) Platz. Das Präjudiz für die Nichtvorlegung ist in der Vorschrift des § 427 CPO. gegeben. § 102.

Hervorgehoben sei noch, daß bei Nichtvorlegung des Tagebuchs freie Beweiswürdigung nach dem § 286 CPO. mit einem für den Herausgabepflichtigen regelmäßig ungünstigen Ergebnis eintreten wird.

§ 103.

Handelsmäkler, die den Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwiderhandeln, werden mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft. § 103.

Das Delikt ist ein Vergehen (§§ 1, 27—30 StGB.); rücksichtlich der Umwandlung in Gefängnis oder Haft kommt § 28 Abs. 1 u. 2 StGB. zur Anwendung. Wegen der Entschuldigungsgründe s. Anm. 4 zu § 38. Das Delikt kann auch von dem begangen werden, der das Handelsmaklergewerbe aufgegeben hat (vgl. Anm. 7 zu § 100). Die Erben des Handelsmaklers — die eben nicht Handelsmakler sind — unterliegen der Vorschrift nicht, obwohl zivilrechtlich auf sie die Pflicht zur Aufbewahrung übergeht.

§ 104.

Auf Personen, welche die Vermittelung von Waarengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung. § 104.

1. Die hier behandelten Makler kann man als **Krämermakler** bezeichnen (Gareis Anm. 1). Sie beschäftigen sich mit der Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehr. Ganz unabhängig davon ist die Frage, ob der betreffende Makler Großmakler oder Kleinmakler, d. h. Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist. Dies richtet sich nicht nach dem Charakter der von ihm vermittelten Geschäfte, der Warengeschäfte im Kleinverkehr, sondern nach Art und Umfang seiner eigenen geschäftlichen Tätigkeit, ob es als Kleingewerbe zu betrachten ist oder nicht. Vollkaufmann kann ein Makler sein, der sich mit Kleinverkehrsgeschäften befaßt, und Minderkaufmann kann ein Makler sein, der die Vermittlung von Großverkehrsgeschäften besorgt. Ist er Vollkaufmann und beschäftigt er sich mit Kleinverkehrsgeschäften, so muß er Handelsbücher, aber kein Tagebuch führen. Ist er Minderkaufmann und beschäftigt er sich mit Großverkehrsgeschäften, so hat er ein Tagebuch, aber keine Handelsbücher zu führen. Ist er Minderkaufmann und beschäftigt er sich mit Kleinverkehrsgeschäften, so hat er weder Tagebuch noch Handelsbücher zu führen. Ist er Vollkaufmann und beschäftigt er sich mit Großverkehrsgeschäften, so hat er Handelsbücher und Tagebuch zu führen. Unzutreffend ist es, wenn Düringer-Hachenburg (I 307) die Krämermakler allgemein von der Verpflichtung, Handelsbücher zu führen, für befreit erachten. Anm. 1.
2. Nur die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher finden auf Krämermakler keine Anwendung, dagegen die sonstigen unseres Abschnitts. So regeln sich ihre Ansprüche an die Parteien, ihre Haftung ihnen gegenüber nach den §§ 98 und 99, sie haben ferner nach Maßgabe des § 96 bei einem Verkauf nach Probe die Pflicht zur Aufbewahrung der ihnen übergebenen Probe. Anm. 2.

Zweites Buch.
Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt.
Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel.
Errichtung der Gesellschaft.

§ 105.

§ 105. **Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.**

Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

Lit.: Gierke, Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht, ArchBürgR. 19, 114; Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach BGB., 01; Oelffe, Die Unterschiede der offenen Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, 03.

Vorbemerkung. Das HGB. unterscheidet Handelsgesellschaften und die Gesellschaft, die dem Handelsrecht angehört, ohne Handelsgesellschaft zu sein, nämlich die stille Gesellschaft. (Die Gelegenheitsgesellschaft ist gestrichen.) Die Handelsgesellschaften sind: die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, dazu treten noch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph gibt die Begriffsbestimmung der o. H. G.** (Abs. 1) und ordnet an, daß subsidiär die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft Anwendung finden (Abs. 2.).

I. **Die Begriffsbestimmung der o. H. G.**

Sie ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, und bei welcher die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei keinem Gesellschafter beschränkt ist.

Anm. 2. 1. **Eine Gesellschaft ist sie.** Dadurch ist zum deutlichen Ausdruck gebracht, daß zu ihrem Wesen das Vorhandensein einer Gesellschaft gehört. Abgelehnt ist hierdurch die insbesondere von Laband (in ZHR. 30, 509ff.) vertretene Ansicht, daß die o. H. G. ein Verhältnis ist, durch das ohne Rücksicht auf die zugrunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird (D. 86).

Erforderlich ist hiernach, daß sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines § 105. gemeinschaftlichen Endzwecks in bestimmter Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Anm. 3. Beiträge zu leisten. Denn das gehört nach § 705 BGB. zum Wesen einer jeden Gesellschaft. Durch welche Art von Beiträgen der Gesellschaftszweck gefördert werden soll, ist völlig dem Gesellschaftsvertrage überlassen. Es können Sachen, Rechtshandlungen, Verpflichtungsübernahmen sein, aber die Leistung von Beiträgen ist wesentlich (Fischer-Henle Anm. 4 zu § 705 BGB.). Es kann auch sein, daß einer der Gesellschafter den Endzweck fördert in der Weise, daß er sich als Gesellschafter eintragen läßt, dadurch das Risiko der Schuldenhaftung übernimmt und hierdurch den Kredit der Gesellschaft erhöht (RG. 37, 61). Aber ganz erlassen kann die Beitragsleistung einem Gesellschafter nicht werden; sonst liegt keine Gesellschaft vor (Mot. z. BGB. II 594; § 629 des ersten Entwurfs). Ferner muß der Endzweck der Gesellschaft ein gemeinsamer sein. Die Absicht muß dahin gehen, die Ergebnisse des Geschäfts allen Gesellschaftern zukommen zu lassen, nicht gerade notwendig allen in gleichem Umfange, aber doch allen, und zwar als Geschäftsergebnisse, als Ergebnisse der wechselnden Schicksale der Gesellschaft.

Verschieden hiervon ist die Frage, ob eine Gesellschaft vorhanden ist, wenn einzelne Anm. 4. Gesellschafter am Gewinn oder am Verlust nicht beteiligt sind. Für letzteren Fall, also wenn die Teilnahme am Verlust erlassen ist, ist die Zulässigkeit unbestritten (RG. in JW. 03, Beil. S. 17[34] und bei Bauer 7, 212). Dagegen herrschte Streit, ob ein Gesellschafter von jedem Gewinn ausgeschlossen werden darf. Die Frage ist für die o. H. G. zu verneinen. Eine ausdrückliche, dem § 336 Abs. 2 analoge Bestimmung hat allerdings das Gesetz hier nicht; § 705 BGB. aber erklärt nur die Beitragspflicht, nicht die Gewinnbeteiligung für wesentlich. Immerhin aber muß nach der Vorschrift des § 705 der Zweck ein gemeinsamer sein; da dieser nun bei der o. H. G. auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, so ist für den, der nur am Verlust, nicht am Gewinn dieses Gewerbes beteiligt ist, eine Teilnahme am Zweck nicht mehr vorhanden (a. A. für BGB. Goldmann-Lilienthal § 193 Anm. 17; Dernburg II § 361 Anm. 2; Leist, Untersuchungen 97; dagegen Knoke 51). Die Gemeinsamkeit des Zweckes fehlt auch, wenn ein Gesellschafter lediglich eine bestimmt fixierte Summe erhält, nicht aber würde ein garantiertes Minimum dem Vorhandensein einer Gesellschaft entgegenstehen; denn immerhin hängt doch der Überschuß über das Minimum von den Schicksalen der Gesellschaft ab.

2. Notwendig ist begrifflich **ein Vertrag**: ein tatsächlicher Zustand kann keine Handelsgesellschaft Anm. 5. begründen. Nicht nötig ist allerdings der förmliche Abschluß eines solchen; er kann auch aus den Umständen des Falles entnommen werden. Immer aber sind die für den Abschluß eines Vertrages nach bürgerlichem Recht gegebenen Voraussetzungen erforderlich; insbesondere müssen die Vorschriften über die Vertretung Minderjähriger, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts usw. berücksichtigt werden (KGJ. 22 A S. 283; OLG. Posen bei Bauer 10, 211). Wird der Vertrag von dem Vater mit minderjährigen Kindern geschlossen, so muß jedes Kind durch einen Pfleger vertreten werden; weder kann der Vater als Inhaber der väterlichen Gewalt kontrahieren, noch ein Pfleger für mehrere Kinder (KGJ. 22 A S. 284).

Selbstverständlich liegt keine Gesellschaft vor, wenn aus anderen Gründen (etwa aus Anm. 6. einem stipulierten Abhängigkeitsverhältnisse oder den vereinbarten Kündigungsbedingungen) folgt, daß nach innen Dienst, Miete oder Darlehen oder ein sonstiger Vertrag verabredet ist, weil eben eine Gesellschaft vorhanden sein muß, wenn eine o. H. G. vorliegen soll.

Andrerseits kann die Gemeinschaft ursprünglich auch auf anderer Grundlage als auf Anm. 7. Vertrag beruhen: Beschließen zwei Personen, deren Gemeinschaft auf anderer als vertragsmäßiger Grundlage beruht, unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben, so schließen die ursprünglich durch andere Rechtsgründe vereinigten Personen hiermit einen Gesellschaftsvertrag und bilden eine o. H. G., so wenn es sich um die Gemeinschaft zwischen

§ 105. Erben handelt (vgl. Anm. 40), oder um die fortgesetzte Gütergemeinschaft (OLG. Stuttgart in ZHR. 40, 457; ROHG. 11, 102; RG. 10, 103; vgl. auch § 22 Anm. 6).

Über weitere Erfordernisse des Gesellschaftsvertrages siehe Anm. 4 zu § 109.

Anm. 8. 3. Da eine Gesellschaft vorliegen muß, **so folgt daraus ohne weiteres, daß die o. H. G. keine juristische Person ist.** Der alte Streit hierüber ist damit aber nicht, wie die 6./7. Auflage annahm, endgültig begraben; im Gegenteil tobt nach wie vor der Kampf weiter, der nicht nur theoretische, sondern sehr wesentliche praktische Bedeutung hat. Fest steht einerseits, daß die Natur der juristischen Persönlichkeit der o. H. G. nicht gegeben, andrerseits, daß nicht nur eine lediglich obligatorische Bindung, wie bei der römischrechtlichen societas vorhanden ist. Die o. H. G. ist eine Unterart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die auch nicht lediglich nach obligatorischen Prinzipien konstruiert ist. Aber sie unterscheidet sich von dieser noch dadurch, daß sie einen einheitlichen Namen (die Firma) hat, daß sie unter diesem Namen Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Prozesse führen kann; sie hat also Eigenschaften, die ihr nach außen hin die Befugnisse geben, die eine juristische Person hat. Man kann daher mit Dernburg (II 2 § 365, II) sagen, daß die o. H. G. in gewissen Beziehungen so behandelt wird, wie eine juristische Person; man kann sie mit Gareis (Lehrbuch § 27 Anm. 5 und Handausgabe zu § 105) eine „relative juristische Person" nennen. Man entscheidet aber damit nicht die materielle Frage, wer Subjekt der Rechte ist, die die Gesellschaft unter ihrer Firma erwirbt, insbesondere also nicht die des Eigentums am Gesellschaftsvermögen und die der Prozeßführung. Die zu beantwortende Frage ist hier folgende: Ist die Gesellschaft als solche Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens, führt sie als solche den Prozeß, oder tut dies die unter der Firma zusammengefaßte Gesamtheit der Gesellschafter? Beantwortet man die erste Frage nach dem Prinzip der gesamten Hand in letzterem Sinne (vgl. Anm. 27f.), so kann der Umstand allein, daß der o. H. G. gestattet ist, unter einem selbständigen Namen aufzutreten, gegenüber der doch nicht wegzuleugnenden Tendenz des Gesetzes, die o. H. G. als Gesellschaft hinzustellen, nicht dazu führen, die zweite Frage anders zu entscheiden. Es ist daher davon auszugehen, daß die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung Eigentümer des Vermögens und Prozeßpartei sind. (So in konstanter Rechtsprechung die Praxis; vgl. Anm. 27f. und die Erl. zu § 124; insbes. RG. 46, 41 und bei Gruchot 45, 86; BayObLG. bei Bauer 8, 257; OLG. Braunschweig in DJZ. 01, 312; Gierke 116; Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum in ZHR. 49, 167; Behrend § 74; Lehmann-Ring Vorb. zu § 105; Goldmann Anm. 1 zu § 124; dagegen insbesondere Hellwig Anspruch 266; Gaupp-Stein (CPO. Anm. IId zu § 50).

Anm. 9. Andrerseits ist auch die o. H. G. keine physische Person; es kann ihr z. B. das Armenrecht nicht gegeben (RG. in JW. 02, 250[4] und Arend, Parteiqualität der o. H. G., 28), sie kann auch nicht als Inhaberin einer Einzelfirma eingetragen werden (KGJ. 23 A S. 96); vielmehr sind die Gesellschafter einzutragen, die das Geschäft als o. H. G. fortsetzen. Vollmacht kann der o. H. G. erteilt werden (KGJ. 23 A S. 124).

Anm. 10. Es muß aber hier sofort bemerkt werden, daß eine Vereinigung von Personen, die keine o. H. G. ist, doch für den Rechtsverkehr als solche gelten kann (siehe hierüber Anm. 17 und ferner § 123 sowie Exk. zu § 5).

Anm. 11. 4. **Auf den Betrieb eines Handelsgewerbes** muß der Zweck der o. H. G. gerichtet sein. Wie zu 1 dargelegt, gehört zum Wesen jeder Gesellschaft die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Derselbe muß hier der Betrieb eines Handelsgewerbes sein.

a) Der Begriff **Betrieb** ist in Anm. 15f. zu § 1 auseinandergesetzt. Es folgt aus diesem Begriff, daß die Geschäfte im Namen aller Gesellschafter (d. h. unter der Firma der Gesellschaft, als dem gemeinschaftlichen Handelsnamen) abgeschlossen werden müssen. Aber während beim Einzelkaufmann der Abschluß im Namen des Firmeninhabers genügt, muß hier zufolge des zu 1 erwähnten Erfordernisses des Vorhandenseins einer Gesellschaft außerdem der Abschluß der Geschäfte für Rechnung der Gesellschafter

erfolgen. Hier muß der Betrieb des Handelsgewerbes, die Erzielung des dadurch erzielten Gewinnes, der gemeinsame Endzweck der Gesellschafter sein. Sonst läge ja keine Gesellschaft vor. Es wäre keine offene Handelsgesellschaft, wenn das Geschäft lediglich für Rechnung eines Dritten geführt würde, dem aller Gewinn zufiele und den aller Verlust träfe, während die beiden eingetragenen Inhaber des Geschäfts von diesem ein Gehalt bezögen (vgl. zu 1). Hiergegen Goldmann (Anm. 17), Lehmann-Ring (Nr. 5), die eine interne Vereinbarung, daß einem Dritten der Gewinn zufließe, für zulässig erachten. Sie verkennen hierbei die Vorschrift des § 705 BGB., nach denen die Gesellschafter gegenseitig zur „Erreichung eines gemeinsamen Zwecks" mitwirken. Fällt ihnen weder Gewinn noch Verlust zu, so scheidet der gemeinsame Zweck aus. — Jedenfalls aber muß betont werden, daß der Betrieb eines Handelsgewerbes vorliegen muß (vgl. auch die Definition bei Cosack § 105 und die Darstellung bei Gareis, Lehrbuch 116). Es genügt nicht, daß mehrere Personen einen Gesellschaftsvertrag schließen, der den Betrieb eines Handelsgewerbes bezweckt. Obwohl der Wortlaut unseres Paragraphen dazu verleiten möchte, dies anzunehmen, so wäre das irrig. Der bloße Vertragsabschluß ist ein Internum, durch ihn wird zwar eine Vereinigung erzielt, aber keine „offene Handelsgesellschaft". Schon dieser Name zeigt deutlich, daß ein Wirken nach außen erforderlich ist. Außerdem ergibt § 6, daß die Handelsgesellschaft als Kaufmann gedacht ist, also (vgl. § 1) als ein Rechtsgebilde, welches ein Gewerbe betreibt. Und überdies knüpft der Begriff ja an den früheren an (nach Art. 85 lag eine o. H. G. vor, wenn mehrere Personen ein Handelsgewerbe „betreiben") und es sollte durch die neue Fassung an dieser Seite der Sache nichts geändert, sondern nur klar gestellt werden, daß das Rechtsgebilde eine wirkliche Gesellschaft ist (alles das gegen Makower 188).

Anm. 12. Da ein wirklicher Betrieb beabsichtigt sein und vorliegen muß, so ist eine o. H. G. z. B. nicht vorhanden, wenn vereinbart ist, daß die Gesellschaft sich sofort im Moment ihres Entstehens wieder auflösen soll (OLG. Köln in RheinArch. 92, 12 und RG. in DJZ. 02, 167); ferner, wenn es an der Ernstlichkeit des Willens, ein Handelsgewerbe zu betreiben, mangelt (OLG. Kolmar in OLGR. 8, 378); z. B., wenn zwei Personen, deren eine den Namen Mumm führt, eine Weingroßhandlung Mumm & Co. errichten und festgestellt wird, daß sie nicht die Absicht haben, Weinhandel zu betreiben, sondern der Vertrag nur die Verwertung des Namens bezweckt.

b) Anm. 13. Der Begriff **Gewerbe** ist bei Anm. 6 ff. zu § 1 auseinandergesetzt. Ohne Gewerbe keine offene Handelsgesellschaft (RG. 13, 230). Daher können Konsumvereine, deren Zweck nicht ist, aus dem Komplex ihrer Geschäfte eine dauernde Einnahmequelle zu machen, nicht als offene Handelsgesellschaften eingetragen werden (RG. im Recht 01, 203).

c) Anm. 14. Ein Handelsgewerbe muß es sein, entweder ein solches im Sinne des § 1 oder ein solches im Sinne des § 2 oder des § 3 Abs. 2, nicht aber ein Kleingewerbe im Sinne des § 4. (Über den Begriff des Kleingewerbes vgl. Anm. 18 ff. zu § 4.)

Die Anwendung der §§ 1, 2 und 3 führt hier zu folgenden Konsequenzen:

Anm. 15. Betreiben mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma ein unter § 1 fallendes Gewerbe in erheblichem Umfange, so bilden sie ohne weiteres eine o. H. G. Betreiben sie ein sonstiges Gewerbe in Art und Umfang gemäß § 2 und sei es auch unter gemeinschaftlicher Firma, so sind sie trotzdem keine o. H. G.; sondern erst durch die Eintragung. Aber zu dieser sind sie nach § 2 verpflichtet. Sie sind aber ferner zu dieser Eintragung und demgemäß zur Konstituierung einer o. H. G. auch dann verpflichtet, wenn sie irgend ein Gewerbe ohne gemeinschaftliche Firma so führen, daß es nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Denn es folgt aus § 2, daß dann die Inhaber des Gewerbes sich eintragen lassen und dadurch Kaufleute werden sollen. Betreiben sie also das Gewerbe in einer Vereinigung, so müssen sie sich als Handelsgesellschaft eintragen lassen, indem sie eine der vom Gesetze zur Wahl gestellten

§ 105. handelsrechtlichen Vereinigungen wählen. Daß sie dies auch dann tun müssen, wenn ihr Gewerbe unter § 1 fällt, darüber siehe Anm. 21. Vereinigungen von Landwirten mit erheblichem Nebengewerbe sind berechtigt, sich eintragen zu lassen.

Anm. 16. Nach früherem Recht war die Frage wichtig, wie es zu halten ist, wenn eine Gesellschaft teils Handelsgeschäfte, teils Nichthandelsgeschäfte betreibt, und es wurde die Gesellschaft bei einheitlichem Betrieb und wenn der Handelsgeschäftscharakter überwog, als Handelsgesellschaft erklärt (RG. 32, 32; Bolze 18 Nr. 253). Die Frage ist jetzt unpraktisch geworden. Denn absolute Nichthandelsgeschäfte, wie es früher die Geschäfte über Grundstücke waren, gibt es nicht mehr. Ist eine Gesellschaft o. H. G., so sind alle ihre Geschäfte Handelsgeschäfte (§ 343).

Anm. 17. d) Ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes gibt es keine o. H. G. Aber es kann ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes eine Gesellschaft als o. H. G. gelten.

Es ist nämlich darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn ohne die Voraussetzungen des § 1 oder des § 2 oder des § 3 Abs. 2 oder trotz des Vorhandenseins eines Kleingewerbes zwei oder mehrere Personen als o. H. G. in das Handelsregister eingetragen sind, der § 5 Platz greift (vgl. § 6), so daß also für die Dauer der Eintragung im Rechtsverkehr eine o. H. G. des eingetragenen Inhalts als bestehend gilt. Hiergegen ist freilich, wie zu § 5 ausgeführt ist, der Gegenbeweis zulässig, daß die eingetragenen Personen kein Gewerbe betreiben. Denn nur der Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei, ist gegen die Eintragung ausgeschlossen. Betreibt von mehreren eingetragenen Personen, die in Wahrheit keine Handelsgesellschaft bilden, wenigstens eine ein Gewerbe, so greift die Rechtsregel des § 5 wenigstens gegen diese Platz, es gilt also diese wenigstens als Kaufmann.

Anm. 18. Dagegen können Personen, die als offene Handelsgesellschafter eingetragen sind, nicht einwenden, daß sie in Wahrheit keinen Gesellschaftsvertrag oder nur einen ungültigen abgeschlossen haben. (Näheres hierüber Exk. zu § 5 u. Anm. 9 zu § 123.)

Anm. 19. Es ist ferner zu bemerken, daß mehrere Personen, die in anderer Weise im Rechtsverkehr so auftreten, als seien sie zu einer o. H. G. vereinigt, für den Rechtsverkehr als o. H. G. gelten. Hierüber vgl. die Ausführungen im Exk. zu § 5, besonders Anm. 1 u. 3.

Anm. 20. 5. **Unter gemeinschaftlicher Firma** muß das Handelsgewerbe betrieben werden. Diese Firma bezeichnet die Gesellschafter in ihrer Vereinigung und ist wesentliches Erfordernis der o. H. G. (RG. 13, 230; 33, 128; Bolze 3 Nr. 789; 10 Nr. 528). Haben daher die Gesellschafter vereinbart, daß das Gesellschaftsverhältnis nicht hervortreten und ein Betrieb unter gemeinschaftlicher Firma nicht stattfinden solle, so ist die Annahme einer o. H. G. ausgeschlossen (RG. in JW. 01, 406[24]). Ob die Firma den Vorschriften des HGB. entspricht, ist dabei nicht erheblich (Behrend § 64 Anm. 3; vgl. Bolze 2 Nr. 1095; RGSt. 24, 262). Fehlt das Erfordernis der gemeinschaftlichen Firma, so liegt beim Vorhandensein aller übrigen Erfordernisse einer Gesellschaft eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor (ROHG. 5, 388; 8, 248; Bolze 1 Nr. 1153; RG. 33, 129; Bolze 10 Nr. 528; RGSt. 24, 261; vgl. auch Anm. 4 zu § 1). Allein es ist hier auf das Eingreifen des § 2 aufmerksam zu machen: Gemäß § 2 hat der Registerrichter die Pflicht, darauf zu dringen, daß der Inhaber jedes gewerblichen Unternehmens, welches einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, seine Firma eintragen läßt, und das bezieht sich auch auf Gesellschaften (vgl. Anm. 4 zu § 2). Betreiben daher mehrere Personen ein Gewerbe in derartigem Umfange, daß es einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so müssen sie eine Firma wählen und eintragen lassen und sich dadurch zur o. H. G. machen (im übrigen vgl. über die Firma der o. H. G. Anm. 1 zu § 19).

Anm. 21. Dabei ist bemerkenswert, daß dieser Eintragungszwang auch dann Platz greift und notwendig wird, wenn es sich um ein Handelsgewerbe nach § 1 handelt. Denn § 2 greift Platz, „auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 nicht vorliegen", sicher

also dann, **wenn** sie vorliegen. Beim Einzelkaufmann kann § 2 nicht Platz greifen, wenn er ein Handelsgewerbe nach § 1 betreibt. Denn dann ist er ohne weiteres Kaufmann und muß sich allerdings auch eintragen lassen, aber nicht wegen § 2, sondern wegen § 29. Eine Gesellschaft aber wird durch den Betrieb eines Handelsgewerbes nicht Kaufmann bzw. Handelsgesellschaft, sondern nur, wenn sie das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreibt. Zur Annahme einer Firma und zur Eintragung derselben kann sie nun aber nach § 2 angehalten werden. **§ 105.**

Aus dem Erfordernisse einer gemeinschaftlichen Firma folgt, daß nicht alle Rechtsgebilde, welche an sich zum Betriebe eines Handelsgewerbes fähig sind, auch fähig sind, Mitglieder einer o. H. G. zu sein. **Eine offene Handelsgesellschaft kann z. B. nicht Mitglied einer o. H. G. sein,** weil sie nicht unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr auftreten kann; denn es ist eine logische Unmöglichkeit, daß ein Rechtsgebilde, dessen Wesen und Eigenart darin besteht, daß zwei Personen unter einer bestimmten Firma Geschäfte machen, solche unter einer anderen Firma macht. Daß es aber zum Wesen und zur Eigenart der o. H. G. gehört, daß sie unter einer bestimmten Firma im Rechtsverkehr auftritt, geht aus § 105 und § 124 unzweifelhaft hervor. Der Betrieb des Handelsgewerbes unter einer bestimmten Firma als Kollektivname ist nicht, wie Elßbacher in ZHR. 45, 47 meint, die Wirkung, sondern das Wesen und die Voraussetzung der o. H. G.; unter dieser ihrer Firma erwirbt sie Rechte und geht sie Verbindlichkeiten ein (§ 124). Der Hinweis Elßbachers auf den früheren Art. 114 Abs. 2, jetzt § 164 BGB., entscheidet nicht. Der ausdrückliche Gebrauch der Firma ist bei jedem einzelnen Rechtsgeschäfte allerdings nicht erforderlich. Ergeben die Umstände, daß für die Gesellschaft kontrahiert werden sollte, so genügt das. Aber das Recht, das solchergestalt erworben wird, ist von der Gesellschaft „unter ihrer Firma“ erworben, die Verbindlichkeiten, die für sie entstehen, geht sie stets „unter ihrer Firma“ ein (§ 124). Daß sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, ist ja bereits eine singuläre Vorschrift des Gesetzes, denn damit ist ihr, obwohl sie nicht juristische Person, dennoch eine gewisse Parteifähigkeit verliehen; aber daß sie auch anders als unter „ihrer“ Firma erwerben und sich verpflichten könnte, ist eine unzulässig ausdehnende, willkürliche, dem Gesetz widersprechende Auslegung (zust. RG. 36, 139; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 457; Dernburg II § 365 Anm. 6; desgleichen — jedoch aus dem unzutreffenden Grunde, weil angeblich nur physische Personen Mitglieder einer o. H. G. sein können — KGJ. 11, 17; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1081). Juristische Personen sind grundsätzlich von der Mitgliedschaft nicht ausgeschlossen (vgl. RG. 36, 139; auch Elßbacher in ZHR. 45, 59). Ob sie Mitglieder einer o. H. G. werden können, hängt von ihrer Verfassung ab. Die Verfassung der Aktiengesellschaften steht entgegen, weil sie (vgl. Anm. 12 zu § 22) nicht unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr auftreten können (KGJ. 14, 34; OLG. Dresden bei Holdheim 9, 21; Goldmann Anm. 21; dagegen Elßbacher in ZHR. 45, 64); das gleiche Hindernis besteht bei Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (KG. bei Holdheim 2, 99 und Moll bei Holdheim 13, 150). Anders überall die Praxis des Wiener Handelsgerichts (vgl. Pappenheim in ZHR. 46, 412; desgleichen OLG. Prag bei Holdheim 6, 316; auch Makower 181). Anm. 22.

6. **Die Haftung gegenüber den Gläubigern darf bei keinem Gesellschafter beschränkt sein, und zwar nach außen.** Ob die unbeschränkte Haftung von den Gesellschaftern gewollt ist, ist gleichgültig. Entscheidend ist nur, daß sie das beschränkt-Haftenwollen nicht nach außen erkennbar gemacht haben (ROHG. 15, 21). Man nennt dies das negative Requisit der o. H. G. Beschränkungen nach innen berühren den Charakter der o. H. G. nicht. Die Beschränkung der Haftung nach innen auf Vermögenseinlagen ist im Gegenteil die normale Gestaltung des inneren Verhältnisses. Auch das würde dem Vorhandensein einer o. H. G. nicht entgegenstehen, daß bei jedem Vertragsabschlusse der Ausschluß solidarischer Haftung mit dem Gläubiger bedungen würde (eine Abrede, die an sich zulässig ist, vgl. § 128); Anm. 23.

§ 105. auch das würde nicht entgegenstehen, daß dem vertretungsbefugten Gesellschafter zur Pflicht gemacht ist, nur in dieser Weise zu kontrahieren. Denn immerhin würde die Gesellschaft aus anderen Rechtsgründen als Kontrakten solidarisch haften (aus unerlaubten Handlungen, Bereicherungen). Soll das hier in Rede stehende Merkmal ausgeschlossen und trotz der übrigen Voraussetzungen eine o. H. G. nicht begründet werden, so muß eine Kommanditgesellschaft gegründet und die Voraussetzungen dieser erfüllt werden. Daß dies geschehen, muß, wenn das Vorhandensein aller übrigen Voraussetzungen bewiesen wird, gegenbeweislich dargetan werden, da die beschränkte Haftung bei einer Gesellschaft, die nicht juristische Person ist, Ausnahme ist (vgl. Makower 190).

Anm. 24. 7. **Ist zur Existenz der o. H. G. die Eintragung erforderlich?** Antwort: Wenn ein Handelsgewerbe nach § 1 vorliegt, nein; wohl aber, wenn ein Handelsgewerbe nach § 2 die Grundlage bildet.

Anm. 25. **Durch bloße Eintragung wird umgekehrt eine Gesellschaft, die ein Handelsgewerbe weder gemäß § 1 noch gemäß § 2** (vgl. § 1 Anm. 31), **betreibt, nicht offene Handelsgesellschaft.** Allein die erfolgte Eintragung hat doch in dieser Hinsicht die erhebliche Wirkung, daß eine Gesellschaft unter Umständen als o. H. G. für den Rechtsverkehr gilt, obwohl sie es nicht ist. Hierüber s. Anm. 18, besonders aber § 123.

Anm. 26. 8. **Welche Personen können Mitglieder einer o. H. G. sein?** Nicht kann es jeder sein, der Mitglied einer bürgerlichen Gesellschaft sein kann und fähig ist, ein Gewerbe zu betreiben, also jedes Rechtsgebilde. Denn hier muß noch die Fähigkeit hinzutreten, unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr aufzutreten, und diese Fähigkeit hat nicht jedes Rechtsgebilde, so z. B. nicht die Aktiengesellschaft, nicht die o. H. G. (näheres Anm. 22). Über Minderjährige und sonstige in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen s. Anm. 4, 20, 21 zu § 1 und KGJ. 22 A S. 281. Ehefrauen können auch ohne Genehmigung ihres Mannes Mitglieder der o. H. G. werden, doch ist es wegen der Wirksamkeit der dadurch entstehenden Verpflichtungen und der dinglichen Verfügungen auf die Rechte des Ehemannes von Erheblichkeit, ob der Ehemann konsentiert hat (vgl. Allg. Einl. Anm. 39 ff. und Ullmann, Die Ehefrau als Gesellschafterin einer o. H. G. in JW. 02, 49). Über das Recht des Ehemannes, Gesellschaftsverträge der Ehefrau zu kündigen, s. Anm. 73, 74 in Allg. Einl.

Anm. 27. 9. **Rechtsnatur des Gesellschaftsvermögens.**

Die o. H. G. hat ein **Gesellschaftsvermögen.** Es kommen gemäß Abs. 2 § 105 die Vorschriften des BGB., insbesondere § 718 u. § 719, 1 zur Anwendung. Dieselben lauten:

> § 718. Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.
>
> § 719. Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Es ist die rechtliche Natur dieser Bestimmungen zu untersuchen, die einem der bestrittensten Gebiete des Rechts angehören.

Die römisch rechtliche Gesellschaft war ein rein obligatorisches Verhältnis, dem sich das deutschrechtliche Prinzip der gemeinsamen Verfügungsberechtigung und Schaffung eines gemeinsamen, nach außen hin wirksamen Vermögens entgegenstellte. Der erste Entwurf zum BGB. blieb auf dem römischen Standpunkte stehen, die zweite Kommission aber schloß sich den insbesondere von Gierke geltend gemachten Einwendungen an und nahm das Prinzip der gesamten Hand an, welches dann auch im Gesetz selbst in den §§ 718 ff. zum Ausdruck gekommen ist. Allerdings ist eine Definition nicht gegeben und hat nicht gegeben werden sollen; das wesentliche aber, daß ein gemeinschaftliches Vermögen, ein Gesellschaftsvermögen,

vorhanden ist, das im Gegensatz steht zu dem Sondervermögen der Gesellschafter, ferner, daß ein Gesellschafter weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen hierzu gehörigen Gegenständen zu verfügen berechtigt ist, wird im Gesetz ausdrücklich bestimmt. Aus diesen Bestimmungen ist das Prinzip, insbesondere die Beantwortung der auch für die Praxis überaus wichtigen Frage abzuleiten, wer Eigentümer des Gesellschaftsvermögens ist. Eine allseitig anerkannte Beantwortung dieser Frage ist bis jetzt nicht gegeben, immerhin aber muß festgestellt werden, daß Theorie sowohl wie Praxis trotz mancher Rückfälle in die romanistischen Sozietätsbegriffe zu der Gierkeschen Auffassung strebt, nach welcher die Gesellschafter eine Personeneinheit bilden, die keine juristische von den einzelnen Mitgliedern verschiedene Person ist, die aber in ihrer Gesamtheit fähig ist, selbständig Rechte und Pflichten zu haben. **Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit,** der einzelne hat keine bestimmte oder bestimmbare Quote, weder am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen Gegenständen. Es ist während des Bestehens der Gesellschaft ein Anteil am Gesamteigentum ohne Quoten, aber immerhin ein dinglicher Anteil (vgl. § 719 BGB.), nicht lediglich ein obligatorischer Anspruch vorhanden; (vgl. hierüber besonders: Gierke „Genossenschaftstheorie" und „Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht" im ArchBürgR. 19, 114. Knoke 7ff.; dagegen Joerges in ZHR. 49, 172ff.; Dernburg II § 359, II). Goldmann-Lilienthal (I 783) nehmen Eigentum nach Bruchteilen an; ebenso Lehmann-Ring (Vorbem. vor § 105). Die Praxis hat geschwankt. Das RG. hat in früheren Entscheidungen (z. B. Gruchot 38, 1065, JW. 99, 320[48]; 98, 609; RG. 30, 152 usw.) den Begriff des selbständigen Eigentums der Gesamtheit der Gesellschafter den einzelnen Gesellschaftern gegenüber nicht mit der notwendigen Folgerichtigkeit durchgeführt. Die neuere Praxis dagegen nähert sich mehr und mehr der oben dargelegten Auffassung. So hat das RG. (JW. 01, 576[12]) die Gesellschafter als Inhaber des Vermögens erklärt, denen das Eigentum nur unter den denkbar weitesten Beschränkungen zusteht, dergestalt, daß nur deren Organe im ganzen oder über reelle und ideelle Teile verfügen können. Ebenso verneint das RG. (56, 209) die Annahme eines nach Quoten geteilten Eigentums und verwirft andererseits die lediglich obligatorische Bindung der Gesellschafter (ebenso JW. 03, 436[15]; RG. 56, 432; 54, 297, Gruchot 39, 856 und in DJZ. 04, 817).

Das Kammergericht, das in seiner Entscheidung in OLGR. 6, 260 die Frage dahingestellt sein läßt, hat sich in anderen Entscheidungen (KGJ. 24 A S. 111; 23 A S. 97; 28 A S. 252) der oben dargelegten Ansicht angeschlossen, ebenso das Oberste Landesgericht Bayern in Seuff. Arch. 3. F., I 319, welches das Gesellschaftsvermögen ein von den Gesellschaftern für die Zwecke der Gesellschaft festgelegtes Vermögen nennt, sowie das OLG. Köln (RheinArch. 95, 228), OLG. Posen in OLGR. 9, 193; OLG. Karlsruhe bei Bauer 11, 213; (bestätigt von RG. 56, 431); OLG. Hamburg in KGJ. 22 D S. 24; OLG. Dresden in OLGR. 9, 255; LG. Straßburg bei Bauer 9, 36.

Das PrOVG. hat dagegen an seinem entgegenstehenden Standpunkte bis jetzt festgehalten. (Entsch. 8. 3. 04 bei Bauer 12, 46; vom 28. 10. 04 in der Beilage zum PrVerwBl. Jahrg. 26 Nr. 17; dagegen jedoch Entsch. vom 16. 2. 00 PrVerwBl. Jahrg. 21 Nr. 38), während das SächsOVG. (DJZ. 04, 607) sich den reichsgerichtlichen Anschauungen angeschlossen hat.

Aus der Entwicklung der Praxis ist mit Sicherheit zu schließen, daß die Theorie von der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens und dem Eigentum der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die Rechtsprechung beherrschen wird. In den folgenden Erörterungen wird diese Theorie zugrunde gelegt.

Es ergeben sich aus ihr sehr wesentliche praktische Folgerungen.

A. Im Grundbuch wird als Eigentümerin von der Gesellschaft gehörenden Grundstücken die o. H. G. unter ihrer Firma eingetragen, nicht etwa die einzelnen Gesellschafter (KG. 12. 1. 03 in OLGR. 6, 260). Anm. 28.

§ 105.

Anm. 29. B. Auch nach der Auflösung der Gesellschaft können die einzelnen bisherigen Gesellschafter nicht etwa im Wege der Grundbuchberichtigung den Übergang auf sie verlangen, da es ein Miteigentum zu ungeteilter Gemeinschaft nur in den ausdrücklich im Gesetz bestimmten Fällen gibt. Ein solches liegt nach Auflösung der Gesellschaft nicht mehr vor (KG. bei Anm. 28). Die Grundstücke können daher in das Sondereigentum der Gesellschafter nur im Wege der Auflassung übergehen. (KGJ. 27 A S. 277; OLG. Hamburg in KGJ. 22 D S. 24).

Anm. 30. In den Fällen, in denen die Gesellschaft trotz Veränderung der Rechtsform oder der Personen ihre Identität wahrt (vgl. Anm. 47ff.) bedarf es keiner erneuten Übertragung des Eigentums.

Anm. 31. C. Bringt dagegen ein Gesellschafter ein Grundstück in die Gesellschaft ein, so ist nicht bestritten, daß Auflassung erfolgen muß (RG. 56, 99; KG. bei Bauer 12, 260). Befand sich das einzubringende Grundstück in dem Miteigentum aller Gesellschafter, so hat früher das RG. (Gruchot 38, 1065 und Entsch. 30, 150) die Notwendigkeit der Auflassung verneint, da das Grundstück seinen Eigentümer nicht wechsele. Diese noch jetzt von Goldmann-Lilienthal (I 784, Anm. 17) vertretene, von Fuchs (Grundbuchrecht 205), Planck (III Anm. 9 zu § 925) und Oberneck (III. Aufl., 464) bekämpfte Ansicht ist mit der oben dargelegten Auffassung des Eigentums zur gesamten Hand nicht vereinbar, die Praxis hat sie auch jetzt aufgegeben (vgl. OLG. Karlsruhe bei Bauer 11, 213; bestätigt von RG. 56, 432, welches den Eigentumswechsel für bewegliche Sachen feststellt, ebenso RG. 56, 209, sowie die ferneren oben angegebenen Erkenntnisse). Die Konsequenz hiervon ist die Notwendigkeit der Auflassung, die auch das KG. in früheren Entscheidungen (z. B. KGJ. 17, 44) und das RG. (56, 96, allerdings für das frühere Recht und mit der unrichtigen Motivierung, daß die Gesellschafter Eigentum nach Bruchteilen haben), sowie das PrOVG. (Entsch. 37, 95) gezogen hat, ebenso BayObLG. in OLGR. 10, 239.

Anm. 32. D. Geht das gesamte Vermögen der Gesellschaft durch Vereinbarung auf einen Gesellschafter über, der das Geschäft mit Aktiven und Passiven erwirbt, so ist ebenfalls Übertragung bzw. Auflassung der einzelnen Vermögensgegenstände nötig (KGJ. 24 A S. 110; OLG. Hamburg in KGJ. 22 D S. 24 und Anm. 9ff. zu § 145).

Anm. 33. E. In Konsequenz der zu 3 dargelegten Ansicht ist die Übertragung von Aktien bei Auseinandersetzung der offenen Handelsgesellschaft an die Gesellschafter als Anschaffungsgeschäft im Sinne des Reichsstempelgesetzes angesehen (RG. 56, 431), und zwar im ganzen Umfange, also auch insoweit, als der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist (RG. 56, 206).

Anm. 34. F. Andererseits ist es eine Folge der Notwendigkeit der Übertragung und Auflassung, daß, so lange diese noch nicht erfolgt ist, das Vermögensstück Dritten gegenüber noch im Eigentum des Gesellschafters steht, so daß es dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegt (RG. 54, 103). Dies muß auch für das Verhältnis der Gesellschafter unter sich gelten. Nach § 718 BGB. werden die Beiträge der Gesellschafter Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschafter sind obligatorisch zur Übertragung verpflichtet (RG. 54, 106), ein dingliches Recht der Gesellschaft setzt aber die vollzogene Übertragung voraus. Das RG. (50, 158) hat in einem Fall, in dem ein Grundstück auf den Namen beider Gesellschafter eingetragen war, entgegengesetzt entschieden und für den Fall, daß das Grundstück nachweislich zum Vermögen der Handelsgesellschaft gehöre, nur beide Gesellschafter gemeinschaftlich für berechtigt erachtet, den Versteigerungsantrag zu stellen. Der Umstand, daß im Grundbuch die Eintragung auf die Gesellschaft nicht vermerkt ist, sei auf das Verhältnis zwischen den Parteien ohne Bedeutung.

Anm. 35. G. Die Einbringung in eine Gesellschaft ist, da eine Eigentumsveränderung vorliegt, eine Veräußerung, es finden daher die Vorschriften des BGB. über die Folgen eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der Sache Anwendung (§§ 445, 493 BGB., Dernburg II 2, § 357, IV Nr. 3). Insbesondere haftet der Inferent einer Forderung für den

rechtlichen Bestand, nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (§ 437 BGB.). Auch im Sinne der §§ 932 ff. BGB., § 336 HGB. gilt die Einbringung als Veräußerung. Gutgläubiger Erwerb vernichtet daher auch hier früheres Eigentum und frühere dingliche Rechte an dem eingebrachten Gegenstand; wobei jedoch zu bemerken ist, daß schon der böse Glaube des Einbringenden den gutgläubigen Rechtserwerb hindert (RG. 9, 143; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 458). Näheres zu § 366. **§ 105.**

H. Die Frage der Stempelpflicht des Einbringens von Gegenständen richtet sich an sich nicht allein nach den hier dargelegten Grundsätzen, sondern nach stempelrechtlichen Vorschriften. So ist für Preußen vom KG. (KGJ. 25 B S. 19 und bei Bauer 12, 257) mit Recht entschieden worden, daß eine Einbringung von Gegenständen in eine o. H. G. gegen Gewährung lediglich gesellschaftlicher Rechte nicht besonders neben dem Gesellschaftsstempel zu versteuern ist, weil die Festsetzung über die Einlagen integrierender Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist (ebenso Heinitz Komm. 3. Aufl. S. 405 Anm. G, dagegen OLG. Posen bei Bauer 12, 46). Anm. 36.

J. Aus der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens sind in der Praxis noch nachstehend Einzelfolgerungen gezogen. Anm. 37.

a) Bei Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen, die von deren Organen mit einem der Gesellschafter vorgenommen werden, steht der letztere als Dritter der Gesellschaft gegenüber (RG. JW. 01, 576[12]).

b) Ein Rechtsgeschäft über Vermögensstücke einer Gesellschaft, bei der ein Teilhaber minderjährig ist, bedarf nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da es sich nicht um im Miteigentum des Minderjährigen stehendes Vermögen handelt (RG. 54, 278).

c) Ein Gesellschafter kann auf einen Anteil des zum Gesellschaftseigentum gehörigen Grundstücks keine Hypothek eintragen lassen (KG. im Recht 02, 206).

d) Für den einzelnen Gesellschafter kann eine Hypothek auf dem Gesellschaftsgrundstück eingetragen werden (KGJ. 26 A S. 135).

e) Ein Gesellschafter, der Gesellschaftsgut unterschlägt, ist der Unterschlagung des ganzen Betrages schuldig, nicht etwa nur des seinen Anteil übersteigenden (RG. in DJZ. 04, 817).

f) Trotzdem § 5 des Gesetzes betr. G. m. b. H. die Übernahme mehrerer Stammanteile durch einen Gesellschafter verbietet, kann die o. H. G. sowie jeder der Gesellschafter einen Stammanteil übernehmen, da das Vermögen der Gesellschafter, zu dem deren Anteil gehört, rechtliche Selbständigkeit genießt (LG. Straßburg bei Bauer 9, 36).

II. **Die Anordnung der subsidiären Geltung der Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft.** Anm. 38.

Diese Vorschrift ist im Grunde genommen selbstverständlich, da ja die o. H. G. eine Gesellschaft ist (vgl. Art. 2 EG. z. HGB.).

Zusatz 1. Können dieselben Personen mehrere o. H. G. bilden? Da eine o. H. G. dann besteht, wenn mehrere durch Gesellschaftsvertrag vereinigte Personen ein Handelsgewerbe betreiben, dieselben Personen aber mehrere Handelsgewerbe betreiben können, so können dieselben Personen auch mehrere offene Handelsgesellschaften bilden, wenn sie nämlich mehrere Handelsgewerbe betreiben (RG. 16, 16; 32, 34; Bolze 19 Nr. 626; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 456; KGJ. 28 A S. 253). Ob im einzelnen Falle eine Gesellschaft mit mehreren Geschäften oder mehrere Gesellschaften vorliegen, wird sich danach beantworten, ob der Betrieb mehrerer getrennter Gewerbe vorliegt. Durch die Wahl verschiedener Firmen wird dies unverkennbar dokumentiert (RG. 43, 81; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 456; dagegen ROHG. 24, 156; Jaeger, Der Konkurs der o. H. G. 12). Doch ist Firmenverschiedenheit nicht geboten, um zwei Handelsgesellschaften anzunehmen (RG. 16, 18; KGJ. 15 A S. 14). Die mehreren o. H. G. sind durch ihr Sondervermögen individualisiert; es kann über jede besonderer Konkurs eröffnet werden. Ferner kann die eine Gesellschaft unter ihrer Firma an die Order der anderen eigene Wechsel ziehen (RG. 47, 156); sie können überhaupt miteinander Verträge schließen, sogar gegeneinander Prozesse führen (OLG. Hamburg in OLGR. 3, 81). In dem interessanten Falle Bolze 19 Nr. 626 hatten drei Kaufleute vier verschiedene Bankgeschäfte betrieben (verschiedene Firmen, Anm. 39.

§ 105. selbständige Prokuren, formeller Kontokurrentverkehr der Firmen 2 und 3 mit Firma 1, eigene Konti bei Banken, völlig gesonderte Buchführung und Bilanz, ungleichmäßige Beteiligung der Mitglieder an den verschiedenen Firmen; über jede Gesellschaft wurde ein besonderer Konkurs eröffnet). Die Auseinanderhaltung der verschiedenen Gesellschaften ist wichtig zur Beseitigung der Konkurrenz der Gläubiger der beiden Gesellschaften (vgl. ROHG. 24, 156; § 124 Abs. 2 HGB.).

Anm. 40. **Zusatz 2 Übergang eines Handelsgeschäfts vom Einzelkaufmann auf mehrere Berechtigte durch Erbgang.** Wann entsteht dadurch eine Gesellschaft? Nicht ohne weiteres (OLG. Stuttgart in ZHR. 40, 457), auch dann nicht notwendig, wenn die Einzelfirma des Erblassers gelöscht und statt ihrer eine Gesellschaftsfirma eingetragen wird (RG. 16, 339), wohl aber dann, wenn der Weiterbetrieb als o. H. G. ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist, z. B. wenn die Gesellschaft über das Stadium der bloßen Auseinandersetzung und Abwicklung hinaus sich fortsetzt, und auch darüber hinaus noch Handelsgeschäfte gemacht werden, in welchen der Betrieb eines Gewerbes gefunden werden kann (ROHG. 11, 101; RG. 10, 101). Natürlich müssen die Voraussetzungen derartiger Verträge nach bürgerlichem Rechte z. B. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beachtet werden (vgl. Anm. 5).

Zu bemerken ist hierbei, daß nicht notwendig durch den Übergang auf mehrere Erben eine o. H. G. zu entstehen braucht (vgl. Anm. 25, 26 zu § 27). Die Erbengemeinschaft kann das Geschäft zum Zweck der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens fortsetzen; die Mutter, die zugleich Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder ist, kann dies tun. In diesen Fällen entsteht eine o. H. G. an sich nicht, sie kann sich nur durch eine, auch aus den Umständen zu entnehmende, Vereinbarung in eine solche umwandeln (RG. 35, 17; OLG. Posen bei Bauer 10, 211; KGJ. 22 A S. 281 und 15, 6; KG. im Bank-Arch. 3, 132).

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Konstruktion an sich nicht unbedenklich ist; sie folgt aber mit Notwendigkeit daraus, daß eine o. H. G. ohne den auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrages gerichteten Willen nicht entstehen kann. Es muß daher angenommen werden, daß, solange ein derartiger Wille nicht erklärt ist, oder aus den Umständen hervorgeht, die Erben die Persönlichkeit des Erblassers in seiner Eigenschaft als Inhaber der Einzelfirma fortsetzen. (Über die Haftung der Erben vgl. Anm. 25, 26 zu § 27.) Über das Prüfungsrecht des Registerrichters hierbei vgl. Markus in DJZ. 01, 185; über Wirkung nach außen Anm. 15 zu § 123.

Anm. 41. **Zusatz 3. Eine Form ist für den Gesellschaftsvertrag nicht vorgeschrieben.** Es gilt daher die Formfreiheit, die in der Regel auch nach dem BGB. gilt, aber es gelten auch die Ausnahmen dieses Gesetzbuchs. Hierbei kommt insbesondere in Betracht § 313 BGB., demzufolge alle Gesellschaftsverträge der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen, bei denen ein Gesellschafter ein Grundstück einbringt. Denn darin liegt die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Das gilt auch dann, wenn sämtliche Mitglieder der Gesellschaft Miteigentümer des Grundstücks sind und es nunmehr der Gesellschaft einbringen (vgl. Anm. 31). Ebenso ist die Form des § 313 nötig, wenn ein Gesellschafter sich nicht zur Einbringung der Grundstücke, sondern zur Hergabe zum Zwecke der Verwertung mit direkter Auflassung an die Käufer verpflichtet (RG. in JW. 05, 73[7]). Derartige Gesellschaftsverträge sind ohne die vorgeschriebene Form ungültig, werden aber durch Auflassung und Eintragung des Grundstücks auf die Gesellschaft gültig (§ 313 BGB.). Weiter könnte in Betracht kommen § 311 BGB., inhalts dessen ein Vertrag, durch welchen jemand sein ganzes Vermögen oder einen Bruchteil desselben veräußert, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Ob dies auf den Fall, daß ein Gesellschafter sein Geschäft in eine Gesellschaft einbringt, Platz greift, darüber siehe die Erläuterung in Anm. 20 zu § 22, welche hier analog Anwendung findet. Der Vertrag über Einbringung von Hypotheken bedarf jedoch keiner Form (Anm. 18 im Exk. vor § 93), sondern nur — was aber hier nicht mit in Frage — der Akt der Bestellung des dinglichen Rechts (vgl. Anm. 44).

Anm. 42. Ist die Form nicht beachtet, so ist derjenige Teil des Vertrages, durch welchen die Eigentums-Überlassung des Grundstücks stipuliert wurde, jedenfalls ungültig; gleichwohl gilt der Vertrag, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne diesen ungültigen Teil geschlossen worden wäre (§ 139 BGB.).

Infolge der Formfreiheit kann, wenn keiner der Ausnahmefälle vorliegt, ein Gesellschaftsvertrag auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden, mit Wirksamkeit nach außen natürlich nur durch nach außen wirkende Akte (ROHG. 9, 283; Bolze 3 Nr. 795). So wird z. B. in dem tatsächlichen Gewerbebetriebe unter gemeinsamer Firma regelmäßig mangels entgegenstehender Vereinbarungen der Wille zu finden sein, daß auch nach innen ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen soll. In der Anmeldung zum Handelsregister liegt an sich, wie Laband in ZHR. 30, 523 zutreffend betont, nicht notwendig die Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrags nach innen, doch wird, wie gesagt, mangels entgegenstehender Vereinbarung auch darin der Willensausdruck eines Gesellschaftsverhältnisses nach innen zu finden sein, weil das eben das regelmäßige ist. **§ 105.** Anm. 43.

Verschieden von der Frage nach der Form des Gesellschaftsvertrages ist die Frage nach der Ausführung der im Gesellschaftsvertrage vereinbarten Bedingungen, insbesondere die wirkliche Inferierung derjenigen Gegenstände, deren Inferierung im Gesellschaftsvertrage versprochen ist. Sind z. B. Grundstücke oder Hypotheken versprochen, so greifen hierfür die Sonderbestimmungen des Grundbuchrechts Platz (RG. 13, 4, vgl. zu § 122). Anm. 44.

Zusatz 4. Über ausländische offene Handelsgesellschaften siehe Anm. 3 zu § 6 und OLG. Hamburg in OLGR. 10, 129. Eine ausländische Handelsgesellschaft liegt dann vor, wenn dieselbe ihren Sitz im Auslande hat, mögen auch die Mitglieder Deutsche sein (OLG. Hamburg in DJZ. 00, 444). Daß in diesem Falle die prozessuale Kostenkautionspflicht für Ausländer nicht besteht, beruht auf der Auslegung der Prozeßgesetze und der Anwendung des Prinzips, daß nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter Kläger sind (RG 36, 396; dagegen von seinem entgegengesetzten Standpunkt aus Gaupp-Stein Anm. 4 zu § 124 CPO.). Sind Ausländer Inhaber einer in Deutschland domizilierenden offenen Handelsgesellschaft, so ist es eine inländische Gesellschaft. Es ist in Verfolg der vom Reichsgericht a. a. O. aufgestellten Grundsätze gleichwohl die Kostenkautionspflicht anzunehmen. Anm. 45.

Zusatz 5. Übergangsfragen. 1. Auch eine aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 stammende Eintragung als offene Handelsgesellschaft hat die Wirkung des § 5 (vgl. Anm. 8 zu § 5; Lehmann in ZHR. 48, 26; vgl. RG. 50, 158). 2. Auf die bisherigen offenen Handelsgesellschaften findet das neue Recht ohne weiteres Anwendung, soweit es ausschließlichen Charakter hat. Wann es diesen Charakter hat, darüber s. Anm. 13 Allg. Einl. Ferner findet das neue Recht Anwendung, insoweit es sich um die Beziehungen nach außen handelt (hierüber Anm. 20 zu § 123). Soweit es sich aber um Vorschriften handelt, welche das Verhältnis nach innen regeln und nicht aus sonstigen Gründen exklusiv sind, soweit also reine Dispositivvorschriften vorliegen, weichen die Dispositivvorschriften des neuen Rechts den früheren Vertragsbestimmungen und früheren Dispositivbestimmungen. Denn nach Art. 170 des Einführungsgesetzes zum BGB. bleiben für ein bestehendes Schuldverhältnis die bisherigen Gesetze maßgebend. Die Gesellschaft gehört aber zu den Schuldverhältnissen. Die Meinung Düringer-Hachenburgs I 16, daß Art. 171 hier analog anwendbar sei, wonach bei Miets- und Dienstverträgen das neue Recht von dem Augenblicke an zur Anwendung kommt, wo sich das Verhältnis infolge des Unterbleibens einer nach altem Recht zulässigen Kündigung fortsetzt, erscheint zu gewagt. Die Art. 170 und 171 EG. z. BGB. sprechen klar und deutlich und regeln die Materie (abgesehen von der rückwirkenden Kraft der Exklusivvorschriften) erschöpfend. Art. 170 ist die Regel, Art. 171 die Ausnahme. Weitere Ausnahmen können nicht willkürlich gemacht werden (so auch Makower 196; Lehmann in ZHR. 48, 17). Es bleibt daher eine frühere Gesellschaft nicht bloß gehörig begründet, wenn sie trotz Einbringung von Grundstücken formlos geschlossen wurde, sondern für die rechtliche Beurteilung der inneren Verhältnisse einer o. H. G. bleiben die früheren Gesetze maßgebend, also das alte HGB. und subsidiär die früheren einschlägigen Zivilrechte (OLG. Karlsruhe in BadRpr. 01 3 NF. 235; OLG. Dresden in OLGR. 6, 445). Es wird nicht etwa das neue Recht maßgebend, wenn die Gesellschaft sich durch unterlassene Kündigung nach dem 1. Januar 1900 fortsetzt. — Wenn dagegen der ablaufende Gesellschaftsvertrag durch eine neue, nach dem 1. Januar 1900 erfolgende Einigung fortgesetzt wird, so fällt er unter das neue Recht, mag es sich auch um eine stillschweigende Fortsetzung handeln. Das gleiche gilt, wenn die aufgelöste o. H. G. durch einen Anm. 46.

§ 105. neuen Beschluß wieder fortgesetzt wird, und endlich dann, wenn durch eine unter der Herrschaft des neuen Rechts getroffene Vereinbarung ein Gesellschafter eintritt oder austritt. Überall liegt hier ein neuer Gesellschaftsvertrag vor (Lehmann in ZHR. 48, 19 und 20), wenn auch die Gesellschaft als solche bestehen bleibt (vgl. Zusatz 6). Dagegen verändern sich die internen Verhältnisse der Gesellschafter dadurch allein nicht, daß die Gesellschaft zufolge der veränderten Vorschriften über die Kaufmannsqualität am 1. Januar 1900 von selbst eine o. H. G. wird. Auch die Vorschriften über die Berechnung der Kapitalanteile und ähnliche machen hiervon keine Ausnahme (in dieser Hinsicht anders Lehmann in ZHR. 48, 89). Nach außen wurde sie dadurch natürlich sofort offene Handelsgesellschaft.

Anm. 47. **Zusatz 6. Umwandlung der o. H. G.** Einer Erörterung bedarf die Frage, wie Änderungen im Bestande der Gesellschaft auf diese wirken (vgl. Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen in ZHR. 50, 1 ff. und Joerges in ZHR. 48, 225; ferner Gierke 129). Es kommen folgende Fälle, die vom Gesetz verschieden behandelt werden, in Betracht.

Anm. 48. 1. Umwandlungen durch Änderung der Personen. An sich müßte, da die o. H. G. juristische Person nicht ist, jede Änderung in dem Personalbestand der Gesellschafter als Begründung einer neuen Gesellschaft angesehen werden (Dernburg II § 362). Das Gesetz zieht aber diese Konsequenz nicht.

a) Der Eintritt eines neuen Gesellschafters ändert an dem Bestande der Gesellschaft nichts, die o. H. G. bleibt dieselbe (vgl. §§ 107, 130 „in eine bestehende Gesellschaft“).

b) Bei dem Austritt (Tod, Konkurs usw.) eines Gesellschafters derart, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben, gilt, falls das Weiterbestehen der Gesellschaft vereinbart ist, das gleiche (§§ 138, 140, 141).

c) Für den Fall des § 142, daß der eine Gesellschafter einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft vom Gericht für berechtigt erklärt wird, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, hat das Gesetz diese Konsequenz nicht gezogen. Es erklärt den verbleibenden Gesellschafter nur zur Übernahme für berechtigt; es ist daher Willenseinigung derart erforderlich, daß der Wille des Austretenden durch den Richter ergänzt wird. Hier liegt daher keine gesetzlich vorgesehene Fortsetzung der alten Gesellschaft vor (näheres zu § 142).

d) Vereinbaren die Gesellschafter, daß einer oder mehrere austreten, so ist zu unterscheiden: Bleiben noch mindestens zwei Gesellschafter übrig, so können die Gesellschafter das Fortbestehen der Gesellschaft unter den Übrigbleibenden vereinbaren und besteht dann Identität der fortbestehenden Gesellschaft und der früheren (näheres Anm. 2, 5 und 8 zu § 131).

Ebenso ist zu entscheiden, wenn bei einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft an Stelle eines austretenden ein neuer Gesellschafter eintritt; auch hier kann die Gesellschaft als solche bestehen bleiben (Anm. 4 zu § 130; Anm. 8 zu § 131). Wenn dagegen das Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter derart erfolgt, daß nur einer der Gesellschafter übrig bleibt, dieser also das Geschäft als Einzelkaufmann mit Aktiven und Passiven übernimmt, so kann von einem Fortbestehen der Gesellschaft keine Rede sein. Es tritt ein neues Rechtssubjekt an Stelle des alten (§ 145 Anm. 9 ff.).

e) Über das Firmenrecht bei teilweisem Wechsel der Gesellschafter vgl. § 22 und Erl. dazu.

Anm. 49. 2. Umwandlung durch Änderung der Rechtsform.

a) Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so ist in § 28 Übergang der Forderungen und Schulden normiert. Im übrigen tritt keine Universalsukzession ein.

b) Überträgt ein Einzelkaufmann sein Geschäft an eine o. H. G., so bestimmt sich der Übergang von Aktiven und Passiven gemäß § 25. Im übrigen gilt das zu a Gesagte.

c) Der Übergang einer o. H. G. in eine Kommanditgesellschaft, den § 162 Abs. 3 regelt, bewirkt keine Änderung der Identität der Gesellschaft (vgl. RG. 55, 127; näheres zu § 162). Einen besonderen Fall behandelt § 139 (vgl. dort Anm. 17).

d Wird aus einer o. H. G. eine Aktiengesellschaft, so treten die aktienrechtlichen Grundsätze der Einbringung usw. ein; eine Universalsukzession oder ein Fortbestand der alten Gesellschaft findet nicht statt. § 105.

3. Fortsetzung einer durch andere Umstände als Austritt, Tod usw. eines Gesellschafters aufgelösten Gesellschaft. Das Gesetz (§ 144) läßt eine solche Fortsetzung nach Erledigung eines Konkurses durch Zwangsvergleich oder Einstellung zu. In analoger Anwendung dieser Vorschrift ist mit Recht eine Fortsetzung auch durch Beschluß der Gesellschafter für zulässig erachtet. Der Beschluß setzt natürlich voraus, daß die Auflösung noch nicht tatsächlich bewirkt ist (§ 131 Anm. 2 und 5). Unter dieser Voraussetzung kann aber auch die Vereinbarung mit Erben eines verstorbenen Gesellschafters eintreten. Anm. 50.

4. Änderung der Firma, Verlegung des Sitzes ändern an dem Bestande der Gesellschaft nichts (§ 107 HGB.; RGZ. 28 A S. 251). Anm. 51.

Wo nach Vorstehendem die Gesellschaft trotz Änderung in den Personen oder in der Gesellschaftsform ihre Identität wahrt, oder wo sie fortgesetzt wird, **ist eine besondere Übertragung der Aktiven nicht erforderlich** (vgl. insbesondere KG. in OLGR. 9, 254 und OLG. Dresden ebenda 255). Die hieran sich knüpfenden, sowie die prozeßrechtlichen Fragen sind bei den die einzelnen Fälle behandelnden Paragraphen erörtert.

§ 106.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. § 106.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;
2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Gesellschaft an.

1. (Abs. 1.) **Die hier angeordnete Anmeldung zur Eintragung** ist an eine Frist nicht geknüpft. Sie muß ohne Verzug nach dem Beginne der Gesellschaft erfolgen. Die Gesellschaft beginnt aber mit dem Betriebe des Handelsgewerbes (vgl. Anm. 5). Makower 193 stimmt insofern überein, als auch er die Anmeldungspflicht an den Betriebsbeginn knüpft, obgleich er — was sich hiermit nicht gut vereinigen läßt — die o. H. G. schon vorher entstehen läßt (vgl. Anm. 11 zu § 105). Anm. 1.

Die Form der Anmeldung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 12—13, der Zwang dazu nach § 14.

Auf die Bewirkung der Anmeldung kann auch jeder Gesellschafter gegen den anderen klagen und es ist gegen solche Klage nicht der Einwand zulässig, daß der Kläger seiner Einlagepflicht nicht genügt habe, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt (ROHG. 2, 172). Über die Vollstreckung solcher Entscheidungen s. § 16.

2. (Abs. 2.) **Der Inhalt der Anmeldungen.** Darüber, ob umfassendere Eintragungen gestattet sind, insbesondere Straße, Hausnummer und Geschäftszweig, s. Anm. 4 zu § 29. Im einzelnen ist zu bemerken: Anm. 2.

Zu Nr. 1. Da auch juristische Personen Mitglieder einer o. H. G. sein können (vgl. Anm. 26 zu § 105), so ist die Bestimmung nicht umfassend genug. Hier werden der Name der juristischen Person und der gesetzliche Vertreter derselben anzumelden sein. Auch sonst ist diese Vorschrift dahin zu ergänzen, daß, wo ein Gesellschafter einen gesetzlichen Vertreter (Vormund) hat, auch dieser ins Handelsregister eingetragen werden muß. Anm. 3.

Dagegen kann die Eintragung nicht in der Weise erfolgen, daß, wenn eine o. H. G. das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit der Firma erwirbt, bei letzterer die o. H. G. als solche als Inhaberin eingetragen wird (vgl. Anm. 9 zu § 105).

§ 106. Anm. 4. Zu Nr. 2. **Die Firma und der Sitz.** Über die Firma der o. H. G. vgl. § 19. Die o. H. G. kann nur einen einheitlichen Sitz haben (Busch Archiv 9, 453), das ist der Ort, von welchem aus die Zentralleitung ausgeht, alle weiteren Handelsniederlassungen der Gesellschaft sind Zweigniederlassungen. Als Sitz der Gesellschaft kann auch nur der Ort der Zentralleitung angemeldet werden. Wo die Gesellschafter ihren Wohnsitz haben, ist gleichgültig (vgl. Anm. 45 zu § 105). Der Sitz der Gesellschaft bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand derselben (§ 17 CPO.) und bestimmt zugleich in materieller Beziehung das auf ihre Rechtsverhältnisse anzuwendende positive Recht, so insbesondere in bezug auf die Befugnis der Gesellschafter und sonstiger Gesellschaftsorgane zur Vertretung der Gesellschaft, sowie in bezug auf alle Fragen betreffend den Inhalt des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zu einander und zur Gesellschaft.

Anm. 5. Zu Nr. 3. **Der Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft begonnen hat,** ist anzumelden, das ist also der Zeitpunkt, in welchem die Gesellschafter begonnen haben, das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma zu betreiben, nicht der Zeitpunkt des Gesellschaftsvertragsabschlusses; denn dieser begründet nicht die vollwirksame Existenz der o. H. G. (RG. 34, 55; vgl. Anm. 11 zu § 105). Wann bei o. H. G. nach § 2 und § 3 Abs. 2 der Beginn vorliegt, darüber s. Anm. 8. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine Gesellschaft auch noch nach ihrer Auflösung eingetragen wird, wenn sich die Gesellschafter die Vorteile, welche mit der Eintragung der Auflösung verknüpft sind, sichern wollen (ROHG. 23, 227; vgl. Anm. 4 zu § 15). Der Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Endigung der Gesellschaft ist bei der Anmeldung nicht mit einzutragen.

Anm. 6. 3. **Der Registerrichter hat zu prüfen,** ob der Gesellschaftsvertrag, dessen Beibringung an sich nicht nötig ist, rechtsgültig geschlossen ist; namentlich, wenn sich aus der Anmeldung Bedenken in dieser Beziehung ergeben. Sind also z. B. Minderjährige beteiligt, so ist dem Registerrichter die gehörige Vertretung und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nachzuweisen (KGJ. 22 A S. 280; 23 A S. 89).

Anm. 7. 4. Stellt sich nach geschehener Eintragung heraus, daß die Gesellschaft nicht hätte eingetragen werden dürfen, z. B. weil ein Scheingeschäft vorliegt (Anm. 12 zu § 105), so kann der Registerrichter gemäß § 142 und § 99 die Eintragung löschen (OLG. Colmar bei Bauer 11, 236; KGJ. 22 A S. 284).

Anm. 8. **Zusatz 1. Die Vorschriften sind auch anzuwenden auf diejenigen Gesellschaften, die zufolge § 2 oder § 3 Abs. 2 durch Eintragung o. H. G. werden** (vgl. Anm. 15 u. 20 zu § 105). Unter dem Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat (Nr. 3), versteht man hier den Zeitpunkt der Eintragung. Denn es ist der Zeitpunkt gemeint, an welchem die Gesellschaft eine o. H. G. geworden ist, und das ist die Eintragung. Der Zeitpunkt dagegen, wann die betreffenden Personen ein sog. hypothetisches Handelsgewerbe zu betreiben begonnen haben, interessiert handelsrechtlich nicht. Ein früherer Beginn der Gesellschaft als der der Eintragung kann hier daher weder angemeldet noch eingetragen werden.

Anm. 9. **Zusatz 2. Weitere Anmeldungen** ergeben sich daraus, daß auf Handelsgesellschaften die allgemeinen Vorschriften über Kaufleute Anwendung finden. Bei Anmeldung der Zweigniederlassung (§ 13) muß außer dem Ort des Sitzes der Gesellschaft auch der Ort der Zweigniederlassung angemeldet werden. Nicht vorgeschrieben ist die Anmeldung des Gegenstandes des Unternehmens, anders bei der juristischen Person (§§ 33, 36).

§ 107.

§ 107. **Wird die Firma einer Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen andern Ort verlegt oder tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so ist dies ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.**

Anm. 1. 1. Während § 106 die Tatsachen bezeichnet, welche bei Errichtung der o. H. G. in das Handelsregister einzutragen sind, gibt der § 107 **diejenigen Tatsachen an, welche einzutragen sind, wenn sie während des Bestehens der Gesellschaft sich ereignen,** jedoch nicht vollständig: Die

Veränderungen im Vertretungsrecht sind im § 125 Abs. 4 behandelt. Ferner ist das Ausscheiden eines Gesellschafters beim Fortbestehen einer Gesellschaft (§§ 138, 140) zur Eintragung anzumelden, auch das Erlöschen der Firma (§ 157) usw. § 107.

2. Zu den anzumeldenden Veränderungen gehört nicht die Erweiterung des Geschäftsbetriebes auf andere Gegenstände, da ja der Gegenstand des Unternehmens überhaupt nicht anzumelden ist (OG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1367). Anders, wenn der Geschäftszweig eingetragen ist (siehe hierüber Anm. 4 zu § 29). Anm. 2.

3. Über den Zwang zur Anmeldung siehe § 14. Anm. 3.

4. Die Bedeutung der erfolgten Eintragung und Nichteintragung, welche früher in Art. 87 behandelt war, ist jetzt nicht speziell bei der o. H. G. geordnet, sondern allgemein in den §§ 5 und 15. Siehe die Erläuterungen zu den §§ 5 und 15, speziell aber über die Bedeutung dieser beiden Paragraphen für die o. H. G. die Erl. zu § 123 u. § 143. Anm. 4.

Zusatz. Übergangsfrage. Veränderungen bei einer bestehenden Gesellschaft müssen nach Maßgabe des vorliegenden Paragraphen eingetragen werden, auch wenn die Gesellschaft schon vor dem 1. Januar 1900 bestanden hat. Denn solche Anmeldungsvorschriften haben öffentlichrechtlichen Charakter (vgl. Lehmann in ZHR. 48, 43, 44). Anm. 5.

§ 108.

Die Anmeldungen sind von sämmtlichen Gesellschaftern zu bewirken. § 108.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

1. (Abs. 1.) Die Anmeldungen nach §§ 106 und 107, ebenso die in Anm. 9 zu § 106 erwähnten Anmeldungen, sind der Regel nach von sämtlichen Gesellschaften zu bewirken, also auch von den von der Vertretung ausgeschlossenen. Dabei ist aber zu erwähnen, daß ev. die gesetzlichen Vertreter an die Stelle der Gesellschafter treten, und ferner ist auf die Ausnahme des § 16 hinzuweisen (wenn eine Anmeldung von mehreren zu bewirken und der eine zur Anmeldung verurteilt ist, so genügt die Anmeldung des anderen). Anm. 1.

2. (Abs. 2.) Außerdem aber haben alle vertretungsbefugten Gesellschafter die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei den Gerichten zu zeichnen. Es ist dabei nicht zu übersehen, daß sie nicht bloß die Firma zu zeichnen haben, sondern auch ihre Namensunterschrift, während beim Einzelkaufmann das letztere nicht vorgeschrieben ist (§ 29). Das nähere über die Zeichnungsvorschrift, insbesondere inwieweit hierbei Vertretung zulässig ist, und was für Schreibensunkundige hier gilt, siehe zu § 12. Anm. 2.

3. Die Eintragung hat nicht zu erfolgen, wenn, bevor die Unterschrift aller Gesellschafter eingereicht ist, einer derselben seine Anmeldung widerruft (LG. Hamburg bei Holdheim 13, 303). Anm. 3.

4. **Über die Form der Firmenzeichnung durch den offenen Gesellschafter** im Geschäftsverkehr fehlt es an einer dem § 51 analogen Vorschrift. Gemäß § 124 HGB., § 164 BGB. kommt es nur darauf an, daß der Gesellschafter tatsächlich und erkennbar für die Gesellschaft gezeichnet hat. Es genügt daher die Zeichnung des persönlichen Namens mit Zusatz: in Firma usw. oder als Mitinhaber der Firma usw. (OLG. Marienwerder in OLGR. 4, 165). Aus demselben Grunde genügt es, wenn der Namensunterschrift eines Gesellschafters die Firma vorgedruckt ist (so auch bei Wechselunterschrift RG. 47, 165 und bei Holdheim 12, 47, ebenso Goldmann u. Lehmann-Ring zu § 108; dagegen 6./7. Aufl. Erk. zu § 108 vgl. auch § 51 Anm. 2). Auch genügt die Zeichnung der Firma ohne Zusatz des persönlichen Namens (RG. in JW. 02, 636 [19]). Sind Kollektivvertreter vorhanden, so genügt die Zeichnung der Firma durch einen Gesellschafter mit Ermächtigung des anderen (Lehmann-Ring zu § 108); ferner Vordruck der Firma unter Hinzufügung des Namens der Vertretungsberechtigten. Anm. 4.

Bei Notariatsurkunden genügt die Unterschrift mit dem persönlichen Namen (KGJ. 13, 170); nach einer Entsch. des KG. (KGJ. 21 A S. 103 genügt aber auch die Unter-

§ 108. schrift der Firma, falls sie durch den Notar, als von einem vertretungsberechtigten Inhaber herrührend, anerkannt wird (vgl. auch Schultze-Görlitz in DJZ. 01, 524).

Über die Firma bei Formalakten, insbesondere Wechseln vgl. Anm. 17 zu § 126; daselbst auch über die Verpflichtung der Gesellschaft aus Geschäften, die zwar nicht unter der Firma der o. H. G. geschlossen sind, die aber nach dem erkennbaren Willen der Kontrahenten für sie geschlossen werden sollten.

Zweiter Titel.
Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

§ 109.

§ 109. **Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§ 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.**

Lit.: Mahnkopf, Die Rechtsverhältnisse zwischen der o. H. G. und dem einzelnen Gesellschafter, 98.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt, daß für die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander zunächst der Gesellschaftsvertrag, ev. die §§ 110—122 Anwendung finden.** Hinzuzufügen ist, daß, soweit nicht die §§ 110—122 entgegenstehende Vorschriften enthalten, die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB.) und die sonstigen Vorschriften des BGB. Platz greifen.

Anm. 1. 1. **In erster Linie entscheidet der Gesellschaftsvertrag.** Es ist aus § 105 ersichtlich, daß eine o. H. G. ihrem Wesen nach das Vorhandensein einer Gesellschaft voraussetzt. Eine Gesellschaft aber ist nur vorhanden, wenn sich mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Endzwecks durch Vertrag vereinigen (§ 705 BGB.).

a) Über die Form des Gesellschaftsvertrages siehe Anm. 41 zu § 105.

Anm. 2. b) Auch die materielle Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages ist bereits im § 105 insofern erörtert, als ausgeführt ist, daß nur dann eine Gesellschaft vorliegt, wenn die Gesellschafter sich über einen gemeinsamen Endzweck geeinigt haben. Es ergab sich dort die Konsequenz, daß die sogenannte societas leonina (Ausschluß eines Gesellschafters vom Gewinn) dem Begriff der Gesellschaft entgegensteht (vgl. Anm. 3 u. 4 zu § 105).

Anm. 3. c) Ist der Gesellschaftsvertrag mit einem Minderjährigen geschlossen, so ist bereits Anm. 6 zu § 106 dargelegt, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen vom Registerrichter zu prüfen ist. Ferner ist Anm. 37 b zu § 105 hervorgehoben, daß Rechtsgeschäfte über Vermögensstücke der Gesellschaft, deren Teilhaber ein Minderjähriger ist, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen. Weiter aber bedarf der geschäftsführende Gesellschafter, wenn der Minderjährige von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, für seine Geschäftsführung der Genehmigung nicht, da es sich nicht um Verfügungen für den Minderjährigen, sondern für die Gesellschaft handelt (BayObLG. in DJZ. 02, 179). Zweifelhaft könnte es nur sein, ob in solchem Fall, z. B. wenn die Gesellschaft ein Darlehn nimmt, der Minderjährige auch mit seinem Privatvermögen haftet. Aus der Vorschrift des § 128 ist die Haftung zu folgern, da die persönliche Haftung aus § 128 aus der Haftung der Gesellschaft folgt. Ist also der Vertretungsberechtigte befugt, ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung die Gesellschaft zu verpflichten, so verpflichtet er auch den Minderjährigen.

Anm. 4. d) Hier ist weiter zu erwähnen, daß der gemeinsame Endzweck in bestimmter Weise vereinbart werden muß, damit das Erfordernis eines gültigen Gesellschaftsvertrages vorliegt. Die Gesellschafter müssen sich also über ein bestimmtes

Handelsgewerbe geeinigt haben. Dagegen ist es nicht nötig, daß sie über die Art der Beitragsleistung und über die Höhe derselben ausdrückliche Vereinbarung treffen. Allerdings geschieht dies meist, und wenn es im Einzelfalle nicht geschieht, so wird es zweifelhaft sein, ob wirklich ein bindender Vertrag geschlossen worden ist oder nur einleitende Vorbesprechungen stattgefunden haben. Allein begrifflich notwendig sind jene Abreden nicht. Die in solcher Hinsicht bestehenden Lücken der Vereinbarung werden durch das Gesetz ausgefüllt: die Art der Beiträge bestimmt sich durch den Gesellschaftszweck, über die Höhe disponiert § 706 BGB. (gleiche Beiträge für alle). Vgl. übrigens auch Anm. 6. **§ 109.**

e) Der Gesellschaftsvertrag ist, wie ziemlich allgemein angenommen wird und wie § 705 BGB. ergibt, ein gegenseitiger Vertrag, jedoch modifiziert durch die Besonderheit des Gesellschaftsverhältnisses. Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über gegenseitige Verträge sind daher nicht ohne weiteres anwendbar. In Betracht kommt zunächst die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320—322 BGB.). Diese wird dann Anwendung zu finden haben, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, weil hier Leistung und Gegenleistung sich direkt gegenüberstehen. Sehr bestritten ist die Anwendbarkeit, wenn es sich um mehr als zwei Gesellschafter handelt. Dernburg (II § 357, III) leugnet überhaupt die Anwendbarkeit der Bestimmungen, andere (z. B. Planck Vorb. 3 zu § 704; Knoke 43) wollen die Einrede nur demgegenüber geben, der seinerseits noch nicht erfüllt hat, nicht aber demgegenüber, der bereits geleistet hat. Goldmann-Lilienthal (739) geben die Einrede jedem Gesellschafter gegenüber. Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Vereinigen sich mehrere zu einem gemeinsamen Zweck, so ist die Gegenleistung jedem gegenüber so lange nicht erfüllt, als nicht alle Gesellschafter ihrer Verpflichtung nachgekommen sind. Anm. 5.

Was ferner die Anwendbarkeit des § 326 BGB. (Rücktritt wegen Verzuges) betrifft, so ist diese jedenfalls für die o. H. G. ausgeschlossen, da die Auflösung der Gesellschaft im HGB. ausschließlich geregelt ist (OLG. Marienwerder in OLGR. 8, 80 für die Gesellschaft des BGB.).

f) Haben sich die Parteien über alle die Punkte in bestimmter Weise geeinigt, über welche sie sich einigen wollten, so liegt ein perfekter Gesellschaftsvertrag vor, nicht schon dann, wenn sie sich über die wesentlichen Punkte einigen (vgl. §§ 154 und 155 BGB.). Letzteres genügt dann, wenn gleichzeitig erhellt, daß im übrigen die dispositiven Vorschriften des Gesetzes nach dem Willen der Parteien maßgebend sein sollten (vgl. ROHG. 9, 38). Alsdann aber liegt kein pactum de ineunda societate, sondern ein perfekter Gesellschaftsvertrag vor (vgl. RG. 12, 304). Aus dem Abschlusse eines solchen Vertrages kann auf Aufnahme in die Gesellschaft geklagt werden (vgl. Bolze 23 Nr. 575; auch RG. 40, 47). Anm. 6.

g) Übrigens ist zu erwähnen, daß unter dem Gesellschaftsvertrage auch die nachträglichen Abreden über das Verhältnis der Gesellschafter zu verstehen sind. Der Gesellschaftsvertrag ist die Summe derjenigen Abreden, welche über die Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Mitglieder gültig getroffen sind. Dieser Begriff liegt zugrunde den §§ 114 Abs. 2, 115 Abs. 2, 119 Abs. 2. Anm. 7.

2. **Eventuell entscheiden die Vorschriften der §§ 110—122 HGB.** Dieselben kommen also zur Anwendung, wenn die Parteien einen perfekten Gesellschaftsvertrag geschlossen, über diese Punkte aber nichts bestimmt haben (vgl. Anm. 4 u. 6). Hiermit sind die Vorschriften der §§ 110—122 HGB. zu Dispositivvorschriften erklärt. Ob die sonstigen Vorschriften, welche über das interne Verhältnis der Gesellschafter entscheiden, z. B. §§ 139, 140, 142, 131 dispositiven oder zwingenden Charakter haben, dafür sind besondere Erwägungen maßgebend. Anm. 8.

3. **In letzter Linie entscheiden die Vorschriften des BGB.** Zunächst die über die Gesellschaft. Die letzteren kommen in sehr umfassendem Maße zur Anwendung, da das neue HGB. eine Reihe von Vorschriften des alten HGB. gestrichen hat, welche sich derart bewährt hatten, daß sie auf den ganzen Rechtsverkehr ausgedehnt werden konnten. Die Vorschriften sind bei den Bestimmungen, die sie ergänzen, behandelt. Anm. 9.

§ 109. Daß die sonstigen Vorschriften des BGB. entscheiden, soweit es sich nicht um spezifisch gesellschaftliche, sondern allgemeine Vorschriften (z. B. Irrtum, Betrug, Geschäftsfähigkeit) handelt, wird nur der Vollständigkeit wegen erwähnt. Das ist selbstverständlich.

Anm. 10. **Zusatz 1. Die Beweislast,** wenn eine dem Gesetze zuwiderlaufende Vereinbarung behauptet wird, hat derjenige, der sie geltend macht (vgl. die Allg. Einl. in der 6./7. Aufl. Anm. 33 ff.). Ebenso hat, wenn die ursprüngliche Vereinbarung feststeht und eine nachträgliche Vereinbarung behauptet wird, derjenige zu beweisen, der die letztere vorschützt (vgl. ROHG. 3, 173).

Anm. 11. **Zusatz 2. Die Frage der Übertragbarkeit der Gesellschaftsrechte.**

1. **An die Stelle des Art. 98 des alten HGB. tritt § 717 BGB.**

„Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt."

Anm. 12. 2. **Von den gesellschaftlichen Rechten sind hiernach nur übertragbar** (und zwar auch vor der Fälligkeit):

a) **aus der Geschäftsführung zustehende Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann.** Es ist nicht näher gesagt, was hiermit gemeint ist. Gemeint ist wohl der Anspruch auf einen besonderen Lohn für die Geschäftsführung und auf Erstattung von Aufwendungen. Wenn hier gesagt ist, daß der Anspruch nur übertragbar ist, soweit die Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, so ist damit gemeint, daß die Übertragung mit Wirkung gegen die bestehende oder in der Auflösung befindliche Gesellschaft nur erfolgen kann, soweit die Befriedigung vor der Auseinandersetzung, also von der lebenden oder in der Auflösung befindlichen Gesellschaft, verlangt werden kann. Natürlich sind die Ansprüche, soweit sie nach der Auseinandersetzung verlangt werden können, ebenfalls übertragbar, aber nur mit der Wirkung der Geltendmachung bei der Auseinandersetzung. Dieses letztere ist im Schlußsatz des § 717 BGB. hervorgehoben.

Anm. 13. b) **Die Ansprüche auf einen Gewinnanteil.** Hierunter fällt nicht der Anspruch auf die 4% aus § 122, da diese nach der jetzigen Fassung des Gesetzes nicht als Teil des Gewinns anzusehen sind (vgl. Erl. zu § 122), und eine Ausdehnung der Ausnahmebestimmung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus nicht gestattet erscheint (so Cosack § 108, Ve; Goldmann 490 gegen 6./7. Aufl.).

c) **Die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben** (RG. im Recht 05, 193).

Anm. 14. 3. **Alle übrigen gesellschaftlichen Rechte sind nicht übertragbar,** also insbesondere die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, oder wie Goldschmidt (System 4. Auflage, 134) sie nennt, die Mitverwaltungsrechte. Es kann also nicht zediert werden das Recht auf Geschäftsführung, nicht das Recht darauf, daß die anderen Gesellschafter persönlich tätig sind, nicht das Recht auf Kontrolle, weder selbständig, noch in Verbindung mit den nach vorstehendem abtretungsfähigen Ansprüchen. Die dennoch geschehene Übertragung ist nichtig (§ 399 BGB.). Es kann ferner nicht übertragen werden der Anteil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (§ 719 Abs. 1 BGB.), streng genommen hat der Gesellschafter einen bestimmten Anteil am Gesellschaftsvermögen überhaupt nicht, dies ist vielmehr Gesamteigentum der Gesellschafter.

Nicht übertragbar, auch nicht mitübertragbar ist der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung. Sowohl nach der Wortauslegung („das, was einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt"), als auch nach dem Zweck des Gesetzes, das nicht dulden will, daß Dritte in die Interna des Gesellschaftsverhältnisses eindringen, ist dies ausgeschlossen (RG. 52, 35 und in JW. 02, 397[31]; ferner RG. bei Bauer 12, 93 sowie herrschende Ansicht; dagegen Marcus im Recht 03, 25. Letzterer geht davon aus, daß der Anspruch auf Rechnungslegung ein Hilfsrecht sei, das mit dem Hauptrecht übergehe. Die Spezialbestimmung des § 717 aber geht den allgemeinen Rechtsnormen vor).

4. **Die Übertragbarkeit der vermögensrechtlichen Bezüge und die Nichtübertragbarkeit der Herrschaftsrechte** hat zur Folge, daß der Gesellschafter auch nach der Zession und vor dem Eintritt der Fälligkeit die Bedingungen der Existenz und Fälligkeit der übertragenen Rechte mit Wirkungen für die Gesellschaft noch ändern kann, sei es durch die Art, wie er seine gesellschaftlichen Rechte und Pflichten ausübt, sei es durch Vereinbarungen mit den übrigen Gesellschaftern. Denn auch das Treffen solcher Vereinbarungen ist ein gesellschaftliches Herrschaftsrecht, dessen er sich mit Rechtswirkung gegen die Gesellschaft nicht begeben kann. Ob der zedierende Gesellschafter seinem Zessionar durch solche Vereinbarungen verantwortlich wird, ist eine andere Frage. Es kann z. B. derjenige Gesellschafter, der seinen nächsten Jahresgewinnanteil abgetreten hat, vor dem Ablauf des Geschäftsjahres vereinbaren, daß er seinen diesmaligen Gewinnanteil nicht erheben, sondern dem Geschäfte belassen werde (ebenso Knoke 39; dagegen Goldmann-Lilienthal 756 Anm. 36). **§ 109.** Anm. 15.

5. **Die Wirkung der Übertragung der übertragbaren Rechte** ist, abgesehen von der Einschränkung zu 4, die einer jeden Zession: Die Gesellschaft hat insoweit einen neuen Gläubiger (§ 398 BGB.). Ein solcher Zessionar geht auch einem späteren Exekutionsgläubiger nach § 135 HGB. vor. Zwar hat er nicht das diesem zustehende Recht auf Auflösung der Gesellschaft und es ist der Exekutionsgläubiger durch eine frühere Zession nicht gehindert, die Auflösung zu betreiben, aber bei der Auskehrung des Geschäftsanteils geht der voraufgehende Zessionar vor (RG. im Recht 05, 193). Anm. 16.

6. **Mit analogen Wirkungen und in dem gleichen Umfange sind die übertragbaren Ansprüche auch verpfändbar** (§ 1274 Abs. 2 BGB.). Sie sind ferner nicht **pfändbar**, soweit sie nicht übertragbar sind (§§ 851, 857 CPO.), also pfändbar, soweit sie übertragbar sind. (Die Pfändung geschieht gemäß §§ 829 f. CPO.) Der Gesellschaftsanteil als solcher kann hiernach überhaupt nicht gepfändet und überwiesen werden. Der § 859 CPO. gestattet zwar die Pfändung eines Anteils am Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB. eingegangenen Gesellschaft, und es ist dies auch auf die o. H. G. anwendbar. Allein die Anwendung dieses Paragraphen auf die o. H. G. ergibt nichts, was diesen Ausführungen entgegenstände. Denn die Pfändung des Gesellschaftsanteils ist in jenem § 859 CPO. lediglich in dem Sinne gestattet, daß dadurch der Weg des § 725 BGB. (Kündigung der Gesellschaft) eröffnet werden soll (vgl. die Denkschrift zu § 754b CPO.). Anm. 17.

Der das Auseinandersetzungsguthaben pfändende Gläubiger hat übrigens unter gewissen weiteren Voraussetzungen noch weitere Rechte (darüber s. § 135 HGB.).

Zusatz 3. Die Vorschrift des früheren Art. 98, daß kein Gesellschafter einen andern in die Gesellschaft aufnehmen darf, ist gestrichen worden. Sie ist schon von den Mot. z. BGB. (Bd. II, 613) mit Recht für überflüssig erklärt worden, weil das den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages bedeutet, was eben einem Gesellschafter einseitig nicht zusteht (vgl. auch D. 86 und RG. 52, 161). Das Verbot gilt auch, wenn die Übertragung an einen, der bereits Gesellschafter ist, geschieht. Jedoch ist zulässig, daß bereits im Gesellschaftsvertrage der eine Gesellschafter sich das Recht vorbehält, einen andern vorher bestimmten Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen. In diesem Fall kann der Dritte durch einseitige Erklärung des Gesellschafters, der sich dies Recht ausbedungen hat, Gesellschafter werden (RG. bei Holdheim 14, 163; vgl. jedoch Anm. 19). Anm. 18.

Hiermit deckt sich wohl auch die Frage, ob ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil an eine andere Person abtreten darf. Geschieht dies in dem Sinne, daß die gesamten Gesellschaftsrechte auf den Zessionar übergehen sollen, so kann dies diese Wirkung jedenfalls nicht haben, weil eben die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte jedenfalls nicht übertragbar sind. Aber es fragt sich, ob einem solchen Rechtsakte nicht wenigstens die beschränkte Bedeutung zukommt, daß dasjenige als abgetreten gilt, was abtretungsfähig ist, nämlich der Anspruch auf die vermögensrechtlichen Bezüge. Dies aber ist Sache der Auslegung im konkreten Fall. Eine solche Auslegung, wenn durch die Sachlage geboten, ist zulässig (vgl. Bolze 20 Nr. 356). Jedenfalls kommen für solche Übertragungen nicht die Regeln über die Übertragung des Eigentums,

§ 109. sondern die Regeln von der Abtretung und Überweisung (RG. 18, 43) in Frage, wobei, da eben nur obligatorische Ansprüche abgetreten werden, es (auch für die Stempelfrage) nicht darauf ankommt, ob zum Gesellschaftsvermögen auch unbewegliche Sachen gehören (Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895 Tarif Nr. 2, 25d Abs. 1; vgl. RG. bei Gruchot 28, 249; RG. 25, 256).

Anm. 19. **Zusatz 4. Mit Einwilligung der Gesellschafter ist natürlich auch die Übertragung der gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, also der gesamten Gesellschaftsrechte zulässig** (OLG. Karlsruhe im Rechte 03, 42). Kann die Einwilligung aber auch im voraus wirksam erteilt werden? Die Frage ist zu bejahen (vgl. RG. 18, 44), jedoch nur insoweit, als dies nicht dem Wesen der Gesellschaft widerspricht. Es widerspricht ihm nicht, im voraus zu vereinbaren, daß die Miterben eines Gesellschafters einen der ihren als Gesellschafter präsentieren (Behrend § 67 Anm. 16); es widerspricht nicht, daß ein Teilhaber sich das Recht vorbehält, einen bestimmten Dritten als Gesellschafter aufzunehmen (vgl. die in Anm. 18 zit. Entsch. des RG.); wohl aber widerspricht ihm die generelle Einwilligung in die Zulässigkeit der Abtretung der gesamten Gesellschaftsrechte an einen beliebigen Dritten (Behrend § 67 Anm. 16; anders Berl. OTr. in ZHR. 15, 219 und Lehmann-Ring Nr. 6). So ist es z. B. nicht zulässig, zu vereinbaren, daß ein Gesellschafter seine Gesellschaftsbeteiligung durch Legat auf irgend einen anderen übertragen könne.

Anm. 20. **Zusatz 5. Andrerseits kann gültig vereinbart werden, daß der Gesellschafter seine an sich abtretungsfähigen Rechte nicht abtreten darf** und ein solches Verbot hat auch Gültigkeit gegen den Zessionar, selbst wenn dieser nichts davon wußte (§ 399 BGB.). Aber trotz dieses Verbots sind die Ansprüche gleichwohl pfändbar, soweit der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt (§ 851 CPO.), sicherlich also, soweit es sich um Geldansprüche handelt.

Anm. 21. **Zusatz 6. Verschieden von der Abtretung von Gesellschaftsrechten ist die Unterbeteiligung.** Sie bedeutet, daß der Gesellschafter sich einem Dritten vertragsmäßig verpflichtet, demselben von den Früchten seiner Beteiligung (Zinsen und Gewinn) einen Teil abzugeben, sei es, daß ihm dieser Dritte hierfür ein fixes Äquivalent leistet oder sich als Gegenleistung verpflichtet, ihm die Lasten der Beteiligung, den Verlustanteil tragen zu helfen, oder auch aus Liberalität. **Eine solche Unterbeteiligung gewährt keinerlei Rechte gegen die Gesellschaft.** Socius mei socii socius meus non est (L. 17 § 1 dig. de RJ.). Sie gewährt auch nach eingetretener Liquidation keine Gesellschaftsansprüche, insbesondere nicht auf Rechnungslegung. Die Rechte gegenüber dem kontrahierenden Gesellschafter richten sich nach dem Verhältnisse, welches der Unterbeteiligung zugrunde liegt. Die Rechenschaftspflicht insbesondere findet ihre naturgemäße Grenze in der Verschwiegenheitspflicht, welche dem Gesellschafter gegenüber der offenen Handelsgesellschaft obliegt. Das ROHG. (23, 120) erachtet den Gesellschafter lediglich für verpflichtet, die allgemeinen Resultate der Jahresbilanz und die aufgelegte Jahresabrechnung offen zu legen. Unter Umständen kann aber auch dies schon bedenklich erscheinen, wenn es auch im allgemeinen die richtige Grenze bekennzeichnet.

Anm. 22. **Zusatz 7. Übergangsfrage.** Daß für die vor dem 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaften die bisherigen Vorschriften maßgebend bleiben, ist bereits in Anm. 46 zu § 105 ausgeführt. Auf die Vorschriften, welche das Rechtsverhältnis nach innen regeln und jeden zwingenden Charakters entbehren, beziehen sich diese Ausführungen jedenfalls (ebenso Dernburg II § 365 Anm. 2). Die Folgerung ist von sehr großer Tragweite. Für Gesellschaften, denen eine lange Dauer nach dem 1 Januar 1900 beschieden sein wird, wird hiernach während der ganzen Dauer ihres Bestehens, oft noch für ganze Generationen, das alte HGB. und das alte Zivilrecht maßgebend sein, jedenfalls, soweit es sich um die inneren Verhältnisse handelt. (Ob auch sonst, darüber siehe zu § 123.)

§ 110.

§ 110. Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrenn-

bar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet. § 110.

Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.

Der vorliegende Paragraph normiert die Ersatzansprüche des Gesellschafters für Aufwendungen, welche er in Gesellschaftsangelegenheiten macht, und für Verluste, die er in Gesellschaftsangelegenheiten erleidet.

1. **Dem Gesellschafter** steht dieses Recht zu, nicht bloß dem geschäftsführenden. Die Aufwendungen können auch solche sein, welche einer der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter auf Ersuchen oder unter Billigung der geschäftsführenden gemacht hat. Auch infolge Geschäftsführung ohne Auftrag kann er Aufwendungen machen und Ersatz verlangen, unter Umständen sogar durch eine Geschäftsführung gegen den Willen der Gesellschafter, wenn nämlich ohne die Geschäftsführung eine Pflicht der Gesellschaft, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre (§§ 683, 679 BGB.), ebenso kann der Gesellschafter zu Aufwendungen gezwungen werden, nämlich auf Grund seiner Solidarhaft (vgl. Anm. 3). Anm. 1.
2. **Für haftbar erklärt ist die Gesellschaft.** Auch während bestehender Gesellschaft kann der Anspruch geltend gemacht werden (ROHG. 23, 195; RG. 31, 141). Ob auch die Gesellschafter dafür haften, darüber siehe Anm. 21 zu § 128. Die Gesellschaft aber haftet für den ganzen Betrag, ohne Abzug einer Quote, welche der Ersatzberechtigte zu tragen hätte (OLG. Dresden in Busch Archiv 9, 303; RG. 31, 141). Solche Forderungen des Gesellschafters sind für die Gesellschaft reine Gesellschaftsschulden; auch wenn sie in den Büchern der Gesellschaft dem Aktivsaldo des einzelnen Gesellschafters zugeschrieben werden, sind sie von diesem, der ja während des Bestehens der Gesellschaft kein Forderungsrecht darstellt (Anm. 7 zu § 120), wesentlich verschieden (RG. 31, 143; vgl. § 733 Abs. 1 BGB.). Zutreffend ist es, sie besonders zu buchen (auf Separatkonto). Aber wenn dies auch nicht geschieht, so wird man darin nur eine unrichtige Buchung, nicht eine Umwandlung der Schuld in eine Erhöhung der Vermögenseinlage erblicken (RG. 31, 143; anders Makower 197). Anm. 2.
3. **Für Aufwendungen und Verluste in Gesellschaftsangelegenheiten** haftet die Gesellschaft. Anm. 3.
   a) **Für Aufwendungen** in Gesellschaftsangelegenheiten. Gemeint sind alle Aufwendungen, abgesehen von den Einlagen. Sie müssen für Rechnung der Gesellschaft gemacht sein. Es fällt darunter die Bezahlung der Gesellschaftsschulden infolge der Solidarhaft (RG. 31, 141 und bei Bauer 7, 212). Ein ferneres Beispiel sind Reisekosten im Interesse der Gesellschaft. Voraussetzung des Ersatzrechts ist, wenn die Aufwendung nicht etwa erzwungen ist, daß der Gesellschafter sie für erforderlich halten durfte. Es ist also nicht objektiv ex post zu prüfen, ob sie, nach dem Erfolge geurteilt, erforderlich war, sondern ob die Umstände zur Zeit der gemachten Aufwendung so lagen, daß der Mitgesellschafter sie für erforderlich halten durfte. Übrigens würde nach §§ 713, 670, 683, 679 BGB. dasselbe gelten.
   b) **Für Verluste** durch die Geschäftsführung oder durch unvermeidliche Gefahren, worunter auch die persönlichen Gefahren und Verluste gehören, so daß im Falle des eingetretenen Todes auch den Erben des Gesellschafters ein Recht zusteht. Anm. 4.
4. **Aufgewendetes Geld ist zu verzinsen.** Die Zinsen betragen 5%, da § 352 Abs. 2 Platz greift, nicht § 121. Anm. 5.

Zusatz 1. Über Belohnung für Bemühungen in Gesellschaftsangelegenheiten. Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung fehlt. Weder kommt § 662 BGB. in Betracht, weil § 713 nicht auf ihn verweist, noch § 354 HGB., weil es sich um eine gesellschaftliche Tätigkeit handelt. Art. 93 Abs. 3 des alten HGB., welcher dem Gesellschafter für Bemühungen bei dem Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte Ansprüche versagte, ist gestrichen. Es kommt also lediglich auf Auslegung des Gesellschaftsvertrages an. Wie früher schon vielfach, so ist auch jetzt anzunehmen, daß einem Gesellschafter für solche Dienste, die nicht kaufmännischer Natur, noch auch derart sind, Anm. 6.

§ 110. daß sie jeder Gebildete ohne besondere Berufsbildung leisten kann, nicht wohl ein Honoraranspruch verweigert werden kann. Erfordert vielmehr eine Arbeit besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse, so kann nicht verlangt werden, daß der Gesellschafter dieselbe unentgeltlich leistet. Dies wird auch bei Abschließung von Gesellschaftsverträgen nicht vorausgesetzt, es sei denn, daß der betreffende Gesellschafter gerade um dieser Berufstätigkeit willen in die Gesellschaft aufgenommen wird. Es muß hiernach der Beurteilung im Einzelfalle überlassen bleiben, ob nicht eine Vergütung als stillschweigend zugesichert zu erachten ist (RG. in JW. 01, 406[26]; Marcus in KGBl. 01, 51 leugnet jeden Anspruch auf Vergütung, falls sie nicht ausdrücklich vereinbart ist). Beispiele: Ein Rechtsanwalt, der im übrigen in den Gesellschaftsangelegenheiten nicht tätig ist, führt eine Rechtsangelegenheit für die Gesellschaft; ein Gesellschafter der Baumeister ist, baut ihr ein neues Fabrikgebäude. In solchen Fällen kann Bezahlung gefordert werden. Anders, wenn der betreffende Gesellschafter gerade zum Zweck der Beitragsleistung durch seine Arbeitsleistungen, welche besondere Kenntnis voraussetzen, in die Gesellschaft aufgenommen worden ist (ROHG. 3, 174).

Anm. 7. **Zusatz 2. Nicht bloß Ersatz, sondern unter Umständen auch Vorschüsse kann der Gesellschafter verlangen,** nämlich für die zur Ausführung seiner Geschäftsführungsakte oder eines bestimmten Auftrages „erforderlichen" Aufwendungen (§§ 713, 669 BGB.). Hier entscheidet also der objektive Befund; er hat nicht dann Vorschuß zu verlangen, wenn er die Aufwendung für erforderlich hält, sondern nur, wenn sie erforderlich ist. Der Unterschied wird dann wichtig, wenn der geschäftsführende Gesellschafter nicht selbst über die Kasse verfügt, und daher darauf angewiesen ist, den Vorschuß von dem kassefführenden Gesellschafter zu verlangen.

Anm. 8. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Siehe Anm. 22 zu § 109.

§ 111.

§ 111. Ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt oder eingenommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert oder unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Der vorliegende Paragraph normiert die Folgen einzelner besonderer Pflichtverletzungen.

Anm. 1. I. Vorweg ist hier die in §§ 706 f. BGB. behandelte Frage der **Beiträge der Gesellschafter** zu erörtern.

1. **Weder das alte, noch das neue HGB. haben eine Bestimmung darüber, in welchem Maße die Gesellschafter zu den Zwecken der Gesellschaft beizutragen haben.** Die Lücke wird jetzt ausgefüllt durch § 706 BGB. Derselbe lautet:

„Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen."

Anm. 2. a) **Absatz 1** ist eine Dispositivvorschrift. Hinzuzufügen ist, daß der Anspruch auf die Beiträge nicht bloß von der Gesellschaft, sondern auch von den einzelnen Gesellschaftern geltend gemacht werden kann (ROHG. 25, 161; vgl. auch RG. 39, 169). In letzterem Falle kann aber stets nur auf Zahlung an die Gesellschaftskasse geklagt werden (RG. 39, 169).

Anm. 3. b) Das BGB. gebraucht verschiedentlich die Ausdrücke „Beiträge" und „Einlagen". Es kann hier dahingestellt bleiben, ob, wie Goldmann-Lilienthal 735 Anm. 3 annehmen, im Gesetzbuch eine feste Terminologie sich dahin findet, daß Beiträge zu bewirkende, Einlagen die bewirkten Leistungen bezeichnet (anders Lehmann-Ring Nr. 1; Goldmann

Anm. 6 zu § 109); jedenfalls gibt das Gesetz keinen Anhalt für die in der 6./7. Aufl. vertretene Ansicht, daß als Einlage nur verkehrsfähige Objekte anzusehen seien, Beitrag dagegen der weitere Begriff alles dessen sei, was der Gesellschafter für die Zwecke der Gesellschaft zu leisten habe. Diese Definition muß daher fallen gelassen werden.

c) **Absatz 2 ist eine Auslegungsregel,** die dem neuen Gesetzgeber wichtig genug erschien, um sie aus dem alten HGB. (Art. 91) in das BGB. herüberzunehmen. Zur Erläuterung derselben ist zu bemerken: Anm. 4.

α) Welche Gegenstände und Leistungen überhaupt beizutragen sind, bestimmt der Vertrag. Danach richtet es sich auch, inwieweit Erfindungen, welche der Gesellschafter macht, der Gesellschaft zuzuführen sind. Macht er sie auf Kosten der Gesellschaft und unter Verwendung derjenigen Tätigkeit, die er dem Geschäfte zu widmen hat, so wird anzunehmen sein, daß er sie der Gesellschaft zuzuführen hat (OLG. Hamburg in ZHR. 46, 495), da man hieraus den Schluß ziehen kann, daß die Verpflichtung, die Erfindungen der Gesellschaft zu überlassen, mit als Einlage anzusehen ist. Ergeben sich aus dem Vertrage derartige Momente nicht, so kann der Gesellschafter zur Überlassung nicht gezwungen werden, weil er sonst zu einer nach § 707 BGB. unzulässigen Erhöhung der Einlage gezwungen wäre. (Über Erfindungen von Angestellten vgl. Pinner, Unlauterer Wettbewerb Anm. III, 4 zu § 9.) — Für den Fall jedoch, daß der Gesellschaftsvertrag die Einbringung einer Sache vorschreibt, enthält unser Absatz 2 eine Auslegungsregel, zu deren Erläuterung das folgende zu sagen ist: Anm. 5.

β) Was vertretbare und verbrauchbare Sachen sind, richtet sich nach den §§ 91 ff. BGB.

γ) An sich können die Gegenstände zum bloßen Gebrauch oder zum Eigentum der Gesellschaft übertragen werden (s. Anm. 9). Welcher Fall vorliegt, entscheidet die Abmachung. Das Gesetz gibt aber hier eine Auslegungsregel für die Vereinbarungen der Gesellschafter in Gestalt einer Vermutung.

2. **Über das vereinbarte Maß hinaus braucht kein Gesellschafter Beiträge zu leisten.** Das war im Art. 92 des alten HGB. bestimmt, jetzt ist an Stelle dieses Artikels der § 707 BGB. getreten, welcher lautet: Anm. 6.

„Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet."

Die vertragliche Verpflichtung zur Leistung von Vermögenseinlagen muß jeder Gesellschafter erfüllen und zwar rechtzeitig, d. h. sofort beim Geschäftsbeginn, wenn nichts anderes vereinbart ist. Andererseits bildet die Bestimmung des Vertrages über die Höhe der Einlage — und das ist Inhalt des vorstehenden § 707 BGB. — die Grenze der Verpflichtung. Auch in dieser Beziehung sind abweichende Vorschriften des Landesrechts beseitigt, z. B. § 190, I, 17 ALR., wonach die Erhöhung der Einlage zur Vermeidung des Ausschlusses geleistet werden muß, wenn die Erreichung des gemeinsamen Endzwecks dies erfordert. Gerade gegen diese Vorschriften des früheren bürgerlichen Rechts ist der vorliegende Paragraph gerichtet (Hahn § 2 zu Art. 92). Nach ihm begründet selbst der Umstand, daß die Gesellschaft ohne die Erhöhung der Einlage nicht länger bestehen kann, daß sie überschuldet ist, die Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage nicht, sondern gibt höchstens einen Grund zur Auflösung der Gesellschaft ab. Auch wenn sich in der Liquidation ein Fehlbetrag ergibt, braucht kein Gesellschafter über die Einlage hinaus zur Gesellschaftskasse etwas nachzuschießen, vielmehr besteht in solchem Falle nur die Solidarhaft gegenüber den Gläubigern und möglicherweise ein Ausgleichungsanspruch unter den Gesellschaftern (ROHG. 22, 202; 25, 159). — Hat der Gesellschafter den von ihm zugesagten Gegenstand eingebracht, hat er das geleistet, was er nach dem Gesellschaftsvertrage zu leisten hatte, so berührt es ihn nicht mehr, wenn der Gegenstand untergeht (vgl. § 733 Abs. 2 BGB.). Das ist dann keine Verminderung Anm. 7.

§ 111. der Einlage, sondern des Gesellschaftsvermögens. Dies nicht nur, wenn der Gesellschafter verpflichtet war, Eigentum zu übertragen, sondern auch wenn sonst eine konkrete Sache quoad usum oder quoad sortem, aber ohne Eigentumsübertragung (vgl. Anm. 9) eingebracht werden sollte und vertragsmäßig eingebracht worden ist (vgl. v. Hahn § 6 zu Art. 92).

Anm. 8. 3. **Über das vereinbarte Maß hinaus hat aber der Gesellschafter auch kein Recht, die Einlage zu erhöhen** (ebenso Knoke 31 und die dort Zitierten). Die Einlage bildet vielmehr die Grundlage seiner Beteiligung und es kann daher der Gesellschafter, wie er selbst nicht angehalten werden kann, seine Einlage zu erhöhen, auch einer freiwilligen Erhöhung durch die anderen Gesellschafter widersprechen. Nur durch Zustimmung aller kann die Erhöhung des Gesellschaftskapitals erzielt werden. Vgl. jedoch § 120. Darüber, daß das Kapital auch nicht vermindert werden kann, verhält sich § 122 Abs. 2.

Anm. 9. 4. **Die Leistung der Einlagen wird in der Rechtssprache Einbringung oder Illation, das Leisten der Einlagen, einbringen, genannt.** Bei dieser Illation ist zu unterscheiden das Illationsversprechen und die Illation, die Vereinbarung und ihr Vollzug. Der Abs. 2 des § 706 BGB. ist gerade mit Rücksicht auf diesen früher oft verkannten Unterschied so gefaßt, wie geschehen. Er handelt nur von der Illationsvereinbarung. Die Einbringung selbst ist derjenige Akt, durch welchen die nach Inhalt des Illationsversprechens einzubringenden Gegenstände der Gesellschaft zum Eigentum übertragen werden. Sie liegt bei beweglichen Sachen in der Übergabe, bei Forderungen in der Abtretung, bei Orderpapieren im Indossament bzw. in der Blankoübergabe, oder auch in der Abtretung, bei Grundstücken in der Auflassung (Auflassung ist also erforderlich, auch dann, wenn ein Grundstück im Miteigentum aller Gesellschafter steht; vgl. über die Notwendigkeit der Auflassung Anm. 31 zu § 105).

Im engeren Sinne nennt man dies die Illation quoad dominium oder eigentliche Illation.

Es gibt daneben auch uneigentliche Illationen. Zunächst die Illation quoad sortem, bei welcher die Sache zwar nicht in das Eigentum der Gesellschaft übergeht, aber doch so behandelt wird, als wäre sie ihr Eigentum, insofern die Gesellschaftsorgane entscheiden über das Schicksal der Sache, und Nutzen und Lasten der Sache die Gesellschaft treffen (RG. 31, 29; KGJ. 17, 264; RG. 54, 280. Es gibt ferner auch eine Illation quoad usum, bei der entsprechend die Vorschriften über Miete anzuwenden sind (Knoke 30).

II. **Die Vorschriften über Verletzung der Pflicht des Gesellschafters zur Einzahlung oder Ablieferung von Geld.**

Anm. 10. 1. (Abs. 1.) **Es sind Zinsen zu entrichten,** und zwar:

a) 5% nach § 352 Abs. 2,

b) von Rechts wegen, ohne Mahnung,

c) an die Gesellschaftskasse, so daß der Zahlende selbst daran partizipiert, aber auch seine eigene Rate nicht abziehen darf,

Anm. 11. d) infolge der nicht rechtzeitigen Geldeinlage, der nicht rechtzeitigen Ablieferung von Gesellschaftsgeld, und infolge von unbefugten Entnahmen aus der Gesellschaftskasse. Unbefugte Entnahme liegt immer vor, wenn der Gesellschafter eigenmächtig handelt, also wenn er von der Geschäftsführung oder von der Verfügung über die Gesellschaftskasse ausgeschlossen ist, oder wenn er dieselbe zwar zu verwalten hat, aber über die vertragsmäßigen Grenzen hinaus Geld zu Privatzwecken herausnimmt, z. B. ein Darlehn entnimmt, sei es auch unter gehöriger Buchung und Zurücklassung einer Quittung oder eines Schuldscheins, oder wenn er eine Privatschuld aus der Gesellschaftskasse bezahlt ohne Zustimmung der andern Gesellschafter und unter Überschreiten der Grenzen des § 122 (RG. 38, 7). Daß dies unbefugt ist, ergibt sich in solchen Fällen übrigens auch schon aus § 181 BGB., da hierin der Abschluß eines Rechtsgeschäfts

mit sich selbst liegt, wozu ein Vertreter in der Regel nicht berechtigt ist. Die Entnahme braucht im übrigen nicht in eigennütziger Absicht erfolgt zu sein; die Vorschrift ist vielmehr, wie Gareis (Anm. 1) richtig sagt, die reine Konsequenz des kaufmännischen Gedankens der ununterbrochenen Fruktifizierbarkeit des Geldes. Deshalb ist auch ein besonderes Verschulden nicht erforderlich. Aber natürlich muß die Handlungsweise in allen hier hervorgehobenen Fällen der Gesellschaft gegenüber unbefugt sein, obgleich dies nur bei der Geldentnahme gesagt ist. Bei den übrigen Tatbeständen folgt dies aus dem Erfordernis „der nicht rechten Zeit"; denn wenn der Gesellschafter befugt ist, später abzuliefern, so kann man nicht sagen, daß er nicht zur rechten Zeit abgeliefert hat. **§ 111.**

2. (Abs. 2.) **Die Verpflichtung zum weiteren Schadensersatze** infolge der Verzögerung und unbefugten Entnahme ist nicht ausgeschlossen. Sie wird nicht geschaffen durch den vorliegenden Paragraphen, aber nicht ausgeschlossen, sofern sie an sich gesetzlich begründet ist (ebenso Behrend § 67). Sie ist aber nicht immer gesetzlich begründet, auch wenn der Tatbestand des vorliegenden Paragraphen vorliegt, nämlich dann nicht, wenn kein Verschulden vorliegt. Es kann sehr wohl sein, daß weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit, noch diejenige Sorgfalt verletzt ist, die der Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten anwendet oder daß ein konkurrierendes Versehen der geschäftsführenden Gesellschafter die Schadensersatzpflicht aufhebt (§§ 708, 276, 277, 254 BGB.). Über den Grundsatz der Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten siehe die Erläuterung zu § 347. — Soweit hiernach eine Schadensersatzpflicht besteht, so kann sie nicht neben den Zinsen geltend gemacht werden, sondern nur insoweit, als der Schaden durch die Höhe der Zinsen nicht gedeckt wird. Denn nur die Geltendmachung eines „weiteren" Schadens ist nicht ausgeschlossen. Anm. 12.

3. **Wer hat die Rechte aus § 111 wahrzunehmen?** Vgl. hierzu die in Anm. 2 zu § 113 dargelegten Grundsätze, die auch hier zur Anwendung kommen. Anm. 13.

Zusatz 1. Die sonstigen Folgen der hier verpönten Handlungen sind hier nicht geregelt. Das alte HGB. hatte in Art. 95 Abs. 2 gesagt, daß sie nicht ausgeschlossen sind. Diese Bestimmung ist als überflüssig gestrichen. Zu den übrigen Folgen gehört in erster Linie die Rückzahlungspflicht. Es genügt selbstverständlich nicht, daß der Entnehmende sein Konto belastet (RG. 3, 59). Aber bis zur erfolgten Rückzahlung ist es selbstverständlich zu belasten, und zwar korrekterweise nicht das Kapitalkonto, da eine reine obligatorische Schuld vorhanden ist, nicht eine Minderung der vermögensrechtlichen Grundlage seiner gesellschaftlichen Beteiligung (vgl. RG. 3, 59). Sodann besteht möglicherweise auch ein Recht auf Auflösung der Gesellschaft, auf Ausschließung, auf Entziehung der Vertretungsbefugnis (§§ 133, 140, 117, 127). Auch können vertragsmäßig sonstige Folgen festgesetzt sein, z. B. Vertragsstrafen. Anm. 14.

Es ist ferner zu erwähnen, daß unser Paragraph nur die Folgen einzelner bestimmter Pflichtverletzungen regelt. **Bei sonstigem Verzuge** entscheidet zunächst der vorliegende Paragraph analog (Hahn § 2 zu Art. 95; vgl. Allgemeine Einleitung Anm. 17 u. 18). Ev. entscheidet das BGB., z. B. wenn es sich um andere als Geldeinlagen, etwa um Leistung der zugesagten Arbeitskraft handelt oder um Ablieferung anderer Gegenstände oder um Verzögerungen anderer Art, z. B. in der Einkassierung von Geldern. (Über den Grundsatz der Schadensersatzpflicht bei schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten s. die Erl. zu § 347.) **Desgleichen entscheidet bei sonstigen unbefugten Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen** in erster Linie die Analogie unseres Paragraphen, ev. das bürgerliche Recht, und zwar diejenigen Grundsätze desselben, die von Verfügungen über fremdes Vermögen handeln. Denn solches ist das ganze Gesellschaftsvermögen, da es dem einzelnen Gesellschafter auch nicht zum Teil gehört. Auch strafrechtliche Folgen können die unbefugten Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen haben; denn da das Gesellschaftsvermögen für den einzelnen Gesellschafter ein fremdes ist, so kann er unter Umständen daran Unterschlagung und Diebstahl begehen (RGSt. 7, 18), auch noch im Stadium der Liquidation (RGSt. 27, 12). Anm. 15.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Siehe hierüber Anm. 22 zu § 109. Anm. 16.

112.

§ 112.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen.

Die Einwilligung zur Theilnahme an einer anderen Gesellschaft gilt als ertheilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Betheiligung nicht ausdrücklich bedungen wird.

Der Paragraph statuiert das Verbot des Konkurrenzbetriebes ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter (Abs. 1) und bezeichnet einen besonderen Fall der Genehmigung (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Das hier aufgestellte Verbot ist ein reines Konkurrenzverbot.** Nicht die Besorgnis, der Gesellschafter könnte seine Tätigkeit der Gesellschaft entziehen, oder sonst sein Privatvermögen aufs Spiel setzen, sondern lediglich die, er könnte die Gesellschaft in ihrer Entfaltung hindern, ist der Grund des Verbots. Das Verbot bezieht sich:

a) **Auf alle Gesellschafter,** gleichviel, ob sie an der Geschäftsführung teilnehmen oder nicht, ob sie Kapital einlegen oder nur ihre Arbeitskraft beisteuern, weil sie alle durch Kenntnis der Bücher und der Beziehungen der Gesellschaft ihr gefährliche Konkurrenz machen könnten.

Anm. 2. b) **Auf das Geschäftemachen jeder Art,** sowohl für eigene als für fremde Rechnung, also auch als Kommissionär, Agent, Bevollmächtigter, Handlungsgehilfe, Prokurist, Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer sonstigen handeltreibenden juristischen Person, nicht aber als bloßes Mitglied einer solchen Gesellschaft. Das Verbot wird also dadurch nicht übertreten, daß der Gesellschafter Aktionär oder Anteilseigner einer Konkurrenzgesellschaft (Akt.-Kom.-Ges., G. m. b. H.) wird, nur darf hier keine Umgehung vorliegen, wie z. B. wenn der Gesellschafter, ohne Vorstand der Konkurrenzgesellschaft zu sein, doch tatsächlich die Geschäftsführung leitet, „die Seele des Geschäfts" ist. — Es bezieht sich das Verbot nicht auf diejenigen Geschäfte, die gegen Ende der Gesellschaftsdauer geschlossen werden und einen künftigen Gewerbebetrieb vorbereiten (vgl. Anm. 3 zu § 60). — Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft müssen es sein. Dieses Kriterium festzustellen, ist Sache des konkreten Falles. Vornehmlich werden entscheidend sein die Gegenstände, mit denen die Gesellschaft in Gemäßheit des ursprünglichen oder abgeänderten Gesellschaftsvertrages handelt (näheres Anm. 8 zu § 60). Dabei wird, um nicht in die private Verfügungsfreiheit des Gesellschafters übermäßig hinüberzugreifen, der Begriff des Geschäftemachens im Auge zu behalten sein. So z. B. wird einem Teilhaber eines Bankgeschäfts nicht jeder Aktienkauf zu verbieten sein, weil dies immer zu den Handelszweigen eines Bankgeschäfts gehöre, vielmehr wird zu unterscheiden sein, ob es sich dabei nur um Anlegung des Privatvermögens oder um gewerbsmäßige, aber der Spekulation dienende Geschäfte handelt (vgl. Bolze 8 Nr. 543). Die Separatgeschäfte müssen, um verboten zu sein, einen spekulativen Charakter tragen (Anm. 5 zu § 60). — Ein Handelsgeschäft braucht das Geschäft nicht zu sein, um unter das Verbot zu fallen. Oft wird das einzelne Geschäft kein Handelsgeschäft sein, und doch wird es in den Handelszweig der Gesellschaft fallen (vgl. Anm. 7 zu § 60).

Anm. 3. c) Das Verbot bezieht sich ferner **auf die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter bei einer gleichartigen Handelsgesellschaft,** also als Mitglied einer o. H. G. und als Komplementar bei einer einfachen oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, nicht aber die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Aktionär, weil darin wesentlich nur eine Kapitalsanlage gefunden wird (vgl.

Anm. 2), als Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft. Die Beteiligung als Kommanditist fällt unter das Verbot nicht, dieser ist nicht persönlich haftender Gesellschafter (§ 161) und auch seine Beteiligung gilt mehr als Kapitalanlage (vgl. Anm. 18 zu § 1). Eine Handelsgesellschaft muß vorliegen; eine sonstige Erwerbsgesellschaft genügt nicht, selbst wenn sie wegen § 2 eintragungspflichtig ist; vielmehr muß sie in diesem Falle eingetragen sein. Auch die Rechtsstellung des Komplementars einer stillen Gesellschaft gehört nicht hierher, sondern unter das Geschäftemachen überhaupt (§ 112 Abs. 2 findet daher hierauf keine Anwendung). Von dem Gewerbebetrieb als Einzelkaufmann gilt das gleiche. — § 112.

d) **Die Einwilligung**, welche hier vorausgesetzt ist, ist die Genehmigung aller übrigen Gesellschafter, auch die der nicht geschäftsführenden. Wann Genehmigung vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Sie kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erteilt werden. Immer aber wird das Bekanntsein der verbotenen Tatsache erforderlich sein, das sogenannte Wissen-müssen genügt nicht (Puchelt-Förtsch Anm. 4 zu Art. 96). Näheres über die Einwilligung (Form? Vorher oder auch nachher? Widerruflich? Beispiele?) Anm. 9 zu § 60. — Anm. 4.

2. (Abs. 2.) **Der hier vorgesehene Einwilligungsfall** ist nur ein Beispiel, das wohl entsprechende Anwendung, aber kein arg. e contr. gestattet, insbesondere nicht den Schluß rechtfertigt, daß zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes als Einzelkaufmann die stillschweigende Genehmigung niemals genügt. Näheres zur Erläuterung dieses Abs. s. Anm. 9 a. E. zu § 60). — Anm. 5.

3. **Das Verbot erlischt** mit der Auflösung der Gesellschaft (ROHG. 21, 145), ist also im Stadium der Liquidation nicht mehr in Geltung. — Anm. 6.

Zusatz 1. Vertragsmäßig kann das Verbot des vorliegenden Paragraphen aufgehoben oder abgeändert, verschärft oder gemildert werden. — Anm. 7.

Zusatz 2. Auch Konkurrenzklauseln für die Zeit nach Beendigung der Gesellschaft können vereinbart werden (vgl. Ritter, Die Konkurrenzklausel im neuen Recht, DJZ. 02, 349). Diese aber folgen den Regeln des vorliegenden Paragraphen nicht, und auch nicht den für die Handlungsgehilfen gegebenen Regeln der §§ 74 und 75 (RG. 53, 154). Hierüber gelten vielmehr die in Anm. 33ff. zu § 22 aufgestellten Grundsätze. Hinzuzufügen ist hier aber noch, daß, wenn ein Gesellschafter durch die Schuld des anderen zu dem Antrage auf Auflösung der Gesellschaft veranlaßt wurde, das für den Fall der Auflösung stipulierte Konkurrenzverbot für den unschuldigen Teil zessieren wird. Zwar kann der § 75 nicht analog angewendet werden, aber derselbe Rechtsgedanke greift auch hier Platz, weil dies aus allgemeinen Grundsätzen anzunehmen ist; der vertragswidrig handelnde Teil hat die Folgen der Vertragsaufhebung selbst zu tragen. (Für den Fall, daß der Vertrag das Verbot für den Gesellschafter ausspricht, der mit oder ohne Grund gegen den Willen des anderen austritt, hält das RG. (bei Bauer 10, 65) die Vereinbarung für bindend, selbst wenn das Ausscheiden durch ehrloses Verhalten des anderen Gesellschafters veranlaßt ist.) — Anm. 8.

Zusatz 3. Über heimliche Provisionen, die sich der Gesellschafter bei Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte geben läßt, s. Anm. 4 zu § 113. — Anm. 9.

Zusatz 4. Übergangsfrage. Siehe Anm. 22 zu § 109. — Anm. 10.

§ 113.

Verletzt ein Gesellschafter die ihm nach § 112 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Gesellschafter verlangen, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete. — § 113.

§ 113. Ueber die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Das Recht der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wird durch diese Vorschriften nicht berührt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Folgen der Verletzung des im § 112 aufgestellten Konkurrenzverbots.** Im Abs. 1 sind die Ansprüche aufgezählt, welche die Verletzung erzeugt, im Abs. 2 ist gesagt, daß die Ansprüche nur erhoben werden können auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter, Abs. 3 verhält sich über die Verjährung der Ansprüche, Abs. 4 behält das Recht der Auflösung vor.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die vom Gesetze aufgestellten Ansprüche sind Schadensersatz und Eintrittsrecht.** Sie stehen der Gesellschaft zu.

a) **Die beiden Rechte sind den Gesellschaftern wahlweise gegeben.** Wählen sie das eine Recht, so ist damit die Wahl vollzogen und das andere Recht erloschen. Die Wahl erfolgt durch Erklärung seitens eines geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber dem verletzenden Gesellschafter (analog wie in § 263 BGB.). Die Erklärung ist nur dann wirksam, wenn ihr ein Beschluß der Gesellschafter zugrunde liegt (hierüber Abs. 2). Der verletzende Gesellschafter kann die Gesellschaft nicht unter der Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern; der § 264 BGB. greift hier nicht Platz, weil hier so wenig wie im § 61 ein alternatives Schuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. BGB. vorliegt, sondern eine facultas alternativa des Gläubigers. (Über den Unterschied s. Planck Anm. 1 zu § 262 BGB.; abw. Goldmann Anm. 9). — Vgl. auch Anm. 1 zu § 61.

Anm. 2. b) **Der Gesellschaft** stehen die Ansprüche zu. Darüber, ob sie erhoben werden sollen, beschließen die übrigen Gesellschafter (Abs. 2). Auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter haben dabei mitzuwirken (D. 91); auch dann, wenn der verletzende Gesellschafter das einzige geschäftsführende Mitglied der Gesellschaft ist, steht der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter das Recht zu. Der Beschluß richtet sich nach § 119, die Geltendmachung des Wahlrechts erfolgt durch einen geschäftsführenden Gesellschafter (s. Anm. 1); denn es liegt ein interner Akt, also ein Akt der Geschäftsführung vor. Die in der 6./7. Auflage vertretene Ansicht, daß zur Geltendmachung im Prozeß nur ein vertretungsberechtigter Gesellschafter befugt sei, kann nicht aufrecht erhalten werden. Sind die Gesellschafter berechtigt, die Geltendmachung zu beschließen, so können sie diesen Beschluß auch ausführen; es handelt sich nicht, wie Goldmann, der im übrigen zu demselben Ergebnis kommt, Anm. 12 ausführt, um ein Verhältnis, bei dem der Gesellschafter den anderen als Dritter gegenübersteht, sondern um eine lediglich interne Angelegenheit, die Erfüllung der durch den Gesellschaftsvertrag übernommenen Pflichten. Es kann daher, wenn der Beschluß gefaßt ist, jeder Gesellschafter den Anspruch zur Zahlung an die Gesellschaft einklagen. Dies gilt auch, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht. — Nach eingetretener Liquidation steht das Wahlrecht gleichfalls den übrigen Gesellschaftern zu, nicht dem Liquidator, denn dieser tritt ja nur an die Stelle des vertretungsberechtigten Gesellschafters, der ja als solcher ebenfalls das Wahlrecht nicht hat. — Wenn die Gesellschaft ohne Liquidation aufgelöst oder die Liquidation bereits beendet ist, so haben sich die übrigen Gesellschafter über die Ausübung des Wahlrechts zu verständigen; die Geltendmachung des Anspruchs erfolgt in letzterem Falle nach Verhältnis ihrer Gesellschaftsbeteiligung; es kann auch jeder Zahlung an alle verlangen.

c) **Über das Recht auf Schadensersatz im einzelnen** s. Anm. 2 zu § 61. Hinzuzufügen ist, daß der Schaden ersetzt werden muß durch Zahlung an die Gesellschaftskasse und zwar durch Zahlung des vollen Betrages, ohne Abzug der eigenen Rate. **§ 113.** Anm. 3.

d) **Über das Eintrittsrecht im einzelnen** s. Anm. 3 zu § 61. Handelt es sich um verbotene Teilnahme bei einer gleichartigen Gesellschaft, so kann die Gesellschaft nur in die einzelnen Geschäfte, nicht etwa in die Gesellschaft überhaupt eintreten. — Hat der Gesellschafter sich bei einem Geschäft, das er für die Gesellschaft macht, eine Provision ausbedungen, so paßt dies unter keinen der hier vorgesehenen Tatbestände; aber aus anderem Grunde muß er das so Erlangte an die Gesellschaft herausgeben, nämlich auf Grund der §§ 713, 667 BGB.; § 105 Abs. 2 HGB. (vgl. Anm. 46 zu § 59 HGB.). Anm. 4.

2. **Ist eine Klage auf künftige Unterlassung gegeben?** Das ist zu bejahen (ROHG. 19, 136). Sie kann auch gerichtet werden auf Schließung des Konkurrenzgeschäfts (ROHG. ebenda) oder auf Austritt aus der konkurrenztreibenden Gesellschaft. Auch eine Feststellungsklage ist denkbar. Anm. 5.

3. **Ist ein Recht auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung gegeben?** Hierüber gilt das in Anm. 6 zu § 61 Gesagte. Anm. 6.

4. **Sind die verbotenen Sondergeschäfte gültig?** Hierüber gilt das in Anm. 7 zu § 61 Gesagte. Anm. 7.

5. **Zu alledem tritt das Recht auf Auflösung der Gesellschaft** in den geeigneten Fällen (Abs. 4). Gemeint ist nicht bloß das Recht auf Auflösung nach § 133, sondern auch auf Ausschließung nach § 140 und auf Geschäftsübernahme nach § 142 (D. 91). Anm. 8.

6. (Abs. 3.) **Die Verjährung** von 3 Monaten beginnt in dem Zeitpunkte, in welchem alle übrigen Gesellschafter Kenntnis erhalten. Daß die geschäftsführenden davon Kenntnis erhalten haben, genügt allein nicht. Es verjähren immer nur diejenigen einzelnen Ersatzansprüche, welche vor mehr als drei Monaten entstanden waren; das gilt auch bezüglich der Ansprüche aus der Beteiligung an einer anderen Gesellschaft (D. 91; Makower 205). Die fünfjährige Verjährung beginnt von der Entstehung des Anspruchs. Der § 201 BGB. findet auf keine der beiden Fristen Anwendung. Im übrigen gilt über die Verjährung (Unterbrechung, vertragsmäßiger Ausschluß, Zulässigkeit von Fristverlängerungen usw.) das bürgerliche Recht (vgl. die Ausführungen zu § 159). Anm. 9.

Zusatz. Vertragsmäßig kann auch eine Vertragsstrafe bedungen werden. Hierüber Anm. 11 zu § 61. Doch ist hier zu bemerken, daß das richterliche Ermäßigungsrecht, welches § 343 BGB. gewährt, hier wegen § 343 HGB. nicht Platz greift, wenn man den Abschluß eines Handelsgesellschaftsvertrages als Handelsgeschäft ansieht (hierüber zu § 343). Anm. 10.

§ 114.

§ 114. Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Lit.: Gorski, Geschäftsführung und Vertretung 88.

Vorbemerkung. Die §§ 114—117 handeln von der Geschäftsführung. Das Wort ist gebraucht zum Unterschiede von der Vertretung, welche nach dem Sprachgebrauch des Gesetzbuchs das Verhältnis nach außen kennzeichnet (§§ 125 ff.). Hier ist nur von dem Verhältnis nach innen die Rede. Zwar ist nach innen durch den Gesellschaftsvertag die Geschäftsführung meist denselben Gesellschaftern übertragen, denen die Vertretung nach außen obliegt. Aber begrifflich ist beides verschieden, und auch tatsächlich fällt beides nicht immer zusammen. So kann einem Gesellschafter, ohne daß ihm die Vertretungsbefugnis registerlich entzogen worden ist, durch Vertrag aufgegeben sein, sich der Geschäftsführung zu enthalten. Oder es kann umgekehrt ein Gesellschafter mit Führung von Geschäften betraut sein, der von der Vertretung ausgeschlossen ist. Anm. 1.

§ 114. In letzterer Beziehung wird es sich dann meist um tatsächliche Verrichtungen handeln (Buchführung, Prüfung von Material). Doch kann ihm auch ein Geschäftszweig übertragen werden, der mit Rechtsgeschäften verbunden ist. Er wird dadurch noch nicht vertretungsbefugter Gesellschafter, sofern diese Übertragung als beschränkte Vollmacht gelten soll; aber eine allgemeine Handlungsvollmacht kann ihm nicht übertragen werden unter gleichzeitigem Ausschluß der Vertretungsbefugnis; vielmehr würde darin die Übertragung der Vertretungsbefugnis liegen (vgl. Anm. 2 zu § 125 und Anm. 13 zu § 126).

Anm. 2. **Der vorliegende § 114 behandelt zunächst die Frage, wer zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist,** und zwar 1. (Abs. 1) die gesetzliche Regel, 2. (Abs. 2) eine etwa durch Vertrag normierte Ausnahme.

1. (Abs. 1.) **Die gesetzliche Regel** geht dahin, daß alle Gesellschafter (sowie jeder allein, im Gegensatz zu § 709 BGB.) zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet sind. (Welchen Inhalt die Geschäftsführungsbefugnis hat, hierüber siehe § 115.) Daß sie gleichmäßig verpflichtet sind zur Geschäftsführung, folgt aus § 706 BGB.; das alte HGB. hatte dies in Art. 102 ausdrücklich vorgesehen. Die Pflicht zur Geschäftsführung hat zur Folge, daß sie von jedem Gesellschafter auf Leistung der Dienste verklagt werden können (wegen Vollstreckung aus solchen Urteilen s. Anm. 30 zu § 59) und auf Schadensersatz haften wegen Säumnis und Weigerung (vgl. Erl. zu § 347). Für die Folgen ihrer Handlungen stehen sie ein, haften nach § 708 BGB. für **diligentia quam suis** und haben endlich die Verpflichtung zur Rechnungslegung (über letztere s. Anm. 8). Eine Vergütung hat der Gesellschafter für seine Tätigkeit nicht zu fordern, wenn sie nicht besonders bedungen ist oder dies aus den Umständen hervorgeht (Anm. 6 zu § 110). Wird sie besonders bedungen, so ist sie eine reine Gläubigerforderung und korrekterweise auf Separatkonto zu buchen (vgl. Anm. 2 zu § 110).

Anm. 3. Im übrigen sind auch die Vorschriften über die Pflicht zur Geschäftsführung dispositiver Natur. Eine Vertragsbestimmung, die einen Gesellschafter von der Pflicht zur Geschäftsführung entbindet, ihm aber das Recht auf sie vorbehält, ist gültig (RG. bei Holdheim 14, 47).

Anm. 4. 2. (Abs. 2). **Eine durch Vertrag festgesetzte Ausnahme.** Der Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren übertragen.

a) Der Gesellschaftsvertrag, d. h. sowohl der ursprüngliche, als auch jede spätere Abrede (D. 91; vgl. Anm. 7 zu § 109). Immer aber muß es sich um einen Rechtsakt handeln, durch den die Geschäftsführung als Recht eingeräumt werden soll. Zu unterscheiden sind hiervon Rechtsakte, aus denen nur der mandatsmäßige, widerrufliche Übertragungswille hervorgeht (Bolze 2 Nr. 1095) — daß in späteren Abreden präsumtiv dieser Wille liegt, ist nicht anzunehmen —, so wie die bloße tatsächliche Übung in der Arbeitsteilung (Hahn § 5 zu Art. 99: zweckmäßiges Arrangement der Geschäftsführung ist zu unterscheiden von unwiderruflicher Organisation der Gesellschaft).

Anm. 5. b) Die Wirkung der Übertragung ist, daß die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung, d. h. von dem Rechte und der Pflicht zur Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Berechtigt und verpflichtet zur Geschäftsführung sind also nur diejenigen, denen die Geschäftsführung übertragen ist.

Über den Inhalt des Geschäftsführungsrechts s. § 115, über die Pflicht dazu und die Folgen derselben s. Anm. 2.

Anm. 6. **Zusatz 1. Die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters** bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670 BGB., soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt (§ 713 BGB.).

a) Daraus folgt zunächst, daß der geschäftsführende Gesellschafter im Zweifel die Geschäfte einem Dritten nicht übertragen darf (§ 664 BGB.). Allein hier wird die Natur des Rechtsverhältnisses die weittragendsten Ausnahmen dieser gesetzlichen Regel zur Folge haben. Es wird in den allermeisten Fällen ja selbstverständlich sein, daß

der geschäftsführende Gesellschafter einen Teil der Geschäfte auch anderen Personen überträgt. Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Soweit er die Ausführung des Geschäfts selbst in der Hand behält, und sich nur eines Gehilfen bedient, haftet er für dessen Verschulden, wie für sein eigenes. Alles das schreibt § 664 BGB. vor. Der Gesellschafter haftet also, da er selbst regelmäßig für diligentia quam suis haftet, regelmäßig dafür, daß sein Gehilfe diejenige Sorgfalt anwendet, die er selbst, der Gesellschafter, in seinen eigenen Angelegenheiten verwendet (vgl. Planck zu § 278). **§ 114.**

b) Abweichungen von den ihm gültigerweise gegebenen Weisungen sind ihm nur gestattet, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß auch die übrigen Gesellschafter bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden (§ 665 BGB.). Anm. 7.

c) Der geschäftsführende Gesellschafter ist verpflichtet, den übrigen Gesellschaftern (vgl. Anm. 8 zu § 118) die erforderlichen Nachrichten zu geben, über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Die Rechenschaft wird normalerweise gelegt durch Vorlegung der Bücher. Wenn aber die Bücher nicht ausreichen, um über diesen oder jenen Punkt volle Aufklärung und Rechenschaft zu geben, so kann ergänzungsweise weitere Rechenschaft gefordert werden (ROHG. 25, 179, 345; RG. 30, 21). Es kann übrigens Punkte geben, zu deren Offenlegung der Gesellschafter nicht verpflichtet ist (Diskretionäre Gelder, vgl. Bolze 13 Nr. 503). Unter Umständen, wenn nämlich die Bücher in großem Umfange im Stiche lassen und die Geschäftsführung mit Einnahmen oder Ausgaben verknüpft war, kann die Rechenschaftspflicht sich zur Pflicht steigern, ordnungsmäßig Rechnung zu legen (BayOLG. im Recht 02, 349). In diesem Falle greift auch eventuell die Offenbarungseidespflicht Platz (§ 259 BGB.). Anm. 8.

d) Daß der geschäftsführende Gesellschafter allen Vorteil, den er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, der Gesellschaft zuzuführen hat (§ 667 BGB.) folgt schon aus dem Wesen der Gesellschaft. Anm. 9.

Die Gesellschaft kann daher verlangen, daß er heimliche Provision an sie herauszahlt; denn das ist ein Vorteil, den er bei der Geschäftsbesorgung erlangt hat (vgl. Anm. 4 zu § 113).

e) Unbefugte Verwendung von Gesellschaftsgeld verpflichtet den geschäftsführenden Gesellschafter zur Verzinsung. Dagegen kann er Ersatz derjenigen Auslagen verlangen, die er für erforderlich halten durfte (§§ 668, 670 BGB.). Das ordnen übrigens die §§ 110 und 111 HGB. noch außerdem ausdrücklich an. Anm. 10.

Zusatz 2. Über das Maß der bei der Geschäftsführung zu beobachtenden Sorgfalt und die Folgen der Verletzung dieser Sorgfalt gilt folgendes: Anm. 11.

1. **Der Art. 94 des alten HGB. ist gestrichen, an seine Stelle ist § 708 BGB. getreten.** Derselbe lautet: Anm. 12.

   „Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt."

2. **Zunächst haftet der Gesellschafter natürlich für die Folgen vorsätzlicher Pflichtverletzungen.** Denn für Vorsatz wird allgemein gehaftet (§ 276 BGB.). So z. B. wenn der geschäftsführende Gesellschafter einen Geschäftsführungsakt vornimmt gegen den Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters (vgl. Anm. 5 zu § 115), oder wenn ein von der Geschäftsführung Ausgeschlossener einen Geschäftsführungsakt vornimmt, oder wenn ein Gesellschafter eine Handlung vornimmt, die ihm im Gesellschaftsvertrage untersagt ist. Das ist überall vorsätzliches pflichtwidriges Handeln. Dafür wird ohne weiteres gehaftet (vgl. §§ 678, 679 BGB.; auch die analoge Deduktion bei Planck § 278 Anm. 2). Anm. 13.

3. **Außerdem aber haftet der Gesellschafter auch dafür, daß er bei der Ausübung seiner an sich pflichtgemäßen Tätigkeit sorgsam verfährt. Hier haftet er für grobes Versehen ohne** Anm. 14.

§ 114. **weiteres.** Liegt ein solches vor, so kann er sich nicht damit entschuldigen, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgsamer ist (§ 277 BGB.).

Im übrigen aber haftet er nur dafür, daß er bei Erfüllung seiner Verpflichtungen **diejenige Sorgfalt anwendet, die er auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.** Diese diligentia quam suis kann, ganz abstrakt gedacht, den regelmäßigen Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des § 275 BGB. noch verschärfen. Aber sie ist gedacht als Milderung der Sorgfalt („nur"); wenn ein Gesellschafter daher in seinen eigenen Angelegenheiten eine größere, als die gewöhnliche Verkehrssorgfalt anzuwenden pflegt, ist er gleichwohl nur zu letzterer verpflichtet (ebenso Planck Anm. zu § 277 BGB. und Goldmann-Lilienthal 138).

Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen bezieht sich auf jeden Gesellschafter, also auch auf den nichtgeschäftsführenden, doch muß es sich um eine Tätigkeit handeln, die der Gesellschafter gemäß der ihm gesellschaftlich übertragenen Geschäfte ausübt. Unbefugte Handlungen stellen Vorsatz dar (vgl. Anm. 13). Bei besonderen Aufträgen aber wird unterschieden werden müssen, ob ihm diese als Gesellschafter erteilt werden, oder durch ein besonderes Rechtsgeschäft, wie einem Fremden, wofür besonders entscheidend sein wird das Ausbedingen eines besonderen Lohnes. In letzterem Falle entscheiden die allgemeinen Haftungsgrundsätze (Motive zum BGB. II 602).

Anm. 15. 4. **Die Folgen der Verletzung der vorgeschriebenen Sorgfalt** sind hier nicht behandelt, während Art. 94 des alten HGB. die Schadensersatzpflicht festsetzte. Diese besteht natürlich auch jetzt und ist offensichtlich nur ihrer Selbstverständlichkeit wegen nicht erwähnt (vgl. Erl. zu § 347; auch D. 89). — In geeigneten Fällen kann übrigens auch Auflösung und Ausschließung die Folge sein. — Die Haftung auf Schadensersatz besteht gegenüber der Gesellschaft, so daß der Ersatz in die Gesellschaftskasse fließt, von dem Gesellschafter ohne Abzug der eigenen Rate zu zahlen ist, ihm aber indirekt zugute kommt (vgl. Bolze 7 Nr. 630). Ob ein Schaden entstanden ist, richtet sich nach dem Gesamtergebnisse des Geschäfts. Daß der Vorteil, den der Gesellschafter bei früheren Geschäften der Gesellschaft zugeführt hat, dabei nicht in Betracht kommt, hat Art. 94 des alten HGB. ausdrücklich hervorgehoben; die Vorschrift ist als selbstverständlich gestrichen (D. 89).

Anm. 16. 5. **Durch die Genehmigung der Handlung seitens der übrigen Gesellschafter** verliert dieselbe ihren pflichtwidrigen und deshalb schadensersatzpflichtigen Charakter. Die Genehmigung ist Sache der geschäftsführenden Gesellschafter.

Anm. 17. 6. **Was die Beweislast betrifft,** so hat der Gesellschafter, dem nachlässiges Verhalten nachgewiesen ist, darzutun, daß dies dem in eigenen Angelegenheiten beobachteten Verhalten entspricht (Förtsch Anm. 1 zu Art. 94; Bolze 9 Nr. 751). Eine etwaige Genehmigung hat der pflichtwidrig handelnde Gesellschafter zu beweisen.

Anm. 18. 7. **Durch Vertrag kann das Maß der Sorgfaltspflicht im voraus abgeändert werden,** verschärft sowohl als gemildert. Auch die Folgen groben Versehens können im voraus ausgeschlossen werden, nicht aber auch die Folgen von Vorsatz (§ 276 Abs. 2 BGB.). Früher nahm man an, daß man auch die Haftung wegen groben Versehens im voraus nicht erlassen könnte (vgl. 5. Aufl. § 1 zu Art. 94; besonders RG. 20, 116 u. 193; Bolze 16 Nr. 292).

Anm. 19. 8. **Über die Frage nach der Haftung für die Versehen der Substituten im Falle erlaubter Substitution** s. Anm. 6 zu diesem Paragraphen; im Falle unerlaubter Substitution liegt vorsätzliche Pflichtverletzung vor, hierüber Anm. 13; auch Planck II § 278 Anm. 2.

Anm. 20. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 22 zu § 109.

§ 115.

§ 115. Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt; widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben.

§ 115. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist.

Der vorliegende Paragraph enthält den Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis.

1. (Abs. 1.) **Die gesetzliche Regel ist, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter allein zu handeln berechtigt ist.**

a) Dies bezieht sich sowohl auf den Fall, wo allen Gesellschaftern die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung gemäß § 114 Abs. 2 getroffen, d. h. nicht einzelne Gesellschafter direkt oder indirekt von der Geschäftsführung ausgeschlossen hat, als auch auf den Fall, wo einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. In letzterem Falle ist von den nicht ausgeschlossenen jeder allein zu handeln berechtigt. Anm. 1.

b) Zu handeln ist er berechtigt, nämlich innerhalb des Rahmens des § 116. Anm. 2.

c) Und unbeschadet des Widerspruchsrechts jedes anderen geschäftsführenden Gesellschafters. Anm. 3.

Dieses Widerspruchsrecht bedarf näherer Erläuterung.

α) Der Widerspruch steht nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zu. Ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter hat kein Recht zu widersprechen.

β) Der Umfang des Widerspruchsrechts. Durch seinen Widerspruch kann jeder geschäftsführende Gesellschafter die Vornahme jeder Handlung verhindern, auch der einfachsten und dringendsten, selbst solcher, bei der Gefahr im Verzuge, und solcher, zu der die Gesellschaft rechtlich verpflichtet ist, wie Erfüllung schuldiger Verpflichtungen. Doch muß der Widerspruch vor der Vornahme der Handlung erhoben sein, er ist daher wirkungslos, wenn die Handlung schon ausgeführt ist (vgl. Puchelt Anm. 3 zu Art. 102). Er muß sich ferner gegen die Vornahme einer bestimmten Handlung oder gegen eine Reihe bestimmter Handlungen (vgl. Bolze 17 Nr. 526) richten, während ein allgemeines Verbot gegen die Geschäftsführung eines Gesellschafters unbeachtlich ist (HAG. Nürnberg in Busch Arch. 18, 151; Makower I 209; Knoke 59). Aus der Natur der Sache folgt, daß der Gesellschafter durch seinen Widerspruch Akte, die gegen ihn selbst gerichtet sind, z. B. die Erhebung von Regreßansprüchen gegen ihn, nicht hindern kann. Anm. 4.

γ) Die Wirkung des Widerspruchs ist, daß die betreffende Handlung unterbleiben muß, selbst wenn sie noch so wichtig und dringend wäre. Inwieweit der Richter in die Geschäftsführung eingreifen kann, darüber s. Anm. 9. Unsachgemäßer Widerspruch kann zu Schadensersatz verpflichten, wohl auch, besonders wenn er wiederholt und schikanös erfolgt, zur Auflösung und Ausschließung. Gegen den Anspruch auf Schadensersatz kann der, der das Geschäft unberechtigt abgeschlossen hat, nicht einwenden, daß er nur zur Zahlung Zug um Zug gegen Rückgabe dessen, was durch das Geschäft der Gesellschaft zugeflossen ist, verpflichtet sei. §§ 723, 274 BGB. greifen hier nicht Platz (RG. 54, 237). Immer aber wirkt der Widerspruch nur auf das Verhältnis der Gesellschafter unter einander. Die gleichwohl vorgenommene Handlung ist gültig, wenn der Gesellschafter innerhalb seiner Vertretungsbefugnis gehandelt hat. Allein sie geht auf Gefahr des Geschäftsführers und ist eine unberechtigte Handlung, für welche er nicht bloß mit diligentia quam suis haftet, vielmehr liegt eine vorsätzlich begangene Pflichtverletzung vor, für deren Folgen er ohne weiteres haftet (§§ 678, 679 BGB., vgl. auch Anm. 13 zu § 114). Daß er die Handlung den Umständen nach als im Interesse der Gesellschaft liegend erachten durfte, entschuldigt den Gesellschafter in solchem Falle nicht. Durch den Beweis aber, daß sie dem Interesse der Gesellschaft wirklich entsprochen hat, wird zwar nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung, wohl aber die Verpflichtung zum Schadensersatze beseitigt (OLG. Hamburg in ZHR. 35, 230). Anm. 5.

§ 115. 2. (Abs. 2.) **Der Gesellschaftsvertrag kann auch Gesamtgeschäftsführung anordnen.**

Anm. 6. a) Der Gesellschaftsvertrag kann dies anordnen. Vgl. hierüber Anm. 4 zu § 114.

b) Für die Gesamtgeschäftsführung spricht nicht die Vermutung. Sie ist, wie der vorliegende Paragraph ergibt, die Ausnahme. Ist daher mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung ohne nähere Bezeichnung übertragen, so steht sie jedem einzeln zu.

Anm. 7. c) Die Wirkung ist, daß kein Akt der Geschäftsführung vorgenommen werden darf, ohne Zustimmung aller Gesellschafter, die gesamt zur Geschäftsführung berechtigt sind (es sei denn, daß nach dem Vertrage die Mehrheit entscheidet; § 119 Abs. 2). Nur wenn Gefahr im Verzuge ist, kann jeder von ihnen allein handeln. — Es ist dabei zu bemerken, daß die Gesamtvertretung (d. h. die mehreren Gesellschaftern gesamt zustehende Berechtigung, die Gesellschaft nach außen zu vertreten) zu eigenmächtigem Handeln bei Gefahr im Verzuge nicht berechtigt. Der Dritte kann sich daher auf diesen Paragraphen nicht berufen, wenn ein gesamtberechtigter Gesellschafter wegen Gefahr im Verzuge eigenmächtig handelt (Behrend § 69 Anm. 7 und § 72 Anm. 12). — Gefahr im Verzuge liegt vor, wenn ein wirklicher Schaden auf dem Spiele steht, auch schon dann, wenn der Verlust eines Gewinns zu befürchten ist (dagegen Goldmann Anm. 21 und Oelske 11, jedoch zu Unrecht, weil es für einen Kaufmann eine gleichgroße Gefahr sein kann, Geld nicht zu gewinnen, als es zu verlieren). Auch bei Gefahr im Verzuge muß wenigstens der Versuch gemacht werden, sich der Zustimmung der anderen Gesellschafter zu vergewissern, es sei denn, daß dieser Versuch von vornherein aussichtslos ist. Kann er die Zustimmung aller Gesellschafter nicht erlangen, so muß er doch möglichst viele Zustimmungen zu erlangen suchen; sonst macht er sich verantwortlich (Hahn § 3 zu Art. 100; HAG. Nürnberg in ZHR. 21, 526). Liegt Gefahr nicht vor, so ist unbedingt die Zustimmung der anderen geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich, und nicht etwa dann entbehrlich, wenn dieselben abwesend oder krank sind und daher ihre Zustimmung nicht zu erreichen ist: vielmehr muß alsdann das Geschäft unterbleiben. Auch handelt es sich hier überall nur um gewöhnliche Geschäfte, für außergewöhnliche ist ein gemeinsamer Beschluß aller Gesellschafter, auch der nicht geschäftsführenden, erforderlich (§ 116 Abs. 2).

Anm. 8. **Zusatz 1. Die Geschäftsführung kann im Gesellschaftsvertrage noch anders geregelt sein.** Es kann z. B. bestimmt werden, daß die beiden Gesellschafter A und B nur gemeinsam handeln dürfen, der Gesellschafter C aber allein. Alsdann liegt eine Kombination zwischen Absatz 1 und 2 dieses Paragraphen vor. A und B dürfen in solchen Fällen nur gemeinsam handeln, außer, wenn Gefahr im Verzuge ist, C kann stets allein handeln. A und B müssen sich aber eines Aktes enthalten, dem C widerspricht; und C muß sich jedes Aktes enthalten, dem A und B gemeinsam widersprechen. Ferner kann z. B. bestimmt sein, daß gewisse Geschäfte (z. B. Grundstücksverkäufe) nur mit schriftlicher Genehmigung aller Gesellschafter zulässig sein sollen (RG. 54, 237), oder, daß der Widerspruch nur aus sachlichen Gründen gestattet ist; welche letztere Bestimmung sich zur Vermeidung schikanösen Widerspruchs empfiehlt.

Es kann ferner auch angeordnet werden, daß stets oder in gewissen Fällen Mehrheitsbeschlüsse einzuholen sind. Über diese s. Anm. 2ff. zu § 119.

Anm. 9. **Zusatz 2. Kann der Richter in die Geschäftsführung eingreifen?** Der Richter kann nicht einen Geschäftsführungsakt anordnen, dem ein widerspruchsberechtigter Gesellschafter widerspricht; denn der Widerspruch ist dessen Recht, das durch Zweckmäßigkeitsfragen nicht beseitigt wird (RG. 12, 33). Eine Klage auf Zustimmung gibt es nur dann, wenn der Widersprechende sich vorher zur Genehmigung verpflichtet hatte (Planck Anm. 1 zu § 709); ferner in dem Anm. 8 erwähnten Fall, daß der Widerspruch aus sachlichen Gründen zulässig ist; nicht aber (wie Knoke 57, Dernburg II § 358 und Oelske 11 annehmen), wenn die Gesellschafter durch die Weigerung ihre Pflicht zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verletzen würden. Das Widerspruchsrecht ist in § 115 allgemein gegeben und nach Willkür, nur mit der Verpflichtung zum Schadensersatz (Anm. 5), auszuüben. — Wohl aber kann der Richter einen Akt der Geschäftsführung verbieten, dem ein Gesellschafter widersprochen hat. Das ergibt sich aus

dem gleichen Grunde: weil der Widerspruch das Recht des Gesellschafters ist und der Richter nur seine Befugnisse erfüllt, wenn er dem Rechte zur Seite steht. Daraus ergibt sich auch die Befugnis des Richters, durch Urteil oder einstweilige Verfügung ein für alle Male Geschäftsführungsakte bestimmter Art zu verbieten, welche mit der Vereinbarung der Gesellschafter im Widerspruche stehen (Bolze 17 Nr. 526) oder mit einem zulässigen Mehrheitsbeschlusse (Anm. 8). § 115.

Zusatz 3. Übergangsfragen. Hierüber s. Anm. 22 zu § 109. Anm. 10.

§ 116.

Die Befugniß zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. § 116.

Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich.

Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Ertheilung oder zur Mitwirkung bei der Ertheilung befugten Gesellschafter erfolgen.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, daß sich das selbständige Recht zur Geschäftsführung nur auf gewöhnliche Betriebsgeschäfte bezieht (Abs. 1). Gleichzeitig bestimmt er, wie bei ungewöhnlichen Geschäften zu verfahren ist (Abs. 2), insbesondere bei der Erteilung und dem Widerruf der Prokura (Abs. 3). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Das selbständige Recht zur Geschäftsführung bezieht sich nur auf gewöhnliche Betriebsgeschäfte.** Einer Erläuterung bedarf dieser Satz nicht. Der Begriff der gewöhnlichen Betriebsgeschäfte ergibt sich aus dem Gegensatze zu den ungewöhnlichen. Siehe Anm. 2. Es ist nur in Betracht zu ziehen das Handelsgewerbe der betreffenden Gesellschaft. Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Zu den ungewöhnlichen Betriebsgeschäften ist ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich.** Anm. 2.

a) **Voraussetzung ist ein ungewöhnliches Geschäft,** genauer ein Geschäft, das der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft nicht mit sich bringt, sei es, daß es zwar zum Betriebe gehört, aber von außergewöhnlicher Natur ist, oder daß es dem Gesellschaftszwecke gänzlich fremd ist (vgl. die Fassung des früheren Art. 103). Überall ist hier der Gesellschaftsvertrag und der tatsächliche Geschäftsbetrieb maßgebend. Bei der Frage nach der Ungewöhnlichkeit insbesondere ist nicht bloß auf die Art des Geschäfts, sondern auch auf die Größe und Gefährlichkeit zu sehen (ROHG. 20, 244). So werden als ungewöhnlich zu gelten haben: sehr erhebliche Kreditgewährung, sei es in bezug auf Höhe oder auf Länge der Zeit, sehr erhebliche Käufe von Waren, zumal von solchen, deren Umsatzfähigkeit zweifelhaft ist oder deren Preis schwankt; ferner z. B. bei Fabrikationsgeschäften erhebliche Fabrikerweiterung (OLG. Bamberg in OLGR. 3, 276). Die Errichtung und Aufhebung einer Zweigniederlassung dürfte nicht über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen; jedoch ist auch dies nach Lage der Sache des betreffenden Geschäfts zu beurteilen. Die Ungewöhnlichkeit in diesem Fall absolut anzunehmen (wie es Tenzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, 272, tut), geht zu weit. Bei Geschäften, deren Betrieb darin besteht, daß sie in großer Zahl Zweigniederlassungen errichten, kann Errichtung und Aufgabe etwas über den gewöhnlichen Betrieb nicht Hinausgehendes sein. Die Erteilung von Handlungsvollmachten, das Engagement von Handlungsgehilfen ist je nach der Lage des Einzelfalles bald ein gewöhnliches, bald ein ungewöhnliches Geschäft (vgl. Anm. 11). Die Erteilung von Auskünften an Geschäftsfreunde „gehört zu den gewöhnlichen Vorkommnissen im kaufmännischen Geschäftsleben" (RG. 20, 194).

§ 116. Anm. 3. b) **Beim Vorliegen dieser Voraussetzung ist ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich,** auch bei Gefahr im Verzuge (ROHG. 20, 247), und auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter müssen zustimmen. Die Vorschrift der Einstimmigkeit findet jedoch ihre Grenze in der Erwägung, daß bei Beschlüssen, welche sich gegen einen Gesellschafter richten, dieser nicht zuzustimmen braucht, so z. B. wenn es sich darum handelt, ihn zu verklagen, oder ihn zu entlasten, oder ihn für Schaden verantwortlich zu machen. Ferner kann der Vertrag bestimmen, daß die Mehrheit entscheidet (§ 119 Abs. 2); er kann auch überhaupt abweichendes festsetzen z. B., daß auch zu ungewöhlichen Handlungen Zustimmung nicht nötig ist (§ 109). Über die Form der Berufung und Zustimmung sagt das Gesetz nichts, es gelten daher allgemeine Grundsätze, insbesondere Formlosigkeit der Zustimmungserklärung.

Anm. 4. c) **Die Wirkung des zustande gekommenen Beschlusses** ist, daß der Beschluß von den geschäftsführenden Gesellschaftern auszuführen ist. Ein Widerspruch seitens eines Gesellschafters ist nunmehr wirkungslos, es sei denn, daß der Beschluß aus gesetzlicher Ursache (wegen Betrugs oder Zwangs) angefochten wird. Von diesem Beschlusse abzuweichen, ist den anderen Gesellschaftern in der Regel nicht gestattet; nur dann darf solche Abweichung erfolgen, wenn der den Beschluß ausführende Gesellschafter den Umständen nach annehmen darf, daß die, welche die Weisung erteilt haben, bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden. Von der Abweichung hat jedoch der den Beschluß ausführende Gesellschafter den Weisungserteilern Anzeige zu machen und deren Entschließung abzuwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr im Verzuge ist (§§ 713, 665 BGB.). Weicht er sonst ab, so handelt er unrechtmäßig und verletzt seine Pflicht. Daraus folgt die unbedingte Pflicht zum Schadensersatz (vgl. Anm. 5 zu § 115), wozu möglicherweise andere Folgerungen treten.

Anm. 5. d) **Die Folge des Nichtzustandekommens des Beschlusses** ist, daß das Geschäft unterbleiben muß, selbst wenn es noch so wichtig und heilbringend, die Unterlassung aber noch so unheilvoll für die Gesellschaft wäre. Doch ist zu beachten, daß der Beschluß nur nach innen in Frage kommt. Der nach außen vertretungsberechtigte Gesellschafter kann das Geschäft trotzdem gültig vornehmen (vgl. KG. in KGJ. 23 A S. 122, welches die Folgerung zieht, daß auch der Grundbuchrichter, wenn vertretungsberechtigte Gesellschafter Anträge stellen, nicht zu prüfen hat, ob die Handlung eine ungewöhnliche ist). Dies gilt auch, wenn der Dritte wußte, daß es sich um ein unbefugtes Geschäft handelt und die Zustimmung der anderen Gesellschafter fehlt. Das begründet noch keine Kollusion (vgl. Bolze 5 Nr. 747; über die Kollusion überhaupt § 126 Anm. 15). Nur geht das Geschäft dann auf Gefahr des ausführenden Gesellschafters, und seine Handlungsweise ist eine unberechtigte, für die er nicht bloß mit diligentia quam suis haftet (vgl. Anm. 5 zu § 115). Doch kann die Handlung auch nachträglich von den anderen Gesellschaftern genehmigt werden.

Anm. 6. 3. (Abs. 3). **Besonders hervorgehoben ist die Erteilung und der Widerruf der Prokura.**

a) **Die Erteilung der Prokura.** Die in dieser Beziehung hier gegebene Vorschrift regelt nur das Verhältnis nach innen, mit Wirkung gegen Dritte kann nach § 126 Abs. 1 jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter die Prokura erteilen. Der Registerrichter kann daher die Eintragung der Prokura nicht deshalb ablehnen, weil nicht alle geschäftsführenden Gesellschafter zugestimmt haben (Behrend § 69 Anm 20). Es ist ferner hervorzuheben, daß die Vorschrift dispositiver Natur ist (§ 100), durch den Gesellschaftsvertrag also abgeändert werden kann. Wo sie aber Platz greift, da muß bei Erteilung der Prokura die Einwilligung aller nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeholt werden. Eine Ausnahme macht der Fall der im Verzuge liegenden Gefahr. In diesem Falle (wann er vorliegt, darüber s. Anm. 7 zu § 115) kann jeder geschäftsführende Gesellschafter den Prokuristen ernennen, selbst bei Gesamtgeschäftsführung (vgl. § 115 Abs. 2), auch beim Widerspruch eines anderen Gesellschafters (vgl. Anm. 7), jedoch nur als vorläufige Maßregel, die, sobald tunlich, durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen ist (OLG. Dresden in ZHR. 35, 230).

b) **Der Widerruf der Prokura.** Er steht jedem zu, der zur Erteilung oder auch nur zur Mitwirkung bei der Erteilung befugt ist, also auch jedem einzelnen von mehreren gesamt geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern, auch wenn Gefahr im Verzuge ist. Der Widerspruch eines anderen Gesellschafters verpflichtet ihn nicht, den Widerruf zu unterlassen; das ergibt sich daraus, daß die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen Ausnahmen sind von den Regeln des § 115 (D. 92). § 116. Anm. 7.

Auch hier ist zu betonen, daß die Vorschrift nur für das Verhältnis nach innen maßgebend ist, während nach außen § 126 Platz greift. Dadurch können Inkongruenzen entstehen, da sich die Geschäftsführungsbefugnis mit der Vertretungsbefugnis nicht zu decken braucht. Dem Prokuristen gegenüber entscheidet hier die Vertretungsbefugnis, weil der Prokurist ein Dritter ist und ihn daher nicht die Geschäftsführungsbefugnis, sondern die Vertretungsbefugnis angeht. Unter den Gesellschaftern begründet dies Ansprüche auf Mitwirkung bei dem Widerruf und bei der Anmeldung usw. Wenn sich aber Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis decken, so ergibt sich aus dieser Vorschrift, daß der geschäftsführende Gesellschafter auch ungeachtet des Widerspruchs der anderen die Prokura widerrufen kann. Anm. 8.

Es ist ferner zu betonen, daß nur der Widerruf, nicht auch die Beschränkung der Prokura unter die Sondervorschrift dieses Paragraphen fällt. Die Beschränkung der Prokura (natürlich nur mit Wirkung nach innen, z. B. das Recht, dem Prokuristen zu untersagen, für die Gesellschaft Wechsel zu akzeptieren) ist nicht ohne weiteres dem Gesellschafter gestattet, der zur Mitwirkung bei der Erteilung befugt ist. Vielmehr entscheiden hierüber die sonstigen Vorschriften über die Geschäftsführung (Bolze 3 Nr. 792; anders Riesser in ZHR. 42, 322). Anm. 9.

Und endlich ist hervorzuheben, daß für das Verhältnis nach innen zunächst der Vertrag maßgebend ist, der Abweichendes verordnen (RG. 2, 34), insbesondere bestimmen kann, daß der Widerruf nur mit Zustimmung aller Gesellschafter oder mit Genehmigung eines bestimmten Gesellschafters erfolgen darf. Bei Zuwiderhandlungen gegen solche Vertragsbestimmungen bleibt der Widerruf zwar gültig, aber es kann der Gesellschafter, dessen Vertragsrechte verletzt sind, dieselben geltend machen, durch Klage auf Wiederherstellung der Prokura, Schadensersatz, Auflösung oder Ausschließung oder endlich durch Selbsterteilung der Prokura (RG. 2, 34). Anm. 10.

c) **Die Vorschriften beziehen sich nicht auf die Erteilung und den Widerruf von Handlungsvollmachten** oder auf die Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen. Hierfür sind die übrigen Paragraphen anwendbar, je nachdem es sich um ein gewöhnliches oder ungewöhnliches Geschäft handelt. Die Anstellung eines Betriebsleiters z. B. mit ungewöhnlich hohem Gehalt oder auf ungewöhnlich lange Zeit ist ein ungewöhnliches Geschäft, desgleichen die Bestellung eines Generalbevollmächtigten für die Gesellschaft. Anm. 11.

Zusatz. Übergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 22 zu § 109. Anm. 12.

§ 117.

Die Befugniß zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. § 117.

Der vorliegende Paragraph regelt die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung (von der Entziehung der Vertretungsbefugnis ist im § 127 die Rede).

1. **Die Vorschrift bezieht sich auf jede Art der Geschäftsführungsbefugnis** (anders § 712 BGB., der sich nur auf die vertragsmäßige Geschäftsführung bezieht), sie mag auf Gesetz oder Vertrag, also auf § 114 Abs. 1 oder Abs. 2 beruhen, sie mag Gesamtbefugnis oder Einzelbefugnis sein. Aber wohl zu unterscheiden ist das Recht der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis von der Entziehung der Vertretungsbefugnis nach § 127. Es kann die Geschäftsführungs- Anm. 1.

§ 117. befugnis entzogen werden ohne gleichzeitige Entziehung der Vertretungsbefugnis; doch wird sich in der Praxis beides meist in einem Antrage vereinigen (vgl. hierüber auch Anm. 1 zu § 127).

Anm. 2. 2. **Die Geltendmachung des Entziehungsrechts** erfolgt durch eine Klage der „übrigen Gesellschafter", d. h. aller übrigen (nicht nur der geschäftsführenden) Gesellschafter (vgl. den gleichen Ausdruck im § 140) gegen den Gesellschafter, dem das Recht der Geschäftsführung entzogen werden soll. Ein Beschluß der übrigen Gesellschafter genügt allein nicht. Der Beschluß kann nur dahin gehen, daß die Entziehung der Geschäftsführung gerichtlich angetragen werden soll. Auch der Vertrag kann nicht bestimmen, daß der bloße Beschluß genügt (vgl. Anm. 5). Das Urteil hat konstitutive Bedeutung (im Gegensatz zu § 712 BGB.); denn die Entziehung erfolgt „durch gerichtliche Entscheidung". Der Klage vorangehen oder sie begleiten kann ein Antrag auf einstweilige Verfügung, durch welche die Geschäftsführung vorläufig entzogen werden kann (vgl. ROHG. 16, 72; RG. 22, 170). Das Urteil sowohl, wie die dem Antrage stattgebende einstweilige Verfügung ist nicht zur Eintragung in das Handelsregister geeignet, weil sie sich nicht auf die Vertretungsbefugnis nach außen beziehen. (Über den Unterschied zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis s. Vorbem. zu § 114.) Durch Auflösung der Gesellschaft ist die Geschäftsführungsbefugnis ohne weiteres erloschen, so daß eine Klage auf Entziehung abzuweisen ist, wenn die Gesellschaft aufgelöst ist (OLG. Celle im Recht 05, 22).

Anm. 3. 3. **Der Grund des Widerrufs** ist das Vorhandensein eines wichtigen Grundes, besonders grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Die letztere braucht nicht verschuldet zu sein (z. B. hochgradige Nervosität, Geisteskrankheit). Die erstere liegt z. B. in dem Mißbrauch der Firma für private Zwecke (ROHG. 20, 267).

Anm. 4. 4. **Die Wirkung der Entziehung** ist, soweit der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall besondere Vorschriften nicht enthält, daß das Geschäftsführungsrecht des betreffenden Gesellschafters erlischt. Für den Fall, daß durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung abweichend von § 114 Abs. 1 geordnet ist, fällt diese abweichende Ordnung hiermit weg, und es steht nunmehr die Geschäftsführungsbefugnis allen anderen Gesellschaftern gemäß § 115 Abs. 1 zu (ebenso Goldmann-Lilienthal 751 Anm. 63, Knoke 65; abweichend Goldmann Anm. 8, zum Teil auch Lehmann-Ring Nr. 5). Wollte man diese einfache Regel nicht gelten lassen, so käme man unter Umständen zu unlösbaren Schwierigkeiten. Wie sollte sich z. B. die Geschäftsführung gestalten, wenn von den Gesellschaftern A, B und C die ersteren beiden gesamtberechtigt, C aber von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist? Soll, wenn dem A die Geschäftsführung entzogen ist, B nunmehr Einzelberechtigung zur Geschäftsführung haben? Das wäre willkürlich und widerspräche der Absicht der Gesellschafter, da ja B nur gesamtberechtigt sein sollte. Soll umgekehrt angenommen werden, daß, da er nur gesamtberechtigt sein sollte, er nunmehr überhaupt aufhört, geschäftsführungsberechtigt zu sein? Dann entsteht die Frage: Wer ist nunmehr geschäftsführungsberechtigt? Niemand? oder C? Dann würde dieser durch die Beseitigung des A größere Rechte erlangen als B, obwohl ja dieser vorher mehr Rechte hatte als A. Alle diese Schwierigkeiten fallen fort, wenn einfach angenommen wird, daß die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis des einen Gesellschafters die vertragliche Anordnung der Geschäftsführung überhaupt umstößt.

Anm. 5. 5. **Durch Vertrag kann auch diese Bestimmung geändert werden.** Es können die wichtigen Gründe festgesetzt, sie können erweitert und eingeengt werden. Nur dort findet die Vertragsfreiheit ihre Grenzen, wo die Vereinbarungen gegen die guten Sitten verstoßen würden (§ 138 BGB.). Das würde z. B. der Fall sein, wenn man vereinbaren würde, auch bei Veruntreuungen oder sonstigen dolosen Handlungen dürfte man von der Entziehungsbefugnis keinen Gebrauch machen. Daraus folgt, daß ein allgemeiner Verzicht auf das Entziehungsrecht insoweit ungültig ist. Durch Vertrag kann aber jedenfalls nicht vereinbart werden, daß der bloße Beschluß der Gesellschafter zur Entziehung der Geschäftsführung genügt. Das wäre ein Verzicht auf den Rechtsweg, der nicht zulässig wäre (D. 93).

Zusatz 1. Außerdem kann durch einstweilige Verfügung das Recht der Geschäftsführung entzogen werden in den Fällen, wo eine solche provisorische Regelung beantragt wird und sich als erforderlich erweist **zur Vorbereitung und Sicherung des Rechts auf Auflösung oder Ausschließung,** also als Vorläufer oder Begleiter einer darauf gerichteten Klage. Diese Maßregel ist auch dann zulässig, wenn ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Recht zur Entziehung der Geschäftsführung vorliegt. Dies wurde auch unter der Herrschaft des früheren Rechts angenommen (vgl. 5. Aufl. § 1b zu Art. 102; Behrend § 69 Anm. 11; Förtsch Anm. 2 zu Art. 102) und dürfte auch jetzt Rechtens sein. Die in der CPO. aufgestellte allgemeine Regel, daß der Richter nach freiem Ermessen zur Vermeidung von nachteiligen Veränderungen des bestehenden Zustandes Maßregeln anordnen kann (§ 938 CPO.), sollte durch die vorliegende Vorschrift nicht geändert werden.

§ 117. Anm. 6.

Ein solcher Antrag auf Entziehung der Geschäftsführung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter gestellt werden, soweit das Hauptrecht (z. B. das Recht auf Auflösung) einem einzelnen Gesellschafter zusteht. Ein solcher Antrag kann auch dahin gehen, daß die Geschäftsführung allen Gesellschaftern entzogen und einer dritten Person übertragen wird (§ 938 Abs. 2 CPO.; ROHG. 16, 72; RG. 22, 170). Die Vergütungen für die Tätigkeit des Dritten fallen der Geschäftskasse zur Last (RG. 22, 170). Wohl zu unterscheiden sind solche Anträge von den Anträgen auf Entziehung der Vertretungsbefugnis (hierüber s. § 127).

Zusatz 2. Kann auch der Gesellschafter die Geschäftsführung niederlegen? Die Frage ist unbedenklich für den Fall zu bejahen, daß das Recht auf Geschäftsführung auf Vertrag beruht. § 712 Abs. 2, § 671 Abs. 2, 3 BGB. geben dies Recht aus wichtigen Gründen. Dagegen kann die Ansicht der 6./7. Aufl., daß auch dem Gesellschafter, dem gesetzlich die Geschäftsführung zusteht, die Niederlegung gestattet ist, nicht aufrecht erhalten werden. Der Wortlaut des § 712 Abs. 2, der sich offensichtlich nur auf die vertragsmäßige Übertragung bezieht, läßt eine derartige Annahme nicht zu. Es ist zwar zuzugeben, daß dadurch, daß § 117 HGB. auch bei der auf Gesetz beruhenden Geschäftsführung das Recht zur Entziehung im Gegensatz zu § 712 gibt, die Nichtgewährung des Niederlegungsrechts für diesen Fall eine Unstimmigkeit in die Vorschriften hineinbringt, trotzdem kann diese doch weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des Gesetzes fortinterpretiert werden (ebenso Goldmann-Lilienthal 754 Anm. 20, Knoke 66; dagegen Goldmann Anm. 13). Es gilt daher das Recht der Niederlegung nur bei auf Vertrag beruhender Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis, jedoch nur, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Legt der Gesellschafter nieder, ohne daß die anderen Gesellschafter Ersatz schaffen können, so muß er den aus der unzeitigen Kündigung der Gesellschaft erwachsenden Schaden ersetzen (§ 671 Abs. 2 BGB.); aber auch hiervon wird er befreit, wenn er einen wichtigen Grund hatte zur unzeitigen Kündigung. Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Kündigung ändert an diesem Rechte des Gesellschafters nichts (§ 671 Abs. 3 BGB.). — Über die Wirkung der Niederlegung s. Anm. 4; es muß hier das gleiche gelten.

Anm. 7.

Bei gesetzmäßiger Übertragung kann der Gesellschafter sich nur dadurch von der Geschäftsführung befreien, daß er bei Vorliegen eines gesetzlichen Grundes die Gesellschaft kündigt.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Hierüber s. Anm. 22 zu § 109. Anm. 8.

§ 118.

§ 118.

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

§ 118. **Der vorliegende Paragraph gibt jedem Gesellschafter ein persönliches Kontrollrecht** (Abs. 1) und bestimmt die Wirkungen eines vertragsmäßigen Verzichts (Abs. 2). (Der § 716 BGB. enthält eine fast gleichlautende Vorschrift für die bürgerliche Gesellschaft.)

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Das hier vorgesehene Kontrollrecht** ist:

a) ein Recht auf Einsicht, nicht auf Herausgabe. Die letztere kann nur nach Maßgabe der §§ 45—47 im Prozesse verlangt werden. Das Recht zur Einsicht schließt das Recht des Eintritts in das Geschäftslokal in sich; eine Hervorhebung dieses letzteren Rechts, wie im Art. 105 des alten HGB., war daher nicht notwendig.

Anm. 2. b) Es erstreckt sich auf alle Bücher, in denen die Verhältnisse der Gesellschaft verzeichnet sind, selbst wenn der buchführende Gesellschafter unzulässigerweise die Gesellschaftsgeschäfte zum Teil in seinen Privatbüchern eingezeichnet hat (ROHG. 6, 296).

Anm. 3. c) Es ist allen Gesellschaftern gegeben, auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Aber es ist ihnen nur persönlich gegeben (daher unabtretbar, vgl. § 109 Anm. 14). Ausübung durch gesetzliche Vertreter ist zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber durch Bevollmächtigte, auch durch den Ehemann trotz seiner Verwaltungsrechte (AppG. Köln in Busch Arch. 2, 173). Nicht aber ist dem Gesellschafter verwehrt, Dritte zuzuziehen (ROHG. 7, 71). Aber auch nicht jeder Dritte, sondern nur ein Sachverständiger kann zugezogen werden, und auch dieser nicht, wenn eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen durch seine Zuziehung zu befürchten ist, etwa weil er Konkurrent oder sonst vertrauensunwürdig ist (vgl. RG. 25, 88). Am besten wird ein gerichtlicher Bücherrevisor zugezogen. Die Kosten hat der zuziehende Gesellschafter zu tragen.

Anm. 4. d) Der Paragraph bezieht sich nicht auf das Stadium der Liquidation (ROHG. 7, 71). Hier sind andere Vorschriften entscheidend.

Anm. 5. e) Das Kontrollrecht ist nicht übertragbar (Anm. 14 zu § 109).

Anm. 6. 2. (Abs. 2.) **Ein vertragsmäßiger Verzicht** auf dieses Kontrollrecht wird wirkungslos, sobald Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung vorliegt. Es braucht also nicht, wie früher nach Art. 105, eine Unredlichkeit gerade nachgewiesen zu sein; der begründete Verdacht genügt. Der Begriff der Unredlichkeit geht weiter, als der Begriff Betrug. Zu jener ist jede bewußte Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen zu eigenem oder fremdem Vorteil ausreichend; Täuschung oder Vorspiegelung sind dabei nicht notwendig.

Anm. 7. **Zusatz 1. Das Recht auf Einsicht der Bücher begründet in Verbindung mit §§ 114 und 38 ff. gegen die geschäftsführenden Gesellschafter den Anspruch auf Führung der Bücher**, und zwar auf korrekte Führung. Es kann daher auch auf Berichtigung und Vervollständigung geklagt werden.

Anm. 8. **Zusatz 2.** Das Kontrollrecht des einzelnen Gesellschafters ist in diesem Paragraph erschöpfend geregelt.

Ein Recht auf Rechnungslegung gegen den geschäftsführenden Gesellschafter steht daneben der Gesellschaft zu und auch dem einzelnen Gesellschafter Es finden die §§ 713, 666 BGB. hier Anwendung. Nach § 666 BGB. ist die Rechnung dem „Auftraggeber" zu legen. Im inneren Verkehr aber steht dem Gesellschafter nicht die Gesellschaft, sondern der einzelne Gesellschafter gegenüber, dem er persönlich zu den den Gesellschaftszweck bildenden Handlungen verpflichtet ist (so gegen 6./7. Aufl. und OLG. Kiel im Recht 04, 166: Goldmann Anm. 11 und BayObLG. im Recht 02, 349). Weiteres über die Rechnungslegungs- und die ev. Offenbarungseidspflicht s. in Anm. 6 ff. zu § 114.

Anm. 9. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 22 zu § 109.

§ 119.

§ 119. Für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse bedarf es der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen. § 119.

1. **Im Absatz 1 wird bestimmt, daß zu Beschlüssen der Gesellschafter Einstimmigkeit erforderlich ist.** Es müssen also alle die Gesellschafter zustimmen, welche zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen sind. Es ist damit nicht gesagt, daß stets alle Gesellschafter zustimmen müssen, aber für die Regel ist dies anzunehmen. Auch besteht hier keine Vorschrift und ist nicht etwa aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder analog anzunehmen, daß grundsätzlich der Gesellschafter vom Mitstimmen ausgeschlossen ist, gegen den der Rechtsakt sich richtet oder mit dem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll. Aber im einzelnen sind solche Vorschriften gegeben (vgl. z. B. § 113 Abs. 2). In welchen Fällen Beschlüsse der Gesellschafter erforderlich sind, darüber verfügt nicht dieser Paragraph, sondern andere, z. B. § 113 Abs. 2, § 116 Abs. 2, § 131 Nr. 2. Anm. 1.

2. **Der Gesellschaftsvertrag kann aber anordnen, daß Mehrheit entscheidet.** Für diesen Fall gibt Absatz 2 eine Auslegungsregel, nämlich dahin, daß im Zweifel „die Zahl der Gesellschafter" entscheidet. Damit soll gesagt sein, daß nicht die Höhe der Kapital- oder Gewinnanteile entscheidet. Unter der Zahl der Gesellschafter ist natürlich die Zahl der zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter verstanden, nicht die Zahl aller Gesellschafter; der, gegen den der Beschluß sich richtet, zählt unter Umständen auch hier nicht mit (vgl. Anm. 1). Anm. 2.

Aber, wie gesagt, dies ist nur eine Auslegungsregel. Der Vertrag kann anders verfügen: Der Vertrag kann bestimmen, daß die Mehrheit sich berechnet nach der Kapitalbeteiligung, oder nach der Gewinnbeteiligung oder daß ein bestimmter Gesellschafter mehrere Stimmen hat usw. Anm. 3.

Es ist auch vom Gesetze nicht gesagt, wie die Mehrheit zu berechnen ist, wenn mehr als eine Ansicht in Frage ist, wenn also z. B. drei Arten von Voten abgegeben werden können, ob in diesem Falle absolute oder relative Mehrheit entscheidet. Für diesen Fall wird man die Auslegungsregel des § 251 entsprechend heranziehen müssen (absolute Mehrheit, d. h. eine Stimmenzahl, welche die Hälfte der abgegebenen Stimmen übersteigt).

Unter allen Umständen aber müssen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag anders bestimmt, vor der Entscheidung die Gesellschafter gehört werden, selbst wenn die Mehrheit entscheidet und bereits in der Frage entschlossen ist. Eine Entscheidung setzt eine Beratung oder wenigstens Befragung voraus. Anm. 4.

Und endlich ist nicht gesagt, in welchen Fällen denn überhaupt Mehrheitsbeschlüsse zulässig sind. Der vorliegende Paragraph denkt ja nur an diejenigen Fälle, in denen nach den gesetzlichen Vorschriften Beschlüsse der Gesellschafter erforderlich sind. Für diesen Fall sieht unser Paragraph auch die statutarische Zulassung von Mehrheitsbeschlüssen vor und gibt für den Fall dieser Zulassung eine Auslegungsregel. Aber der Gesellschaftsvertrag kann auch sonst Mehrheitsbeschlüsse für erforderlich und genügend halten. Derartige Vereinbarungen sind gültig bis zu der Grenze, die allen vertraglichen Vereinbarungen innewohnt. Es dürfen nicht zwingende Vorschriften oder die guten Sitten entgegenstehen. So ist es z. B. unzulässig, zu bestimmen, daß durch Beschluß, also auch durch Mehrheitsbeschluß einem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden kann (s. Anm. 5 zu § 117), oder die Vertretungsbefugnis (Anm. 6 zu § 127). Ferner kann nicht vereinbart werden, daß durch Beschluß, also auch durch Mehrheitsbeschluß ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann (ROHG. 21, 84; RG. 38, 121). Hier läge überall ein unzulässiger Ausschluß des Rechtsweges vor. Dagegen könnte wohl vereinbart werden, daß die Mehrheit alljährlich über die Gewinnverteilung entscheidet; aber wiederum nur dahin, daß die Mehrheit Grundsätze aufstellt, welche alle gleichmäßig treffen. Daß Änderungen des Gesellschaftsvertrages absolut nicht durch die Mehrheit beschlossen werden können, wie Cosack (§ 110 I, 1a) und Anm. 5.

§ 119. Makower I 216 annehmen, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Warum sollte der Gesellschaftsvertrag nicht bestimmen können, daß Änderungen desselben durch Mehrheitsbeschluß beschlossen werden können?

Auch die Auflösung der Gesellschaft kann durch Mehrheitsbeschluß für zulässig erklärt werden (Anm. 2 zu § 131; vgl. jedoch Anm. 6 zu § 140, Anm. 14 zu § 145). Ebenso ist der Bestimmung gestattet, daß die Mehrheit im Fall der Auflösung die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsart, z. B. eine Aktiengesellschaft, beschließen kann, wenn dem nicht Zustimmenden freigestellt wird, Auszahlung seines Ausfalls zu verlangen (RG. in JW. 00, 566 [7]).

Anm. 6. **Zusatz 1. Über die Form der zu fassenden Beschlüsse** ist nichts gesagt. Es herrscht daher völlige Formfreiheit.

Anm. 7. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Hierüber s. Anm. 22 zu § 109.

§ 120.

§ 120. Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Antheil daran berechnet.

Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalantheile des Gesellschafters zugeschrieben; der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahrs auf den Kapitalantheil entnommene Geld wird davon abgeschrieben.

Anm. 1. **Vorbemerkung. Die §§ 120—122 regeln die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft** für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag sie nicht regelt. Die Vorschriften beruhen auf der dem Begriff der Gesellschaft entsprechenden Anschauung, daß jeder Gesellschafter zwar an den Geschäftserträgnissen teilnimmt, aber erst am Ende der Gesellschaft festgestellt werden kann, ob die Gesellschaft einen Gewinn oder Verlust ergeben hat und wie der einzelne Gesellschafter daran beteiligt ist. Wenn dennoch die alljährliche Abrechnung vorgeschrieben ist, so ist damit zunächst nur eine rechnungsmäßige Verteilung gemeint. Diese Anschauung ist aber nicht durchgeführt, vielmehr ist im § 122 gestattet, daß jeder Gesellschafter 4% seines Kapitalanteils alljährlich entnehmen kann, gleichviel, ob ein Gewinn entstanden ist oder nicht, und ferner, soweit es nicht der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereicht, auch seinen darüber hinausgehenden Gewinnanteil.

Das System, nach welchem Gewinn und Verlust berechnet werden, ist folgendes: Am Schlusse des ersten Geschäftsjahres wird berechnet, ob die Gesellschaft Gewinn oder Verlust im verflossenen Geschäftsjahre ergeben hat. Hat sie Gewinn ergeben, so werden zunächst jedem Gesellschafter, soweit der erzielte Gewinn reicht, bis zu 4% seines Aktivsaldos gutgeschrieben. Der überschießende Gewinn wird rechnungsmäßig nach Köpfen verteilt und dem Kapitalkonto eines jeden Gesellschafters gutgeschrieben. Entsteht Verlust, so wird auch dieser nach Köpfen verteilt. Das Kapitalkonto, wie es sich am Schlusse des nächsten Jahres hiernach und je nach dem Betrage der etwa erfolgten Herausnahme und nach etwa weiter erfolgten Einlagen gestaltet, wird der Gewinnverteilung im nächsten Jahre zugrunde gelegt. Hiervon wird die Vorweggutschrift von 4% berechnet usw. Diese Prozedur erneuert sich am Schlusse jedes folgenden Geschäftsjahres.

Anm. 2. **Der vorliegende Paragraph gibt zunächst eine allgemeine Bestimmung über die Berechnung des Geschäftsergebnisses und seine Verteilung auf die einzelnen Gesellschafter,** aber auch nur über die Berechnung. Über die Auszahlung des Gewinnes bestimmt § 122, über die Einzahlung des Verlustes s. Anm. 15 zu § 122.

1. (Abs. 1.) **Die Berechnung des Geschäftsergebnisses für die Gesellschaft erfolgt auf Grund der Bilanz,** und zwar für jedes Jahr (nicht, wie das Gesetz inkorrekt sagt, am Schlusse jedes Geschäftsjahres) besonders, ohne daß, wie bei der Aktiengesellschaft, stets auf den ursprünglichen Vermögensstand zurückgegangen wird (Cosack § 109, IV, 1a). Es wird vielmehr das als Gewinn betrachtet, was sich in dem betreffenden Geschäftsjahr durch Gegenüberstellung der Ab-

und Zugänge des betreffenden Jahres als Gewinn oder Verlust ergibt. Es kann daher, wenn auch die Einlagen der Gesellschafter in einem früheren Jahre vermindert worden sind, ein Gewinn vorhanden sein und zur Verteilung kommen, ehe das Stammkapital zu seiner ursprünglichen Höhe wieder herangewachsen ist. Die Bilanz stützt sich aber auf die Inventuren und Bilanzen der früheren Jahre insofern, als, wenn dieselben anerkannt sind, dieses Anerkenntnis Vertragsnatur hat, was zur Folge hat, daß auf die Unwahrheit einer so anerkannten Bilanz später nicht zurückgekommen werden kann (Bolze 12 Nr. 503), es sei denn, daß das Anerkenntnis wegen Irrtums, Betrugs usw. angefochten werden kann (RG. bei Bauer 10, 137). Derartige Abmachungen werden besonders zum Gegenstand haben Abschreibungen unter dem wahren Wert. Solche Abmachungen sind, wie gesagt, gültig und die solchergestalt anzusetzenden Werte können der Bilanz zugrunde gelegt werden (RG. in JW. 02, 590 [14]). Auch wird durch eine solche Bilanz der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Bilanzaufstellung genügt, wie gegen Makower I 217 anzunehmen ist. Die Vorschriften des Gesetzes über die Wertansätze der Bilanz sind öffentlich-rechtlicher Natur nur insofern, als kein höherer Wert als der wahre Wert angesetzt werden darf. Aber die Ansetzung geringerer Werte ist üblich und zulässig und ein Zeichen von Solidität (vgl. Anm. 2 zu § 40). Bei der Auseinandersetzung sind solche Abreden allerdings nicht unbedingt maßgebend (vgl. hierüber im Exk. zu § 141).

Innerhalb des Geschäftsjahres, vor Aufstellung der Bilanz, ist eine Berechnung von Gewinn als Verlust rechtlich nicht möglich, da der anscheinende Gewinn durch Verluste wieder beseitigt werden kann (RG. in JW. 98, 360 [36]).

2. (Abs. 2.) **Die Beteiligung der Gesellschafter am Geschäftsergebnis der Gesellschaft** erfolgt durch Zuschreiben des Gewinnes und Belastung mit dem Verluste. Der zugeschriebene Gewinn erhöht den Aktivsaldo der Gesellschafter oder bildet, wenn der Gesellschafter einen solchen nicht hatte, den ersten Bestand desselben, oder dient endlich zur Ausgleichung oder Verminderung eines vorhandenen Passivsaldos. (Über die rechtliche Bedeutung des Aktiv- und des Passivsaldos s. Anm. 7.) Anm. 3.

3. **Für jeden Gesellschafter** erfolgt die Gewinn- oder Verlustberechnung. Auch der Inhaber eines Passivsaldos nimmt am Gewinne teil. Anm. 4.

4. Erwähnt wird noch besonders vom Gesetz, daß die Entnahmen auf den Kapitalanteil, welche im Laufe des Jahres vorschußweise von dem Gesellschafter gemacht sind, am Schlusse des Jahres von seinem Kapitalanteil abgeschrieben werden. Das ist selbstverständlich. Derartige Entnahmen sind überaus häufig; sie sind in den Gesellschaftsverträgen meist derart geregelt, daß jeder Gesellschafter sich monatlich eine bestimmte Summe zum Lebensunterhalt in Anrechnung auf seinen Gewinnteil entnehmen kann (vgl. hierüber Anm. 14 zu § 122). Was aber nicht auf den Gewinnanteil, sondern unbefugterweise entnommen wird oder entliehen ist, ist eine wirkliche Schuld, und wird korrekterweise nicht vom Kapitalanteile abgeschrieben, sondern auf ein besonderes Konto debitiert (s. hierüber Anm. 14 zu § 111.) Anm. 5.

5. Es mag noch hinzugefügt werden, daß Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Jahres auf seinen Kapitalanteil gemacht hat, dem Kapitalkonto zuzuschreiben sind (D. 94). Anm. 6.

Zusatz 1. Das juristische Wesen der Kapitalkonten, des Aktiv- und des Passivsaldos. Die Gesellschafter haben, wie Anm. 27 ff. zu § 105 ausgeführt ist, nicht bestimmte oder bestimmbare Quoten am Gesellschaftsvermögen. Trotzdem hatte das alte HGB. in Art. 106 von „Anteilen am Gesellschaftsvermögen" gesprochen. Dem gegenüber war in der 5. Aufl. ausführlich dargelegt, daß dies eine falsche Ausdrucksweise sei und daß Aktiv- und Passivsalden lediglich sich als fiktive Ziffern, Rechnungsposten, darstellen, sowie, daß das Vermögen der Gesellschaft im Gesamteigentum aller Gesellschafter, also auch der Inhaber von Passivsalden stehe. Nachdem dann das neue HGB. statt des bezeichneten Ausdrucks, um das Mißverständnis zu beseitigen (D. 94), den Ausdruck „Kapitalanteil" gewählt hat, nachdem auch die Praxis (RG. in JW. 95, 454) und die Theorie (Foertsch Anm. 3 zu Art. 106; Hahn § 4 Note 3 zu Art. 106; Lehmann-Ring Vorbem. vor § 105, Anm. 7.

§ 120. Nr. 2 zu § 120 usw.) sich der vorbezeichneten Ansicht angeschlossen haben, kann sie als geltende angesehen werden (dagegen Gierke ArchBürgR. 19, 129, der die Kapitalanteile für die Anteile am Gesellschaftsvermögen erklärt, die sie erschöpfen. Dieser Ausführung ist entgegenzuhalten, daß ja auch nach Gierke das Gesellschaftsvermögen nach dem Prinzip der gesamten Hand allen Gesellschaftern gehört, also nicht nur den Inhabern der Aktivsalden, sondern auch denen, die ein Passivsaldo haben. Erschöpften aber die Kapitalanteile die Anteile am Gesellschaftsvermögen, so wäre dieses nur Eigentum der Inhaber der Aktivsalden, wodurch das Prinzip der gesamten Hand durchbrochen wäre).

Es erübrigt sich hiernach, die ausführlichen Darlegungen der 5. Aufl. zu wiederholen; es genügt, auf sie zu verweisen.

Der Kern der Auffassung geht dahin: Der Aktivsaldo und der Passivsaldo sind während der Dauer der Gesellschaft nur fiktive Ziffern. Sie haben keine juristische Bedeutung. Der Aktivsaldo bezeichnet nicht einen Anspruch an die Gesellschaft, auch keinen bedingten oder betagten Anspruch. Er bedeutet auch keine Ziffer, welche für die Größe eines Miteigentumsrechts des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen maßgebend wäre; denn ein solches Miteigentum besteht nicht, sondern nur ein Eigentum aller Gesellschafter zur gesamten Hand. Der Passivsaldo ist keine Schuld an die Gesellschaft, auch keine bedingte oder betagte.

Der Aktivsaldo dient nur als Ziffer für die Berechnung der Zinsen nach § 121.

Rechtliche Bedeutung können die Ziffern der Kapitalkonten im Augenblicke der Auseinandersetzung erlangen. Alsdann kann der Passivsaldo die Summe bezeichnen, in deren Höhe der Gesellschafter die Mitgesellschafter, die mehr als den vertragsmäßigen Verlust erlitten haben, zu entschädigen hat; der Aktivsaldo kann alsdann die Summe bezeichnen, die der Gesellschafter aus der Gesellschaftskasse fordern kann, eventuell von den Gesellschaftern, die zu wenig Verlust erlitten haben, ersetzt verlangen kann. Aber notwendig ist es nicht, daß die Kapitalkonten auch nur diese Bedeutung haben. Denn bei der Auseinandersetzung sind für die Aufstellung der Bilanz nicht dieselben Gesichtspunkte maßgebend, wie während der Dauer der Gesellschaft. Während der Dauer der Gesellschaft werden insbesondere häufig Abschreibungen gemacht, um die Gewinnziffern zu verkleinern, bei der Auseinandersetzung muß dagegen der wahre Wert zum Vorschein kommen (vgl. hierüber im Erl. zu § 141). Immerhin gewähren die Kapitalkonten einen ungefähren Überschlag über das vermögensrechtliche Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft. Sie zeigen, was die Gesellschafter der Gesellschaft oder die Gesellschaft ihnen schuldig wären, wenn jetzt die Auseinandersetzung erfolgte und zwar auf Grundlage der bisherigen Buchungen ohne Rücksicht auf die Frage, ob nicht im Laufe der Zeit zu hoch oder zu niedrig abgeschrieben ist. Aber zu wiederholen ist, daß die eigentliche Bedeutung der Kapitalkonten streng genommen keine juristische ist: sie stellen keinen juristischen Begriff dar, sondern nur die Grundziffer für die Berechnung der Gesellschafterzinsen und geben einen ungefähren Anhalt für den Stand des vermögensrechtlichen Verhältnisses des Gesellschafters zur Gesellschaft.

Anm. 8. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Hierüber Anm. 22 zu § 109. Abweichende Bestimmungen bestehender Gesellschaftsverträge behalten zunächst ihre Gültigkeit.

§ 121.

§ 121. Von dem Jahresgewinne gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Antheil in Höhe von vier vom Hundert seines Kapitalantheils. Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Antheile nach einem entsprechend niedrigeren Satze.

Bei der Berechnung des nach Abs. 1 einem Gesellschafter zukommenden Gewinnantheils werden Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäfts-

jahrs Geld auf seinen Kapitalantheil entnommen, so werden die entnommenen § 121. Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt.

Derjenige Theil des Jahresgewinns, welcher die nach den Abs. 1, 2 zu berechnenden Gewinnantheile übersteigt, sowie der Verlust eines Geschäftsjahrs wird unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt.

Der vorliegende Paragraph bestimmt im einzelnen, wie der Gewinn und der Verlust zu verteilen ist, jedoch ist auch hier nur von der Berechnung die Rede. Über die Auszahlung bestimmt § 122.

1. **Die Verteilung des Gewinnes.** Anm. 1.

a) **Vorweg gebührt jedem Gesellschafter vom Gewinn ein Anteil bis zu 4% seines Aktivsaldos.** Diese Prozente sind nach dem jetzigen HGB. nur dann gutzuschreiben, wenn Gewinn vorhanden ist und nur bis zur Maximalhöhe von 4%. Ist der Jahresgewinn geringer, so verringert sich der Prozentsatz entsprechend. Ist kein Jahresgewinn vorhanden, so fällt diese Gutschrift überhaupt weg. Demgemäß wird dann auch diese Vorzugsgutschrift nicht eigentlich als Zins angesehen und die Frage, ob Gewinn oder Verlust vorliegt, entscheidet sich nicht erst nach Abzug dieser Vorzugsgutschrift; die Vorzugsgutschrift mindert nicht den Gewinn und erhöht nicht den Verlust, sondern bildet lediglich einen in besonderer Art zu verteilenden Teil des Gewinnes, eine Vorzugsdividende. (Der frühere Art. 106 gestattete die Gutschrift von 4% des Aktivsaldos schlechtweg, ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebnis, also gewissermaßen als festen Zins, wie er denn auch den Ausdruck „Zinsen" gebrauchte, der jetzt vermieden ist. Da aber gegenteilige Vertragsbestimmungen zulässig sind, so wird in den Verträgen wohl meist das Prinzip des alten HGB. zur Anwendung gelangen.)

Diese 4% werden berechnet von dem Aktivsaldo. Der Gesellschafter, der Anm. 2. keinen Aktivsaldo hat, erhält daher auch diese Vorweggutschrift nicht. Ist sein Konto glatt oder hat er gar einen Passivsaldo, so nimmt er zwar an dem Jahresgewinn teil, der nach § 120 seinem Konto gutgeschrieben wird, aber erst an demjenigen Teil des Jahresgewinnes, der übrig bleibt nach Gutschrift von 4% für die Inhaber der Aktivsalden. Sind daher Gesellschafter mit und ohne Kapital vorhanden, so kann es kommen, daß das Kapitalkonto der ersteren sich vergrößert, während die anderen vom Gewinn nichts zugeteilt erhalten, wenn nämlich mehr nicht verdient ist, als zur Verzinsung der Kapitalien erforderlich ist.

Bei Veränderung des Kapitalkontos im Laufe des Geschäftsjahres durch Leistungen und Entnahmen werden diese bei der Ermittelung der der Prozentberechnung zugrunde zu legenden Grundziffer pro rata temporis so berechnet, wie dies Absatz 2 dieses Paragraphen klar und deutlich normiert.

b) **Der übrigbleibende Jahresgewinn wird nach Köpfen verteilt.** Dies ist im Absatz 3 vor- Anm. 3. geschrieben. Auch dies ist zunächst nur ein Berechnungsmodus, über das Recht auf Auszahlung bestimmt § 122. Auch ist es nur eine Dispositivvorschrift (§ 109). Abweichende Vereinbarungen stehen in der Willkür der Gesellschafter. (Wer die Abweichung behauptet, muß sie beweisen. Bolze 23 Nr. 570.) Die Verteilungsart kann auch dem Ermessen eines Dritten oder eines Gesellschafters anvertraut werden (§§ 315, 317 BGB.). Es kann auch verabredet werden, daß ein Gesellschafter feste Bezüge außer dem Anteil am Gewinne hat. Ordnet der Gesellschaftsvertrag nur den Maßstab für die Verlustbeteiligung an, so gilt dieser Maßstab auch für die Verteilung des Gewinnes (§ 722 Abs. 2 BGB.).

2. **Die Verteilung des Verlustes.** Auch der Verlust eines jeden Geschäftsjahres wird nach Köpfen Anm. 4. verteilt. Dies ordnet Absatz 3 an. Doch ist auch dies nur ein Berechnungsmodus, da während der Dauer der Gesellschaft die Geltendmachung des Verlustanteils gegen den Gesellschafter nicht erfolgt. Er wird nach § 120 nur seinem Kapitalkonto zur Last geschrieben, eine Schuld an die Gesellschaft entsteht hieraus jedoch nicht, zum reellen Vollzuge gelangt ein Passivsaldo erst beim Abschluß der Liquidation, so. soweit alsdann ein solcher vorhanden ist (Anm. 7 zu § 120).

§ 121. Anm. 5. Auch diese Bestimmung ist dispositiv. Der Gesellschaftsvertrag kann anders bestimmen (Anm. 3). So kann z. B. vereinbart werden, daß für etwaige Verluste zunächst die Einlage aller Gesellschafter als Deckung dienen soll, oder daß ein Gesellschafter überhaupt nicht (im inneren Verhältnis) über seine Einlage hinaus zu haften habe, oder daß die Ausgleichungen der Gesellschafter unter einander nur in Ansehung derjenigen Verluste stattfinden sollen, die nach dem Verbrauch sämtlicher Einlagen noch vorhanden sein würden (RG. 40, 20). Setzt der Gesellschaftsvertrag nur den Maßstab für Gewinnverteilung fest, so gilt im Zweifel derselbe Maßstab für die Beteiligung am Verluste (§ 722 Abs. 2 BGB.). Abweichungen von der gesetzlichen Regel sind zu beweisen (vgl. Anm. 3).

Anm. 6. Zusatz. **Übergangsfrage.** S. hierüber Anm. 22 zu § 109. Danach gelten für die alten Gesellschaften die alten Bestimmungen, für die neuen die neuen, nur daß selbstverständlich die alten Vertragsbestimmungen auch die neuen Dispositivbestimmungen überwinden (vgl. Allg. Einl. Anm. 11).

§ 122.

§ 122. Jeder Gesellschafter ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von vier vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalantheils zu seinen Lasten zu erheben und, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines den bezeichneten Betrag übersteigenden Antheils am Gewinne des letzten Jahres zu verlangen.

Im Uebrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalantheil zu vermindern.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt das Recht des einzelnen Gesellschafters zu Entnahmen aus der Gesellschaftskasse.** Die Bestimmungen sind beherrscht von dem richtigen Grundgedanken, daß die meisten Gesellschaften dazu errichtet sind, um den laufenden Lebensunterhalt der Gesellschafter zu decken. Es wäre eine Verkennung ihres Zweckes, wenn man erst bei Beendigung der Gesellschaft eine reelle Verteilung der Gewinne vornehmen wollte. Im ersten Absatze wird nun festgesetzt, was der Gesellschafter am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres entnehmen darf, im zweiten ist bestimmt, daß er im übrigen nicht berechtigt ist, seinen Kapitalanteil zu vermindern.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Entnehmen darf jeder Gesellschafter 4% seines Kapitalanteils schlechtweg und ferner den Rest des Jahresgewinnanteils, letzteren aber nur, wenn dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht.**

a) **4% Zinsen des Aktivsaldos dürfen schlechtweg entnommen werden.**

α) Das entspricht an sich dem früheren Recht (Art. 108). Der Unterschied vom früheren Recht liegt nicht in diesem Paragraphen, sondern im § 121. Denn da nach diesem letzteren Paragraphen eine Gutschrift von 4% seines Aktivsaldos für jeden Gesellschafter nicht, wie früher, schlechtweg erfolgt, sondern nur, wenn ein Jahresgewinn vorhanden ist, so wird durch die Entnahme von 4% das eigene Konto des die 4% entnehmenden Gesellschafters belastet, so daß, wenn kein Jahresgewinn erzielt wurde, die Entnahme ihm allein zur Last fällt, nicht der Gesellschaft, und also nicht auf die Kapitalkonten aller Gesellschafter zu verteilen ist, während nach früherem Recht die festen vierprozentigen Zinsen, da sie nicht bloß schlechtweg auszuzahlen, sondern auch schlechtweg d. h. ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebnis gutzuschreiben waren, von allen Gesellschaftern zu tragen waren.

Anm. 2. β) Nach dem jetzigen Recht sind also die 4% Zinsen zwar nicht schlechtweg gutzuschreiben, aber schlechtweg auszuzahlen, wenn dies letztere der Gesellschafter verlangt. Er darf also die 4% auch dann entnehmen, wenn weniger Gewinn erzielt ist, als zur Auszahlung von 4% der Kapitalantheile nötig ist, auch wenn die Gesellschaft gar keinen Jahresgewinn erzielt hat, auch wenn sie einen Jahresverlust gehabt hat (D. 95).

auch wenn die Gesellschaft überschuldet ist, auch wenn es ihr zum offenbaren Schaden gereicht, daß dieser Betrag entnommen wird. Denn diese letztere Einschränkung ist nur bei der Entnahme der Gewinnanteile gemacht. Nur Chikane im Sinne des § 226 BGB. darf nicht vorliegen. § 122.

Die Grundziffer, von der die zu entnehmenden 4% sich berechnen, ist der für das letzte Geschäftsjahr festgestellte Kapitalanteil, also die Ziffer des Aktivsaldos, wie sie sich am Ende des Jahres herausstellt. Wer keinen Aktivsaldo am Ende des Jahres hat, kann diese Zinsen auch nicht beanspruchen; denn dann fehlt ja die Grundziffer für die Berechnung der 4% (vgl. Anm. 2 zu § 121). Dagegen ist es gleichgültig, ob etwa der Kapitalanteil unter seinen ursprünglichen Stand herabgemindert ist; auch in diesem Falle hat der Gesellschafter einen Kapitalanteil und kann die Auszahlung der Zinsen verlangen (Cosack § 108 IV 3, d). Leistungen und Entnahmen im Laufe des abgelaufenen Geschäftsjahres werden hier nicht in der Weise berücksichtigt, wie bei der Gutschrift der 4% nach § 121; diese letztere Vorschrift gilt hier nicht. Hier entscheidet bloß die Endziffer am Schlusse des Geschäftsjahres. Es muß daher, wenn im Laufe des Jahres Leistungen oder Entnahmen erfolgt sind, eine doppelte Berechnung der 4% stattfinden, einmal zum Zwecke der Gutschrift nach § 121, und zweitens zum Zwecke der Feststellung der Höhe des Anspruchs auf Auszahlung nach § 122. Anm. 3.

γ) Im ersten Geschäftsjahre können solche Zinsen nicht entnommen werden (ebenso Goldmann Anm. 3). Makower I 221 will dies gestatten, indem er als Grundziffer für die Zinsenentnahme die Eröffnungsbilanz hinstellt. Allein § 122 gestattet ausdrücklich lediglich die Entnahme von 4% Zinsen des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils. Es muß also ein Geschäftsjahr abgelaufen sein. Eine entsprechende Abweichung in jener Richtung ist aber ausgeschlossen, weil die ratio legis die ist, daß die 4% Zinsen doch regelmäßig wohl als Früchte der gesellschaftlichen Lebenstätigkeit herauskommen werden, und daß es billig erscheint, daß nach Ablauf eines Geschäftsjahres der Gesellschafter einen mäßigen Betrag erhält zur Deckung seiner Lebensunterhaltungskosten. Alle diese Erwägungen versagen für die Dauer des ersten Geschäftsjahres; überdies ist schon die Bestimmung unseres Paragraphen eine Ausnahme (vgl. Anm. 1 zu § 120), und schon deshalb von analoger Anwendung ausgeschlossen. Anm. 4.

δ) Der Gesellschafter ist berechtigt zur Entnahme der 4%, aber nicht verpflichtet. Der Gesellschafter hat vielmehr das Recht, von der Entnahme der 4% Abstand zu nehmen und seinen ganzen Gewinnanteil seinem Aktivsaldo zuwachsen zu lassen (§ 120). Das Recht zur Entnahme hat er aber nur nach Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres, nicht im voraus vor Ablauf desselben, als Vorschuß. Und wenn er das kritische Jahr hat vorübergehen lassen, ohne die 4% zu entnehmen, so erlischt die Entnahmebefugnis und das, was nicht entnommen, ist seinem Aktivsaldo derart zugewachsen, daß es nach Abs. 2 nicht mehr einseitig vermindert werden kann (vgl. Anm. 10). Anm. 5.

Nur Geld darf entnommen werden (vgl. hierüber Anm. 11).

ε) Das Recht wird geltend gemacht durch selbständige Entnahme, wenn der Gesellschafter die Befugnis hat, über die Kasse zu verfügen, sonst regelmäßig durch eine Klage gegen die Gesellschaft (ROHG. 19, 416). Doch ist auch eine Klage gegen die widersprechenden Gesellschafter auf Gestattung der Entnahme zulässig (ROHG. ebenda; Behrend 70 Anm. 11). Der Klage kann nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Entnahme zum offenbaren Nachteil der Gesellschaft gereicht. Über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vgl. Anm. 5 zu § 109. Anm. 6.

ζ) Die Wirkung der Entnahme ist, daß das Konto des Gesellschafters damit belastet wird. Es wird aber nicht eine wirkliche Schuld an die Gesellschaft damit begründet (vgl. RG. 3, 59). Vielmehr vermindert dies seinen Aktivsaldo und vermehrt seinen Passivsaldo. Diese Salden sind aber nicht Schulden an die Gesellschaft, wenigstens nicht solche, die während der Dauer der Gesellschaft zu begleichen wären (Anm. 7 zu § 120). Anm. 7.

§ 122. b) **Der Rest des Jahresgewinnes kann ebenfalls vom Gesellschafter entnommen werden,** aber
Anm. 8. nur, wenn dies der Gesellschaft nicht zum offenbaren Schaden gereicht.

α) Der Rest des letzten Jahresgewinnes, d. h. alles, was nach §§ 120 und 121 als Gewinnanteil dem Gesellschaftsanteil gutzuschreiben ist nach Abzug derjenigen 4%, die nach § 122 an den Gesellschafter auszuzahlen sind (vgl. über die Berechnung der 4% Anm. 3).

Anm. 9. Auch der Gesellschafter, dessen Kapitalanteil unter seine ursprüngliche Höhe gesunken ist, ja auch der, der einen Passivsaldo hat, kann diese Auszahlung verlangen (Cosack § 108 IV 3d). Hier gilt nicht, wie bei der Kommanditgesellschaft, ein dem § 169 Abs. 1 Satz 2 analoger Rechtssatz.

Anm. 10. Im ersten Jahre darf hiernach der Gesellschafter nichts entnehmen, und auch während des Laufes jedes folgenden Geschäftsjahres nichts vorschußweise, (wenn nicht etwa, wie dies häufig geschieht, das Gegenteil vereinbart ist; s. Anm. 14), sondern immer nur den Gewinn des abgelaufenen Geschäftsjahres; wohl aber kann er diese Entnahme bewirken während der ganzen Dauer des Jahres, das dem Jahre folgt, in welchem der Gewinn gemacht ist. Er ist aber dazu nur berechtigt, er kann auch von der Entnahmebefugnis Abstand nehmen und die Gesellschafter können dem nicht widersprechen, auch wenn dadurch sein Kapitalanteil wächst und den ihrigen übersteigt. Wenn er aber jenes kritische Jahr hat vorübergehen lassen, ohne zu entnehmen, so erlischt die Entnahmebefugnis und das, was nicht entnommen, ist seinem Aktivsaldo derart zugewachsen, daß es nach Absatz 2 nicht mehr einseitig vermindert werden kann und nicht als Forderungsrecht gegen die Gesellschaft gilt, was im Konkurse der Gesellschaft wichtig werden kann (D. 95).

Anm. 11. Nur Geld darf entnommen werden. Soweit der sich buchmäßig ergebende Gewinn nicht in barem Gelde in der Gesellschaftskasse vorhanden ist, können die Gesellschafter verlangen, daß das Vermögen zum Zweck der Gewinnauszahlung flüssig gemacht wird: durch Aufnahme von Darlehen, Belastung der Grundstücke, Veräußerung von Waren, alles vorbehaltlich der Grenze, welche das Gesetz dadurch zieht, daß die Entnahme nicht zum offenbaren Nachteil für die Gesellschaft gereichen darf (vgl. Anm. 12). Dagegen ist kein Gesellschafter berechtigt, sich in Anrechnung auf seinen Gewinn bestimmte Gegenstände herauszunehmen und seien es auch Wertpapiere. Hat ein Gesellschafter dies dennoch getan, so muß er die Wertpapiere an das Geschäft wieder abführen; alsdann kann er Veräußerung der Wertpapiere und Auszahlung seines Gewinnes verlangen.

Anm. 12. β) Das Recht wird geltend gemacht durch selbständige Entnahme, ev. durch Klage. S. hierüber näheres Anm. 6. Die Klage ist nur dann begründet, wenn die Entnahme nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Das hat der Kläger zu beweisen (Gareis Anm. 2; anders Makower I 220). Dabei sind nur die Verhältnisse der Gesellschaft maßgebend, die Verhältnisse und Bedürfnisse des Gesellschafters sind unerheblich. Ein offenbarer Schaden ist vorhanden, wenn die Erreichung der Gesellschaftszwecke durch die Entnahme erschwert oder gar vereitelt würde.

Anm. 13. 2. (Abs. 2). **Im übrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, seinen Kapitalanteil einseitig zu vermindern.** Nach der in Anm. 7 zu § 120 festgestellten Bedeutung oder vielmehr Bedeutungslosigkeit des Wortes Kapitalanteil und, da hierunter die Ziffer des Aktivsaldos gemeint ist, müßte das hier ausgesprochene Verbot korrekt heißen: ein Gesellschafter darf die den Ziffern seines Aktivsaldos entsprechenden Beträge der Gesellschaftskasse nicht entnehmen. Dieses Verbot entspricht der Erwägung, daß eine Gesellschaft während der ganzen Dauer ihres Betriebes als zusammengehöriges Ganze zu betrachten ist, so daß erst bei Beendigung des Betriebes das Ergebnis desselben definitiv festgestellt werden kann; vgl. Anm. 1 zu § 120. Mit der Einwilligung aller Gesellschafter, auch der nicht geschäftsführenden, kann von diesem Prinzip abgewichen werden. Eine Schutzvorschrift gegen Benachteiligungen der Gläubiger ist hier nicht gegeben. Verfehlt ist es, wenn der OG. Wien (bei Nowak 5, 135) die Zurückzahlung der Einlage einfach für ungesetzlich erklärte, weil die Gesellschaft nicht „aktiv" war. Nur die be-

sonderen Anfechtungsvorschriften können hier helfen, soweit es bei der Solidarhaft der Einzelgesellschafter einer Hilfe bedarf. Ohne die Einwilligung der Gesellschafter sind Entnahmen nur im Falle des Abs. 2 zulässig. Über die Wirkungen berechtigter Entnahmen s. Anm. 7. § 122.

Zusatz 1. Durch Vertrag können die Bestimmungen dieses Paragraphen geändert werden (§ 109), und in der Tat befindet sich in den Gesellschaftsverträgen regelmäßig eine Bestimmung darüber, wieviel die Gesellschafter sich jährlich oder monatlich zur Deckung ihres Haushalts in Raten entnehmen dürfen, meist im voraus während des Geschäftsjahres und ohne ausgesprochene Rücksicht auf die Geschäftsergebnisse. Dennoch werden solche Vertragsbestimmungen im Zweifel dahin auszulegen sein, daß die Entnahmen nicht erfolgen dürfen, wenn sie zum offenbaren Nachteil der Gesellschaft gereichen. Denn wenn auch der Bildung von Handelsgesellschaften meist das wirtschaftliche Motiv unterliegt, zunächst den Unterhalt der Gesellschafter und ihrer Familien zu bestreiten, so soll dies doch nicht durch rücksichtsloses Ausbeuten der Gesellschaftskasse, sondern nur insoweit geschehen, als die Gesellschaft nach ihren Geschäftsergebnissen dieses Bedürfnis zu befriedigen imstande ist. Anders, wenn einem Gesellschafter ein bestimmter Reingewinn garantiert ist. In solchem Falle sind ihm jedoch im Zweifel die 4% Zinsen auf die Garantiesumme anzurechnen (Bolze 1 Nr. 1172), andererseits fällt die Garantiesumme, soweit sie nicht aus dem Gesellschaftsgewinn ausgezahlt wird, dem Konto der anderen Gesellschafter zur Last. Anm. 14.

Auch durch Vereinbarung hoher Abschreibungen können die gesetzlichen Bezüge der Gesellschafter zulässigerweise beschränkt werden (RG. im SächsArch. 1, 499; Bolze 12, 503; vgl. Anm. 2 zu § 120).

Üblich ist, daß in den Gesellschaftsverträgen unter der Herrschaft des neuen Rechts die dem alten System entsprechenden festen Zinsen und zwar in Höhe von mehr als 4% vereinbart werden. Denn der Kapitalist unter den Gesellschaftern hat die Macht, solche Bestimmungen vorzuschreiben und wird regelmäßig von dieser Macht Gebrauch machen.

Im Liquidationsstadium fällt die Vorschrift des § 122 Abs. 1 fort (§ 155 Abs. 2).

Zusatz 2. Über die Einzahlung des Verlustanteils trifft der vorliegende Paragraph keine Anordnungen. Über die Verteilung des Verlustes verhält sich § 120, über die Auszahlung des Gewinnes § 121. Was nun die Einzahlung des Verlustes betrifft, so kann dieselbe von dem Gesellschafter nicht gefordert werden. Der Verlust wird nur berechnet und auf die Kapitalkonten rechnerisch verteilt und ändert dadurch das vermögensrechtliche Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Aber die Einzahlung des Verlustanteils kann nicht verlangt werden, wenigstens nicht an die Gesellschaft. Ja der Gesellschafter hat nicht einmal das Recht, seinen Verlustanteil freiwillig zur Gesellschaftskasse einzuzahlen. Das wäre eine Erhöhung seiner Einlage, zu welcher er einseitig nicht berechtigt ist (Cosack § 108 IV 3e). Ergibt sich bei der Auseinandersetzung ein Passivsaldo, so besteht allerdings alsdann eine Einzahlungspflicht. Hierüber §§ 707, 735 BGB. Anm. 15.

Zusatz 3. Übergangsfrage. S. hierüber Anm. 6 zu § 121. Anm. 16.

Dritter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123.

Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. § 123.

Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus dem § 2 sich ein Anderes ergiebt.

§ 123. **Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.**

Anm. 1. **Vorbemerkung. Die Vorschriften dieses Titels regeln das Rechtsverhältnis der Gesellschaft nach außen**; im Gegensatz zu den Vorschriften des vorigen Titels, welche das Verhältnis nach innen regeln (vgl. § 109). Sie gelten unabhängig von dem, was nach den Vereinbarungen der Gesellschafter nach innen Rechtens ist; die Vereinbarung der Gesellschafter vermag die Wirksamkeit dieser Vorschriften im Verhältnis zu dritten Personen nicht zu ändern. Es kann z. B. durch innere Vereinbarung der Gesellschafter die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft über den Zeitpunkt der Eintragung oder des Geschäftsbeginnes nicht hinausgeschoben werden (§ 123), die Solidarhaft nicht ausgeschlossen (§ 129), die Vertretungsbefugnis nicht beschränkt werden (§ 126) usw.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer o. H. G. nach außen (Abs. 1 und 2) und erklärt eine entgegenstehende Abrede nach außen für unwirksam (Abs. 3).

Die Wirksamkeit der o. H. G. beginnt hiernach gegenüber Dritten spätestens (RG. 34, 55) mit der Eintragung in das Handelsregister oder vorher mit dem Beginn ihrer Geschäfte. Jeder dieser beiden Sätze muß für sich betrachtet werden. Sie haben beide trotz ihrer Stellung in demselben Paragraphen eine sehr verschiedene Grundbedeutung.

Anm. 2. 1. (Abs. 1.) **Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft nach außen tritt mit dem Zeitpunkt der Eintragung ein**, selbstverständlich soweit sie nicht schon früher durch den Beginn der Geschäfte eingetreten ist, wie Abs. 2 ergibt.

Anm. 3. a) Der Inhalt dieses Rechtssatzes ist folgender: **Wenn ein den Bestimmungen des § 105 entsprechender Gesellschaftsvertrag gültig geschlossen ist, die Gesellschaft aber ihre Geschäfte noch nicht begonnen hat, gleichwohl aber die Eintragung der Gesellschaft erfolgt ist, so ist nach außen eine o. H. G. schon als vorhanden zu betrachten.** In Wahrheit besteht ja eine o. H. G. in solchem Falle noch nicht. Denn eine o. H. G. entsteht nicht schon durch den Abschluß eines auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma abzielenden Gesellschaftsvertrages, sondern erst durch den Betrieb des Handelsgewerbes auf solcher gesellschaftlichen Grundlage (vgl. Anm. 11 zu § 105). Aber nach außen ist es zum Schutze des Rechtsverkehrs so anzusehen, als ob eine o. H. G. wirklich bestände. Das gilt auch demjenigen gegenüber, der etwa gewußt hätte, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte noch nicht begonnen hat.

Anm. 4. Der hier niedergelegte Rechtssatz ist nicht etwa in Hinblick auf § 15 entbehrlich; denn dieser handelt nur vom Schutze des Rechtsverkehrs auf Grund des öffentlichen Glaubens des Registers in dem Falle, wo eine einzutragende Tatsache eingetragen ist. Hier aber ist eine nicht einzutragende Tatsache eingetragen. Denn einzutragen ist nur die schon entstandene o. H. G., was also den Geschäftsbeginn voraussetzt (vgl. Anm. 11 zu § 105).

Anm. 5. Auch durch § 5 wird der vorliegende Rechtssatz nicht entbehrlich. Denn nach diesem wäre der Gegenbeweis, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, zulässig. Nach dem vorliegenden Paragraphen ist er ausgeschlossen. Denn danach genügt es, daß die Eingetragenen einen auf den Betrieb eines Vollhandelsgewerbes abzielenden Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben; ob sie den Vertrag schon ausgeführt haben, darauf kommt es für die Anwendung des vorliegenden Paragraphen nicht an (vgl. Bolze 23 Nr. 574).

Anm. 6. b) Die Anwendung des Absatzes hat zur Voraussetzung, daß ein gültiger Gesellschaftsvertrag vorliegt, der alle im § 105 vorgesehenen Erfordernisse aufweist, nur daß eben der Betrieb selbst noch nicht begonnen hat. Insbesondere muß es auch ein Vollhandelsgewerbe sein, welches der Gegenstand des beschlossenen Betriebes sein soll. Ist es ein Minderhandelsgewerbe, so liegt kein auf Gründung einer o. H. G. abzielender Gesellschaftsvertrag vor. In diesem Falle greift unser Absatz nicht Platz. Der Rechtsverkehr ist darum allerdings noch nicht schutzlos. Vielmehr greifen hier zum Schutze des Rechtsverkehrs andere Grundsätze Platz: bis zum Geschäftsbeginn der Grundsatz von der Geltung als Vollkaufmann

auf Grund kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (vgl. Anm. 9) und nach dem Geschäftsbeginn der § 5. **§ 123.**

c) **Die fernere Voraussetzung ist die Eintragung.** Nicht die Veröffentlichung ist Voraussetzung (ROHG. 23, 283). Ist unzulässigerweise (§ 106 Nr. 3) ein späterer Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes eingetragen, so beginnt die Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen gleichwohl mit dem Zeitpunkt der Eintragung. Ist aber gemäß § 106 Nr. 3 ein früherer Geschäftsbeginn eingetragen, so gilt dieser gegen die Gesellschafter, und zwar ohne Zulassung des Gegenbeweises (RG. 34, 53 und OLG. Dresden bei Bauer 12, 47), wohl aber mit Zulassung des Gegenbeweises in Verbindung damit, daß der Dritte der Eintragung nicht vertraut, sondern gewußt habe, daß die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte noch nicht begonnen habe. Aber die Zulassung des Gegenbeweises, daß die Gesellschaft erst nach der Eintragung ihre Geschäfte begonnen habe, oder noch nicht begonnen habe, ist auch dem bösgläubigen Dritten gegenüber nicht zulässig (vgl. Anm. 3). Hier entscheidet die Eintragung absolut. Anm. 7.

d) **Nach dem zu b Gesagten ist gegenüber der Eintragung zulässig der Gegenbeweis, daß in Wahrheit kein Gesellschaftsvertrag gemäß § 105 geschlossen sei** (vgl. Bolze 23 Nr. 574). Das würde z. B. der Fall sein, wenn ein gültiger Gesellschaftsvertrag nicht zustande gekommen ist, etwa weil eine Formvorschrift nicht beachtet wäre (Anm. 41 zu § 105), oder weil die Abreden über Gewinn oder Verlust den Erfordernissen eines Gesellschaftsvertrages nicht entsprechen, oder weil z. B. vereinbart ist, daß der eine Gesellschafter nur zum Schein als solcher figurieren, in Wahrheit aber Handlungsgehilfe sein solle (Cosack § 106 II). Anm. 8.

Der Rechtsverkehr ist aber auch in solchen Fällen nicht schutzlos. **Vielmehr gilt die Gesellschaft auch in solchen Fällen als offene Handelsgesellschaft,** und zwar auf Grund des im Erl. § 5 behandelten Grundsatzes von der Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (vgl. RG. 51, 37). Gerade mit Bezug auf gesellschaftliche Vereinigungen ist dieser Grundsatz besonders häufig zum Durchbruch gelangt. Wiederholt haben die obersten Gerichte ausgesprochen: Wird unter Zustimmung aller Gesellschafter Dritten das Bestehen einer tatsächlich nicht bestehenden offenen Handelsgesellschaft kundgegeben, so wird dem Dritten gegenüber es so angesehen, als sei eine o. H. G. vorhanden (ROHG. 13, 375; 24, 320; OLG. Hamburg in OLGR. 3, 342; OLG. Dresden eb. 4, 202; RG. 40, 146). Die letztere Entscheidung besonders hat gerade in der Eintragung eine geeignete Kundgebung nach dieser Richtung gesehen. Ein gleicher Schluß ist aus dem Auftreten der Gesellschafter zu folgern, wenn dies unter Umständen geschieht, die die Annahme erwecken müssen, daß sie Teilhaber einer o. H. G. seien (RG. in JW. 98, 163[20]), oder aber daß sie **noch** Teilhaber seien (RG. bei Holdheim 14, 164); auch wenn die Gesellschafter an sich Minderkaufleute sind (OLG. Dresden in SächsArch. 14, 583; vgl. auch RG. 47, 227); ferner aus der Benutzung der den Anschein einer o. H. G. erweckenden Firma (OLG. Breslau in OLGR. 6, 26); oder aus Erklärungen, wie etwa: Wir, die unterzeichneten Gesellschafter usw. (OLG. Posen in OLGR. 6, 351). Gleichgültig ist hierbei, ob die Gesellschafter selbst ihre Vereinigung anders, etwa als Gelegenheitsgesellschaft, bezeichnen, da es lediglich auf die objektiven Merkmale ankommt (RG. in JW. 02, 96[21]). Vgl. im übrigen auch Anm. 14. Anm. 9.

Auch hier ist kein Unterschied zu machen, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht. (In dieser Hinsicht abweichend RG. in JW. 98, 163.) Denn auch der, der gewußt hat, ein Gesellschaftsvertrag sei gültig nicht zustande gekommen, kann darauf vertrauen, daß die betreffenden Personen, obwohl sie eine o. H. G. nicht bilden, doch dem Verkehr gegenüber als solche gelten wollen. Die gegenteilige Rechtsauffassung würde den Rechtsverkehr auf das empfindlichste schädigen und die, die durch ihr Verhalten diese Gefährdung herbeiführen, in nicht gerechtfertigter Weise schützen. Erst wenn der Dritte wußte, daß sie trotz des äußeren Scheins in Wahrheit nicht als o. H. G. **gelten wollten,** würde die Sache anders liegen. Das könnte dem Dritten entgegengehalten werden. Anm. 10.

§ 123. Anm. 11. Wie nun aber, wenn die Ungültigkeit des Gesellschaftsvertrages in der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters seinen Grund hat? Daß § 123 dann nicht Platz greift, ist selbstverständlich. Denn dieser setzt ja eben einen gültigen Gesellschaftsvertrag voraus (Cosack § 106, 4; vgl. Anm. 3 u. 6). Die Anwendung unseres Grundsatzes von der Geltung im Rechtsverkehr als Kaufmann vermöge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr setzt aber zu seiner Anwendung Geschäftsfähigkeit voraus. Denn die Geltung dieses Grundsatzes beruht auf der Auslegung des Parteiwillens. Die Partei geriert sich als Kaufmann und muß sich daher gefallen lassen, daß von ihr angenommen wird, sie wolle als Kaufmann gelten. Beim Geschäftsunfähigen ist solche Willensauslegung unmöglich. Hinsichtlich des Geschäftsunfähigen versagt daher der Grundsatz. Auch der gutgläubige Dritte ist hier weder durch das Register geschützt, noch durch sonstige Grundsätze. Hinsichtlich des geschäftsfähigen Gesellschafters wird aber auch in diesem Falle der Grundsatz durchgeführt. Dieser muß sich als Mitglied einer wirklichen o. H. G. vom Rechtsverkehr behandeln lassen (vgl. Anm. 16).

Ist der Geschäftsunfähige geschäftsfähig geworden, und verbleibt er in der Gemeinschaft, so treten die in Anm. 9 dargelegten Grundsätze auch gegen ihn ein (OLG. Posen in OLGR. 6, 351).

Anm. 12. Kann der Gesellschaftsvertrag von einem Gesellschafter wegen Betrugs oder Irrtums angefochten werden, so kann dies dem Dritten jedenfalls nur entgegengehalten werden, wenn er die fraglichen Tatsachen gekannt hat (BGB. § 123 Abs. 2; OLG. Dresden bei Bauer 12, 47); jedoch ist auch dieser Einwand nicht immer zulässig. Es gilt entsprechend das Anm. 10 Gesagte (vgl. Einl. zu § 133).

Anm. 13. 2. (Abs. 2.) **Die Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen beginnt mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns.**

a) Inhalt dieses Rechtssatzes. Damit ist im Grunde genommen nichts besonderes gesagt. Denn eine o. H. G. besteht überhaupt erst mit dem Augenblicke, wo das beabsichtigte Gewerbe begonnen wird. Vorher besteht zwar eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaft, eine nach innen bestehende und lediglich nach innen wirkende Vereinigung, aber keine o. H. G. (vgl. Anm. 11 zu § 105). Nach außen begründet eine solche Vereinigung keine Rechte und Pflichten gegen die nicht kontrahierenden Gesellschafter (ROHG. 7, 430).

Anm. 14. b) Die Gesellschaft muß die Geschäfte begonnen haben.

Nur der Geschäftsbeginn hat die Wirkung, welcher dem Willen aller Gesellschafter entspricht und dies nach außen ersehen läßt (ROHG. 7, 431). Durch unbefugte, antizipierte oder gar dolose Handlungen eines Gesellschafters kann die Wirksamkeit einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft nach außen hin nicht begründet werden (ROHG. 12, 409); doch kann die Willensübereinstimmung auch durch konkludente Handlungen erfolgen (ROHG. 1, 258; 12, 406; RG. im Recht 02, 592). Die Beweislast trifft den Gegner (Bolze 3 Nr. 1210). Zwar auf gemeinschaftliche Rechnung, aber von einem Gesellschafter unter seinem Namen gemachte Geschäfte begründen nicht den Beginn der o. H. G. (Bolze 3 Nr. 789). Dagegen tritt Haftung ein, wenn ein Gesellschafter aus einer nicht eingetragenen o. H. G. ausscheidet und geschehen läßt, daß die auf seine Mitinhaberschaft deutende Firma fortgeführt wird. Wer dazu mitwirkt, daß im Rechtsverkehr irrige Auffassung über seine Person als Verpflichteten entstehen, haftet für die hieraus entstandenen Verbindlichkeiten (OLG. Dresden in OLGR. 8, 96).

Anm. 15. c) **Ihre Geschäfte begonnen** muß die Gesellschaft haben. Dazu gehört nicht notwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften, welche im Verhältnis zu ihrem Gewerbe als Grundgeschäfte zu betrachten sind; vielmehr genügen auch sogenannte vorbereitende Rechtsgeschäfte, wie z. B. die Anschaffung von Maschinen, Geräten und Vorräten (RG. in Busch Arch. 7, 187; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 181; OLG. Dresden im SächsArch. 8, 167; auch bei uns Anm. 10a zu § 1; endlich die Erl. zu § 343); ja es ist überhaupt der Abschluß von Rechtsgeschäften nicht unbedingt erforderlich,

vielmehr genügen auch sonstige Rechtshandlungen, welche als Geschäfte der Gesellschaft zu betrachten sind, wie z. B. Versendung von Preislisten, von Proben usw. (Bolze 3 Nr. 795). Ist, wie das RG. in dieser Entscheidung ausführt, nach solchen Vorgängen von einem Gesellschafter ein Wechselakzept namens der Gesellschaft gegeben, so ist letztere gültig verpflichtet; wie auch andererseits vom ROHG. (12, 413) richtig hervorgehoben wurde, daß in einem einzigen mit Zustimmung aller Gesellschafter gegebenen Wechselakzept der Beginn der Geschäfte zu finden ist. Demgemäß ist auch die Frage, von welchem Zeitpunkte an die das Geschäft fortsetzenden Erben als o. H. G. zu betrachten sind, zu beantworten: mit dem Augenblicke, wo sie Gesellschaftsgeschäfte beginnen, d. h. auf Grund gemeinschaftlichen Willens Rechtshandlungen vornehmen, welche den Anfang eines gemeinschaftlichen Gewerbebetriebes erweisen (vgl. Anm. 40 zu § 105). **§ 123.**

d) Auch der Abs. 2 setzt einen gültigen Gesellschaftsvertrag voraus (insbesondere formgerecht und durch einen Geschäftsfähigen geschlossen). Wenn der Gesellschaftsvertrag nicht gültig geschlossen ist, so ist eine o. H. G. nicht vorhanden, weder nach innen, noch nach außen. Gleichwohl müssen die das Gewerbe gemeinsam betreibenden Personen (soweit nicht die Geschäftsunfähigkeit diesen Grundsätzen entgegensteht) die Rechtslage so gegen sich gelten lassen, als bestände eine o. H. G.; und zwar gilt dies auch im Prozeß, so daß eine Vereinigung derartiger Personen, die Geschäfte als offene Handelsgesellschafter betreiben, auch als solche verklagt werden kann (RG. in ElsLothZ. 29, 186). Es beruht dies wiederum auf dem Exk. zu § 5 behandelten Grundsatze von der Geltung als Kaufmann auf Grund kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr. Das kaufmännische Auftreten im Rechtsverkehr, welches Anm. 9 in der Eintragung gefunden ist, liegt ebenso sehr, wenn nicht in noch höherem Grade, in dem Betreiben eines gemeinschaftlichen Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Die Anm. 9, 10 u. 11 aufgestellten Grundsätze gelten auch hier. Insbesondere ist auch hier die Geltung der o. H. G. anzunehmen gegenüber dem Dritten, der weiß, daß ein gültiger Gesellschasvertrag nicht zustande gekommen ist, nur daß auch hier der Geschäftsunfähige die Folgen seines kaufmännischen Auftretens nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, es sei denn, daß er nach erlangter Geschäftsfähigkeit die Geschäfte fortgesetzt hat. Anm. 16.

e) Ausdrücklich wird vom Gesetz hervorgehoben, daß die Vorschrift nur gilt, soweit nicht § 2 ein anderes ergibt. Die Einschränkung war überflüssig, weil selbstverständlich. Soweit § 2 Platz greift, folgt eben aus § 2 klar und deutlich, daß eine o. H. G. nicht vorliegt, so lange die Firma der Gesellschaft nicht eingetragen ist. Dabei ist aber auch hier hervorzuheben, daß die Firma der Gesellschaft schon dann im Sinne des § 2 eingetragen ist, wenn die Gesellschaft ein bestehendes Geschäft erwirbt und die Firma des Veräußerers eingetragen ist (vgl. Anm. 11 zu § 2; Makower I 224). Anm. 17.

Wenn aber auch eine Gesellschaft, die ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreibt, ihre Firma aber noch nicht hat eintragen lassen, keine o. H. G. ist, weder nach innen, noch nach außen, so gilt sie doch als solche vermöge des im Exk. zu § 5 behandelten Grundsatzes, wonach der, der sich als Kaufmann geriert, als solcher gelten muß. Es gilt hier dasselbe, wie Anm. 16 (dagegen Lehmann-Ring Nr. 1).

3. (Abs. 3.) **Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte ihren Anfang nehmen soll**, ist Dritten gegenüber wirkungslos. Auch wenn sie eingetragen ist, ist sie wirkungslos, die Eintragung wäre überhaupt unzulässig. Anm. 18.

Zusatz 1. Die Vereinigung selbst kann sich nicht immer auf ihre Geltung als o. H. G. berufen, selbst wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ihr gegenüber jeder Dritte sich darauf berufen kann. Es ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob diese Berufung der Vereinigung selbst zulässig ist. Sie wird gestattet sein bei Beurteilung der Rechtsfolgen eines von ihr abgeschlossenen Vertrages. Sie ist nicht gestattet bei der Frage, ob die Vereinigung mit Recht ihre Firma führt und verpflichtet ist, dieselbe abzulegen. In diesem Falle kann die scheinbare o. H. G. ihre Geltung als solche nicht für sich geltend machen, ihre Be- Anm. 19.

§ 123. tätigung als o. H. G. soll ja gerade umgekehrt Dritten nicht zum Nachteil gereichen. Darauf beruht RG. 34, 53 (vgl. Anm. 1 zu § 37).

Anm. 20. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Auf die Bestimmungen über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten greift Art. 170 EG. z. BGB. nicht Platz. Hier findet vielmehr das neue Recht sofort Anwendung, d. h. auf alle die Rechtsbeziehungen, die unter der Herrschaft des neuen Rechts in die Erscheinung treten (Cosack § 246 II 12c; Lehmann in ZHR. 48, 104, 105; vgl. RG. in JW. 02, 172 [35] u. Bd. 50, 158).

§ 124.

§ 124. Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph setzt eine gewisse juristische Selbständigkeit der o. H. G. fest** (Abs. 1) und gibt eine Vorschrift über die Zwangsvollstreckung gegen dieselbe (Abs. 2). Die letztere Vorschrift wird unten im Zusammenhang der Betrachtungen des Prozesses gegen die o. H. G. überhaupt behandelt.

Anm. 1. 1. **Die juristische Selbständigkeit der o. H. G.** wird nicht in der Weise vom Gesetz festgelegt, daß die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft ausgesprochen wird, sondern in der Weise, daß die verschiedenen rechtlichen Beziehungen, in welchen diese selbständig auftreten kann, bezeichnet werden. Zur juristischen Person wird die Handelsgesellschaft durch diese Bestimmung nicht, vielmehr sind die Gesellschafter in ihrer Vereinigung die Subjekte der hier erwähnten Rechte und Verpflichtungen (vgl. Anm. 8, 27 zu § 105). Die Firma bezeichnet die Gesellschafter, insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt, sich dadurch zu Gesamteigentümern eines Vermögens gemacht haben, das keinem von ihnen anteilsweise gehört und das lediglich den Zwecken der Gesellschaft gewidmet, ihrer Privatverfügung entzogen ist und der ausschließlichen Verfügung der Gesellschaftsorgane, sowie dem ausschließlichen Zugriffe der Gesellschaftsgläubiger, untersteht.

Anm. 2. Eine wichtige Folge hiervon ist, daß da, wo es für die Anfechtbarkeit eines von der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäftes auf persönliche Beziehungen des einen Vertragschließenden dem andern gegenüber ankommt (z. B. im Fall des Anfechtungsgesetzes), es genügt, wenn diese Beziehung nur bei einem Gesellschafter vorhanden war, selbst wenn dieser beim Abschluß nicht mitgewirkt hat (RG. 43, 104).

Die einzelnen rechtlichen Beziehungen, in denen die Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft hervortritt, sind nach unserem Paragraphen:

Anm. 3. a) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen,** nicht etwa Rechte aller Art und Pflichten aller Art, sondern nur Privatrechte und privatrechtliche Verpflichtungen und nur solche, welche dem Wesen der Gesellschaft nicht zuwider sind. So kann sie z. B. nicht Delikte begehen (über Haftung für Delikte vgl. jedoch Anm. 4 zu § 126). Die **testamenti factio passiva** wird ihr nicht abgesprochen werden können; an dem Erfordernis der bestimmten Person fehlt es nicht. Sie kann auch auf Grund des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes klagen (vgl. Müller, Kommentar zu diesem Gesetze 4. Aufl., 58); sie kann auch auf Grund des § 187 StrGB. klagen, Urheberrechte können ihr zustehen, zwar nicht als Urheberin, wohl aber als Erwerberin übertragener Urheberrechte. Die o. H. G. kann auch Bevollmächtigte sein, auch Generalvollmacht erhalten (KGJ. 23 A S. 122); jedoch nicht Inhaberin einer Einzelfirma sein (KGJ. 23 A S. 98).

Die Vorschrift, daß die o. H. G. unter ihrer Firma berechtigt und verpflichtet werden kann, bedeutet jedoch nicht, daß die Firma ausdrücklich beim Vertragsabschlusse genannt

werden muß, wenn nur sonst erhellt, daß eine bestimmte, im Rechtsverkehr durch ihre Firma kenntliche Gesellschaft gemeint ist (RG. 28, 120). Vgl. Anm. 17 zu § 126. **§ 124.**

b) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Eigentum und dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.** Vgl. z. B. RG. 16, 1, Erwerb eines Nießbrauchrechts durch die o. H. G. (vgl. § 33 der GBO.). Anm. 4.

c) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden.** Diese Vorschrift wird durch § 17 Abs. 2 nicht überflüssig, obwohl die letztere sich auch auf o. H. G. bezieht (§ 6). Denn dort handelt es sich wesentlich um den Einzelkaufmann, der durch jene Vorschrift die Befugnis erhält, auch unter seinem bürgerlichen Namen zu klagen und verklagt zu werden; hier handelt es sich dagegen darum, ob die Gesellschaft überhaupt die Fähigkeit hat, zu klagen und verklagt zu werden (D. 96; vgl. Anm. 24 zu § 17). Anm. 5.

Auch durch diese Gesetzesvorschrift wird die o. H. G. nicht zur juristischen Person, vielmehr wird dem aus den Gesellschaftern gebildeten Personenverein formelle Parteifähigkeit verliehen (Wach, Handbuch des Civilprozesses I 523 ff.; anders Schäfer bei Gruchot 38, 805). Träger aller juristischen Folgen, also Prozeßpartei, sind aber die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung, d. h. insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt haben und Gesamteigentümer eines den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Vermögens sind. Diese Ansicht ist die, wenn auch insbesondere von Kommentatoren der CPO. widersprochene, die Praxis beherrschende, auch theoretisch aus der Charakterisierung der o. H. G. als Gesellschaft zu rechtfertigende. Sie wird den nachfolgenden Erörterungen zugrunde gelegt und ebenso, wie aus ihr die Konsequenzen in betreff der Rechte am Gesellschaftsvermögen (Anm. 27 ff. zu § 105) gezogen sind, soll hier untersucht werden, welche Folgerungen sich aus ihr für **die Stellung der Gesellschaft im Prozeß** ergeben. (Der hier vertretenen Ansicht sind von Bearbeitern des Prozeßrechts außer Wach auch Kleinau [Die o. H. G. im Prozeß 98]; während Hellwig [Anspruch und Klagerecht 266 ff.], Gaupp-Stein [Kommentar zur CPO.], Arend [Die Parteiqualität der o. H. G., 04] auf einem insofern entgegengesetzten Standpunkt stehen, als sie die Gesellschaft als solche zur Partei erklären und nicht die Gesellschafter, woraus sich insbesondere für den Fall der Auflösung Folgerungen ergeben, die der hier vertretenen Ansicht direkt entgegenstehen. Weitere Literaturangaben s. in den angegebenen Schriften. Anm. 6.

Im einzelnen gelten für den **Prozeß der Gesellschaft** folgende Grundsätze:

α) **Die Gesellschaft ist zwar parteifähig** (RG. 14, 20), **aber nicht prozeßfähig** (RG. 45, 342), ein Unterschied, der dahin zu präzisieren ist, daß sie fähig ist, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten und damit auch Prozeßsubjekt zu werden, aber nicht fähig ist, selbständig Verpflichtungen zu kontrahieren und daher nicht fähig, selbst vor Gericht handelnd aufzutreten. Die Prozeßfähigkeit setzt die Parteifähigkeit voraus; aber eine parteifähige Person ist nicht notwendig prozeßfähig (RG. 12, 399; 32, 175). Anm. 7.

β) Da die Gesellschaft als solche parteifähig ist, so verbleibt sie in den Fällen, in denen trotz Änderung ihres Bestandes die Gesellschaft in ihrer Identität nicht verändert wird (Anm. 47 ff. zu § 105), Partei. Der Rechtsstreit wird durch eine derartige Veränderung nicht berührt. Anm. 8.

γ) **Wegen Mangels der Prozeßfähigkeit muß sie durch gesetzliche Vertreter vor Gericht auftreten; als solche sind ihre vertretungsberechtigten Mitglieder zu betrachten** (§ 125; RG. 5, 70; bei Gruchot 48, 102), im Falle einer Gesamt-Vertretung die mehreren Vertreter gemeinschaftlich. Das Gericht hat von Amts wegen den Mangel dieser Legitimation zu berücksichtigen (§ 56 CPO.), was nicht dahin zu deuten ist, daß es stets und ausnahmslos zu forschen habe, ob der angegebene gesetzliche Vertreter gehörig legitimiert ist, sondern nur dahin, daß es einem irgendwie hervorgetretenen Mangel der Legitimation nachzugehen, ihn zu prüfen, ev. auf seine Beseitigung hinzuwirken und, wenn dies nicht gelingt, bei der Urteilsfällung die gesetzlichen Folgerungen von Amts wegen, d. h. ohne Rücksicht auf etwaigen Parteiverzicht daraus zu ziehen hat. Wer den § 56 CPO. dahin auslegt, daß der Richter das Recht und die Pflicht hat, sich stets von Amts wegen die Legitimation beweisen zu lassen, muß auf dem gleichen Stand- Anm. 9.

§ 124. punkt hinsichtlich der Prozeßfähigkeit stehen, deren Mangel nach § 56 CPO. ebenfalls „von Amts wegen zu berücksichtigen" ist; danach aber würde der Richter das Recht und die Pflicht haben, sich in jedem einzelnen Falle beweisen zu lassen, daß die Parteien nicht geisteskrank sind (vgl. OLG. Hamburg in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß 19, 286; Wilmowski-Levy 7. Aufl. Anm. 1 zu § 54 CPO.; vgl. auch den das vollständige Material für diese Frage zusammenstellenden Aufsatz im Preußischen JustMinBl. Nr. 16 pro 1896 und Staub in DJZ. 02, 91; ferner LG. Berlin I in KGBl. 02, 113 und Salinger eb. 04, 25). Es ist daher auch bei der Klage nicht ohne weiteres nötig, die Vertreter der o. H. G. zu bezeichnen (OLG. Köln im RheinA. 01, 96, Abt. 1, 47; RG. 54, 16; dagegen OLG. Hamburg in SeuffA. 01; 3. Folge Bd. I 297). Es genügt, wenn lediglich für die „Firma Schulze & Co." geklagt wird (vgl. Anm. 26 ff. zu § 17).

Anm. 10. An einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter, auch im Falle der Gesamt-Vertretung (Behrend § 74 Anm. 6), erfolgen gültig die **Zustellungen und Ladungen** (§ 171 Abs. 3 CPO.; vgl. § 125 Abs. 2 Satz 3 HGB.).

Anm. 11. **Durch Wegfall eines Vertreters** wird der Prozeß nicht unterbrochen, falls andere Vertretungsberechtigte vorhanden sind; eine Unterbrechung oder, im Fall des § 246 CPO. das Recht auf Aussetzung, tritt nur ein, wenn durch den Fortfall kein Vertretungsberechtigter oder bei Gesamtvertretern nicht mehr genügend Vertretungsberechtigte vorhanden sind (Hellwig Anspruch 280).

Anm. 12. **Eide zu leisten** haben die zur Zeit der Eidesleistung Vertretungsberechtigten, selbst wenn sie erst nach Beginn des Rechtsstreits eingetreten sind. Nicht den Eid zu leisten haben die vor der Eidesleistung von der Vertretung Ausgeschlossenen (RG. 14, 20; D. 92, 100 und RG. bei Gruchot 48, 102). Übrigens ist eine Eidesauflage nicht über Wahrnehmungen und Handlungen der Firma als solcher, sondern nur der Gesellschafter zulässig, da die Firma selbst weder handeln noch wahrnehmen kann (RG. in JW. 01, 305[7]).

Anm. 13. Als **Zeuge** nicht zu vernehmen sind die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter (RG. 17, 365; 32, 339; 35, 389).

Bei den während des Rechtsstreits ausscheidenden Gesellschaftern ist zu unterscheiden:

Bleibt trotz ihres Austritts die Gesellschaft als solche bestehen, so treten sie als Partei aus und können als Zeugen vernommen werden (RG. 49, 426).

Wird die Gesellschaft durch ihren Austritt aufgelöst, so werden sie Partei, können daher nicht als Zeugen vernommen werden (RG. 35, 389; 46, 41).

Anm. 14. Als **Nebenintervenient** kann jeder Gesellschafter dem Prozeß der o. H. G. beitreten (RG. 5, 71; 34, 363; JW. 02, 213[3])

Anm. 15. Es fragt sich, ob alle diese Einzelheiten dem Prinzip entsprechen:

Auf der einen Seite soll der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter nicht zum Parteieide verstattet, auf der andern Seite aber auch nicht als Zeuge vernommen werden; und doch, obwohl das letztere darauf hindeutet, daß er nicht als Dritter zu betrachten ist, soll er wieder als Nebenintervenient zugelassen werden. Gleichwohl sind alle diese Entscheidungen richtig. Der Parteieid ist von den Vertretungsberechtigten der zur Gesellschaft vereinigten Gesellschafter zu leisten, das folgt schon aus § 125; der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter ist zwar ein Teil der Partei; aber das Gesetz will eben, daß hier nicht alle Teile der Partei handeln und vertretend auftreten. Ist aber der von der Vertretung Ausgeschlossene Partei, so kann er nicht als Zeuge vernommen werden. Zur Zeugeneigenschaft gehört unbedingt Personenverschiedenheit von der Partei. Nicht so strikt ist das Erfordernis, wenn es sich um die Frage handelt, wer als Dritter in bezug auf Interventionen zu betrachten sei. Der Normalfall ist freilich auch hier die totale Personenverschiedenheit. Aber es steht begrifflich nichts entgegen, hier auch in den Fällen von einem Dritten zu sprechen, in denen dieselbe Person in verschiedenen Rechtsbeziehungen in Betracht kommt. So ist auch bei der gerichtlichen Überweisung von Forderungen im Normalfalle der Drittschuldner als fremde

Person gedacht, dennoch wird sie dann für zulässig gehalten, wenn der Vollstreckungsgläubiger selbst der Drittschuldner ist (vgl. RG. 20, 371). Entsprechend liegt der Fall hier. Der einzelne Gesellschafter ist zwar im Gesellschaftsprozeß in gewisser Beziehung Partei (vgl. RG. 34, 365), aber bei den unmittelbaren Folgen, die der Ausfall des Gesellschaftsprozesses auf sein Privatvermögen haben kann, ist er wegen der Solidarhaft noch in anderer rechtlicher Beziehung bei dem Ausfall des Prozesses beteiligt und deshalb als Dritter zu betrachten. Ähnlich wird man auch kein Bedenken tragen, ihn, wenn ein gegen die Gesellschaft erlassenes Urteil unmittelbar in sein Vermögen vollstreckt wird, zur Exekutions-Interventionsklage aus § 771 CPO. für legitimiert zu erachten, obwohl auch hier der Intervenient ein „Dritter" sein muß. Er wird dieser Klage bedürfen, wenn sich seine Sachen in den Räumen der Gesellschaft befanden und er aus persönlichen Befreiungsgründen nicht haftet. Zwar scheint es, als ob das RG. (30, 388) einem solidarischen Mitschuldner formell gestatten will, die Exekutions-Interventionsklage anzustellen, ihn aber damit nicht durchdringen lassen will, weil ihm Arglist zur Last falle. Allein seine eigene Mitverpflichtung kann in diesem Prozesse nicht geprüft werden. Er kann ja persönliche Befreiungsgründe haben und handelt nicht arglistig, wenn er einer Pfändung widerspricht, die in sein Vermögen erfolgt, ehe er von seinem ordentlichen Richter gehört und verurteilt wurde. **§ 124.**

Die vertretungsberechtigten Gesellschafter haben auch den Offenbarungseid hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens zu leisten, ev. die Haft zu gewärtigen.

Geben zwei vertretungsberechtigte Gesellschafter verschiedene Erklärungen ab, so ist ebenso zu verfahren, wie wenn notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 CPO. vorläge (RG. 34, 366). Dieser Fall liegt jedoch nicht vor, wenn die Erklärungen nacheinander erfolgen. In diesem Falle bewirkt ein vorangehendes Zugeständnis, daß die Behauptung nachträglich nicht mehr bestritten werden kann, und ein nachträgliches Zugeständnis, daß die vorher bestrittene Behauptung zugestanden ist (vgl. Schoenfeld im Recht 05, 308 und Meyer ebenda 341; letzterer führt mit Recht aus, daß dasselbe gelte, wenn zwei Gesellschafter verschiedene Anwälte bestellen, die entgegengesetzte Erklärungen abgeben). Anm. 16.

Der **Gerichtsstand** regelt sich nach § 17 CPO. und wird durch den Sitz bestimmt. In den Fällen, in denen trotz Wechsels der Personen die Gesellschaft als solche bleibt (Anm. 47 ff. zu § 105), oder in denen die Gesellschafter statt der Gesellschaft Partei werden, bleibt auch der Gerichtsstand bestehen. Anm. 17.

Der Gerichtsstand des Sitzes gilt auch für Klagen gegen die Gesellschafter als solche oder von Gesellschaftern untereinander (§ 22 CPO.). Er ist auch dann gegeben, wenn die Mitglieder bereits ausgeschieden sind, ebenso gegen die Erben verstorbener Mitglieder, da die Vorschrift mit Rücksicht auf die Natur der Ansprüche gegeben ist (RG. in JW. 03, 174[5]).

δ) **Welchen Einfluß hat die Auflösung der Gesellschaft auf das schwebende Prozeßverfahren?** Anm. 18.

Hier ergeben sich folgende Unterscheidungen:

Die Gesellschaft hat geklagt. Tritt sie in Liquidation, so wird das Verfahren unterbrochen, kann aber sofort aufgenommen werden von den Liquidatoren und gegen dieselben. Diese Unterbrechung bzw das Recht auf Aussetzung (§ 246 CPO.) ist auch gegeben, wenn die bisherigen geschäftsführenden Gesellschafter Liquidatoren werden; denn die Vertretungsbefugnis, wie sie bisher war, hört auf und eine neue mit anderem Inhalt und Umfang tritt ein (dagegen Hellwig Anspruch 297 und Arend Parteiqualität 76).

Tritt eine Liquidation nicht ein, oder ist eine solche nach Lage der Sache nicht erforderlich, so bleibt die Gesamtheit der bisherigen Gesellschafter Prozeßpartei. (So die der Anm. 6 dargelegten Ansicht entsprechende ständige Rechtsprechung des RG. z. B. 35, 88; JW. 03, 388[19]; JW. 01 226[3]; Bolze 10 Nr. 536 gegen 6./7. Aufl.; vgl. Schaefer bei Gruchot 38, 808).

Die Gesellschaft ist verklagt. Es muß unterschieden werden, ob die Gesellschaft in Liquidation tritt, oder ob die Liquidation beseitigt wird. Im ersteren Falle wird das Anm. 19.

§ 124. Verfahren unterbrochen, bzw. auf Antrag ausgesetzt, kann jedoch von den Liquidatoren und gegen dieselben fortgesetzt werden (vgl. Bolze 13 Nr. 502). Im letzteren Falle aber, wenn die Liquidation beseitigt wird oder wenn eine Liquidation nicht stattfindet, bleiben sämtliche Gesellschafter Prozeßpartei (vgl. Anm. 18). Das Urteil richtet sich gegen sie als Gesamtschuldner. Der Kläger ist nicht gehindert, da ihm die Gesellschafter solidarisch haften, gegen einen oder einzelne den Prozeß fortzusetzen (RG. 46, 39; JW. 01, 653[18]; JW. 00, 18[28]; RG. 34, 362; Bolze 9 Nr. 477; OLG. Köln in OLGR. 3, 344; OLG. Braunschweig SeuffA. 3. Folge I 231; KG. in OLGR. 3, 345). Falls während der Liquidation im Bestande der Gesellschafter eine Veränderung stattfindet, z. B. ein Gesellschafter stirbt, so hat dies, da die Gesellschaft parteifähig ist und die gesetzlichen Vertreter unverändert bleiben, auf den Prozeß keinen Einfluß (RG. 45, 342).

Anm. 20. Tritt die Auflösung der Gesellschaft in der Weise ein, daß das Geschäft mit Aktiven und Passiven an einen Gesellschafter oder einen Dritten veräußert wird, so gelten an sich die gleichen Grundsätze insoweit, als die bisherigen Gesellschafter Partei bleiben. Der dritte Erwerber kann ohne Zustimmung des Gegners (§ 236 Abs. 2 CPO.) nicht in den Prozeß als Kläger eintreten (RG. 35, 389), noch als Beklagter Prozeßpartei werden (RG. 46, 42). Dasselbe gilt, wenn das Vermögen der o. H. G. in eine G. m. b. H. oder eine Aktiengesellschaft eingebracht wird. Erwirbt ein Gesellschafter das Geschäft, so verbleibt er als Mitgesellschafter (also nicht als Rechtsnachfolger) Prozeßpartei (RG. 46, 41).

Anm. 21. In allen diesen Fällen (Anm. 19 u. 20) bleibt der bisherige Rechtsstreit bestehen; es ändert sich daher auch z. B. die örtliche Zuständigkeit nicht (RG. im Recht 02, 78). Ist ein bedingtes Endurteil gegen die Gesellschaft ergangen, so kann, wenn die Gesellschaft sich ohne Liquidation auflöst, dasselbe gegen die Gesellschafter geläutert werden (dagegen OLG. Köln in OLGR. 3, 344).

Anm. 22. ε) Zur Zwangsvollstreckung gegen die o. H. G. ist erforderlich, daß sie verklagt und verurteilt ist; Abs. 2 unseres Paragraphen erfordert ausdrücklich einen gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel. Es genügt nicht ein gegen die Gesellschafter, und sei es auch gegen alle Gesellschafter, gerichteter Schuldtitel. Der dies gestattende § 736 CPO. findet nur auf die bürgerliche Gesellschaft Anwendung. Über die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter siehe § 129 Abs. 4. Über die Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber eines einer o. H. G. gehörenden Geschäfts Anm. 41 u. 43 zu § 17.

Anm. 23. Ist ein Urteil gegen die Gesellschaft ergangen und hat sich diese ohne Liquidation aufgelöst, so ist der Kläger gemäß der Anm. 6, 19, 20 dargelegten Ansicht berechtigt, eine Vollstreckungsklausel gegen die bisherigen Gesellschafter zu fordern (KG. in OLGR. 3, 345). Ob die Beschränkung, daß nur in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken ist, in die Vollstreckungsklausel aufzunehmen ist, läßt das KG. dahingestellt; mit Rücksicht auf etwaige besondere Einwände der Gesellschafter ist die Aufnahme für nötig zu erachten.

Anm. 24. ζ) **Die Wirkungen des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils:**

aa) **Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit.** Es ist vollstreckbar gegen die Gesellschafter in ihrer Vereinigung, d. h. in das Gesellschaftsvermögen, nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter, weil es gegen sie in dieser Beziehung nicht gerichtet war (§ 129 Abs. 4); das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft sich aufgelöst hat und in Liquidation befindet (Bolze 19 Nr. 618). Wenn die Gesellschaft sich ohne Liquidation aufgelöst oder die Liquidation beendet hat, ohne die in Frage stehende Schuld zu tilgen, so ergeht das Urteil gegen „die pp. als bisherige Gesellschafter der Gesellschaft usw.". Löst die Gesellschaft sich ohne Liquidation nach dem Urteil auf, so vgl. Anm. 23. Im übrigen aber muß, um zu einer Vollstreckung gegen die Gesellschafter zu gelangen, selbständig gegen sie geklagt werden (ROHG. 6, 419; OG. Wien bei Nowak 2, 79 und bei Adler-Clemens Nr. 769, 918, 1009, 1023, 1213, 1360). Zweifelsohne kann diese Klage mit der Klage gegen die Gesellschaft

verbunden werden (vgl. Anm. 5 zu § 128). Lautet das Urteil gegen den Einzelgesellschafter nicht, so kann er der Pfändung in sein Privatvermögen widersprechen, sei es auf Grund des § 766, oder auch nach § 771 CPO. Auch aus der Feststellung in der Tabelle im Konkurse der o. H. G. kann gegen die einzelnen Gesellschafter nicht vollstreckt werden (KG. bei Bauer 8, 42). Zu weit geht Jaeger (Konkurs der o. H. G. 78), wenn er dies annimmt. Er legt dem Umstande, daß jeder einzelne Gesellschafter im Gesellschaftskonkurse Gemeinschuldner ist und als solcher das Bestreitungsrecht hat, übergroße Bedeutung bei. Die Bedeutung dieses Umstandes liegt darin, daß die Feststellung Rechtskraft gegen ihn nicht macht, wenn er von seinem Bestreitungsrecht Gebrauch macht (so auch Jaeger 75) und Rechtskraft gegen ihn macht, wenn er nicht bestreitet. Aber kein Anlaß liegt vor, hier die verschiedene Bedeutung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Gesellschaftsschuld für die Gesellschafter zu leugnen, die bei anderen Judikaten angenommen wird (Jaeger, KO. Anm. 9 zu § 164 ist jetzt dieser Ansicht beigetreten.)

Anm. 25. ββ) **Hinsichtlich der Rechtskraft** liegt die Sache so, daß die Gesellschaftsschuld festgestellt ist. Die nach dem eben Gesagten erforderliche besondere Klage stützt sich daher nach rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft auf die rechtskräftig — nicht bloß vorläufig vollstreckbar (RG. 3, 338) — festgestellte Gesellschaftsschuld (eine Art actio judicati). Einwendungen, welche die Gesellschaft in ihrem Prozesse vorgebracht hat oder vorbringen konnte, sind dem einzelnen Gesellschafter nunmehr benommen, persönliche Befreiungsgründe kann er vorbringen, aber auch nur diese (§ 129; ebenso die frühere Rechtsprechung RG. 3, 57; 5, 71; 13, 96; 34, 365). Was hier von dem Judikat gesagt ist, gilt auch von einem prozessualischen Vergleiche, den die Gesellschaft geschlossen hat (RG. 13, 96; 49, 343 und jetzt KG. bei Bauer 8, 42 und RG. in JW. 02, 213[3]), sowie von der Feststellung der Forderung im Konkurse der Gesellschaft (§§ 146 Abs. 2; 164 Abs. 2 KO.; RG. 36, 62), es sei denn, daß der betreffende Gesellschafter die Forderung bestritten hätte (vgl. Jaeger, Konkurs der o. H. G., 75).

Anm. 26. **Wird die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen**, so steht jedem Gesellschafter die exceptio rei judicatae zu (RG. 5, 70).

Anm. 27. **Die Vorteile und Nachteile dieser Rechtskraftwirkungen erstrecken sich auf alle Gesellschafter, die während der Dauer des Prozesses der Gesellschaft angehört haben,** wie Behrend (§ 74 Anm. 10) formuliert, gegenüber allen denen, die, falls die Forderung begründet ist, persönlich haften; nur nicht, wie das Reichsgericht (3, 57) nicht weit genug oder mindestens nicht präzis genug formuliert, gegen die „aktuellen Gesellschafter". Gegen alle, die der Gesellschaft während der Dauer des Prozesses angehört haben, entsteht durch den Prozeß gegen die Gesellschaft Rechtshängigkeit (RG. 49, 340), und deshalb wirkt die Rechtskraft gegen alle diese und nur gegen sie. Scheidet daher ein Gesellschafter während der Dauer des Prozesses aus, ohne daß infolge zulässiger Vereinbarung die Gesellschaft aufgelöst wird, so befreit sich der Ausscheidende von den Konsequenzen des einmal auch gegen ihn anhängig gewordenen Prozesses nicht; er wird im Prozesse selbst nach § 740 BGB. in bezug auf seine gesellschaftlichen Interessen durch die verbleibenden Gesellschafter vertreten und das Urteil macht auch Rechtskraft gegen ihn. Tritt endlich ein Gesellschafter während des Prozesses der Gesellschaft bei, so tritt er in alle bisherigen Verpflichtungen derselben ein (§ 130), es wird so angesehen, als sei der jetzt bestehende Personenverein mit dem früheren identisch, und deshalb macht das Urteil auch Rechtskraft gegen den neu Beitretenden.

Anm. 28. 2. **Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der Einzelgesellschafter.**

a) Wie bereits Anm. 27 zu § 105 ausgeführt ist, steht das Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum der Gesellschafter. Kein Gesellschafter hat einen bestimmten Anteil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen Gegenständen, welche dazu gehören, und kann demgemäß über einen solchen auch nicht verfügen. Aus diesem in den §§ 718 und 719 BGB. für alle Gesellschaften aus-

§ 124. gesprochenen und im HGB. für die o. H. G. daher nicht mehr ausgesprochenen, aber für sie geltenden Prinzip ergibt sich von selbst, **daß auch die persönlichen Gläubiger eines offenen Handelsgesellschafters nicht die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände zum Gegenstande ihres Zugriffs machen können.** Der frühere Art. 119 sprach dies ausdrücklich aus. Im § 725 Abs. 2 BGB. ist diese Folgerung für die bürgerliche Gesellschaft gezogen, auf die o. H. G. findet sie entsprechende Anwendung; ganz direkte Anwendung ist nicht möglich, weil der Gesellschaftsgläubiger hier noch andere Rechte, als den im § 725 Abs. 2 BGB. dem Zugriffe des Gläubigers freigegebenen Gewinnanteil, während der Dauer der Gesellschaft geltend machen kann (vgl. Anm. 31).

Anm. 29. b) **Die persönlichen Gläubiger des Gesellschafters** sind vom Zugriffe auf das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen. Das ist der Gegensatz zu den Gläubigern, welche die Gesellschaft selbst in Anspruch nehmen. Persönlicher Gläubiger des Gesellschafters ist nicht nur der, welcher aus einer besonderen Rechtsverbindung mit dem Gesellschafter einen Anspruch herleitet, sondern auch der Gesellschaftsgläubiger, insoweit es sich um Inanspruchnahme des Gesellschafters auf Grund seiner Solidarhaft handelt. Auch insoweit darf das Gesellschaftsvermögen nicht in Anspruch genommen werden. Soll dies geschehen, so muß die Gesellschaft verklagt und verurteilt werden (§ 124 Abs. 2). Auch wenn sämtliche Gesellschafter verurteilt sind, nicht aber die Gesellschaft, so kann das Urteil in das Gesellschaftsvermögen nicht vollstreckt werden (vgl. Anm. 22).

Anm. 30. c) **Das Gesellschaftsvermögen** ist vom Zugriffe seitens der persönlichen Gläubiger der Gesellschafter befreit. Zum Gesellschaftsvermögen gehören alle durch die Gesellschafter in die Gesellschaft eingebrachten oder durch die Gesellschaft erworbenen Vermögensrechte (§ 718 BGB.). — Über den Begriff Eigentum der Gesellschaft und über den Begriff Einbringung s. Anm. 27 ff. zu § 105, Anm. 3 zu § 111. — Ein vom Gesellschafter der Gesellschaft nur zur Bearbeitung übergebener Gegenstand gehört dazu nicht (ROHG. 21, 129). ebensowenig ein dieser quoad usum überlassener Gegenstand. Sobald aber der Gegenstand aus dem Sondereigentum eines Gesellschafters in das Vermögen der Gesellschaft übergeht, hört er auf, Gegenstand der Vollstreckung für die persönlichen Gläubiger des Einzelgesellschafters zu sein. Das gilt z. B. vom Geschäftsvermögen des Kaufmanns A, wenn er in die o. H. G. B und C eintritt, oder wenn er in das Geschäft des B eintritt, um mit diesem eine o. H. G. zu bilden, und hierbei die Übernahme der früheren Schulden des A rechtsgültig ausgeschlossen worden wäre (§ 28). Gegen betrügliche Einbringungsakte hilft das Anfechtungsgesetz (vgl. z. B. RG. 24, 14).

Anm. 31. Zugänglich aber ist dem Zugriffe der persönlichen Gläubiger alles dasjenige an Gesellschaftsrechten, was der Gesellschafter übertragen kann: vornehmlich sind dies die Ansprüche auf Zinsen und Gewinn und auf Auseinandersetzungsguthaben (vgl. Anm. 28). Das Nähere hierüber s. Anm. 11 ff. zu § 109, insbesondere auch darüber, ob auch Rechte auf Büchereinsicht übertragbar sind. Das letztere ist natürlich nicht der Fall und deshalb sind sie nicht pfändbar.

Anm. 32. d) **Unter dem Zugriffe der Gläubiger,** der ausgeschlossen ist, ist sowohl der Zugriff durch Zwangsvollstreckung, als auch durch Arrest zu verstehen. Auch die Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO. gehört dazu.

Anm. 33. 3. **Das Aufrechnungsrecht bei der offenen Handelsgesellschaft.** (Lit. Witte die Aufrechnung im Recht der o. H. G. Greifswald 99).

a) **Die Gesellschaft ist Klägerin.** Sie braucht sich nur eine Gesellschaftsschuld zur Aufrechnung entgegenhalten zu lassen, nicht eine Schuld des einzelnen Gesellschafters (§ 719 Abs. 2 BGB.); auch nicht eine Schuld aller Gesellschafter z. B. unter anderer Firma oder in anderer Eigenschaft (Gierke in ABürgR. 19, 126). Sie braucht sich aber nur nicht die Aufrechnung gefallen zu lassen, selbverständlich kann sie sich dieselbe gefallen lassen, bzw. ihr vertretungsberechtigtes Mitglied (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1555; vgl. Laband ZHR. 31, 14). Die Verantwortung für diese Zulassung hat der vertretungsberechtigte Gesellschafter gegen die

Gesellschaft; aber nach außen ist er zu jeder dem Gesellschaftsfonds nachteiligen Verfügung legitimiert. **§ 124.**

b) **Die Gesellschaft ist Beklagte.** Sie kann gegen die geltend gemachte Gesellschaftsschuld nur ihre Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung benutzen, **nicht die Privatforderungen** ihrer Gesellschafter, weil es nicht ihre eigenen, sondern fremde sind (ROHG. 6, 419; RG. 11, 117; § 387 BGB.). Durch Abtretung oder Einbringung aber wird die Privatforderung des Gesellschafters Gesellschaftsforderung und dadurch zur Aufrechnung geeignet. Dem steht die bloße Einwilligung des berechtigten Gesellschafters in die Vorschützung der Aufrechnungseinrede nicht gleich. Denn dadurch wird sie noch keine Gesellschaftsforderung und nur mit einer solchen kann die beklagte Gesellschaft die Aufrechnung gegen ihren Gläubiger erzwingen (Bolze 9 Nr. 474; anders OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 72; auch das RG. 31, 81, welche Entscheidung von Conrades in ZHR. 43, 52 mit Erfolg bekämpft wird). Die Abtretung kann der forderungsberechtigte und zugleich vertretungsberechtigte Gesellschafter noch im Prozesse erklären (Puchelt Anm. 4 zu Art. 121). Die Gesellschaft kann aber auch nur Forderungen derselben Gesellschaft zur Aufrechnung benutzen, worauf wohl zu achten ist, wenn dieselben Personen mehrere Gesellschaften bilden (ROHG. 24, 156). Anm. 34.

c) **Der Einzelgesellschafter ist Kläger.** Er braucht sich allerdings nur Forderungen, die gegen ihn persönlich bestehen, entgegenhalten zu lassen. Dazu gehören jedoch infolge der neben der Gesamtverpflichtung der Gesellschaft bestehenden solidarischen Einzelverpflichtung der Gesellschafter auch die Forderungen gegen ihn auf Erfüllung der Gesellschaftsschulden (RG. 31, 86; 41, 27). Auch wenn die Gesellschaft im Konkurse ist, wird hieran nichts geändert, schon nach früherem Rechte nicht (RG. 41, 47), und noch weniger nach neuem Recht, da nunmehr der Gesellschaftskonkurs die Solidarhaft des einzelnen nicht in Konkurs geratenen Gesellschafters zweifelsohne nicht berührt (vgl. Anm. 5 zu § 128). Anm. 35.

d) **Der Einzelgesellschafter ist Beklagter.** Hier muß unterschieden werden: ob er auf Grund seiner Haftung für die Gesellschaftsschulden oder wegen einer mit seinem Gesellschaftsverhältnis in keinem Zusammenhange stehenden Schuld verklagt wird. Anm. 36.

Im ersteren Falle darf er zunächst unbedenklich seine Privatforderung dem Kläger entgegenhalten. Denn die aus seiner persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden entspringende Schuld ist eben seine Privatschuld. Eine solche Aufrechnungserklärung befreit auch die Gesellschaft von ihrer Schuld (§ 422 BGB.; früher RG. 11, 119). Dem aufrechnenden Gesellschafter bleibt gegen die Gesellschaft der Regreß auf Grund des § 110. Er kann aber in diesem Falle auch eine Gesellschaftsschuld vorschützen, und zwar nach Maßgabe des § 129 Abs. 3 und des dort Ausgeführten (vgl. hierüber Anm. 10 zu § 129). Er kann aber selbstverständlich nicht eine Privatforderung eines anderen Gesellschafters zur Aufrechnung entgegensetzen (§ 422 Abs. 2 BGB.); auch nicht mit Zustimmung des letzteren, denn der Gläubiger braucht sich die Aufrechnung mit einer fremden Forderung nicht gefallen lassen.

Im zweiten Falle, wenn er auf Grund seiner persönlich begründeten Schulden belangt wird, kann er nur seine persönliche Forderung entgegensetzen, nicht aber die Forderung der Gesellschaft, wider den Willen des Klägers selbst nicht im Einverständnisse mit den übrigen Gesellschaftern, weil sie dadurch noch immer nicht seine Forderung wird (RG. 10, 49; 31, 84 vgl. 41, 25; § 337 BGB.; vgl. auch OLG. Dresden in OLGR. 6, 25; OLG. Jena in ThürBl. NF. 28, 269). Anders Laband a. a. O. 15, der aber den Schwerpunkt auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander verlegt, während er in Wahrheit im Verhältnis zum Dritten, zum Gläubiger, liegt, der sich nicht die Aufrechnung mit einer fremden Forderung gefallen zu lassen braucht. Das Recht des vertretungsberechtigten Gesellschafters, über die Forderung zu verfügen, nimmt ihr ihren Charakter als fremde Forderung nicht; kann ja auch der Generalbevollmächtigte in einem gegen ihn persönlich angestellten Prozesse die Forderung seines Machtgebers nicht zur Aufrechnung benutzen. Wohl aber kann der wegen einer Privatforderung verklagte Gesellschafter die Gesellschaftsforderung nach Auflösung der Gesellschaft und Abtretung der Gesellschaftsforderung an ihn vorschützen, aber auch, wie hinzuzufügen ist, Anm. 37.

§ 124. nach Abtretung der Forderung während des Bestehens der Gesellschaft, da einer solchen Abtretung nichts entgegensteht. Diese Abtretung kann auch vom vertretungsbefugten Gesellschafter an sich selbst erfolgen, sofern keine Bedenken aus § 181 BGB. entgegenstehen. Aber ohne Überweisungsakt ist der Gesellschafter nicht berechtigt, eine Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung zu benutzen. Darin ist dem Reichsgericht (10, 49) gegen Behrend (§ 76 Anm. 7) und Laband zuzustimmen.

Anm. 38. Nicht berührt durch vorstehende Grundsätze sind:

1. **Die prozessualen Erfordernisse** der Aufrechnung und ihre **sonstigen Voraussetzungen nach bürgerlichem Rechte.**

2. **Die vertragsmäßige Aufrechnung.** In betreff ihrer herrscht Vertragsfreiheit. Es kann daher der vertretungsbefugte Gesellschafter vereinbaren, daß seine Privatschuld durch Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung gedeckt werde. Solche Abreden muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen, bis auf den Fall der Kollusion (ROHG. 9, 429 vgl. auch RG. 10, 47). Über Kollusion vgl. Anm. 15 zu § 126.

Anm. 39. **Zusatz. Übergangsfrage.** Hierüber Anm. 20 zu § 123.

§ 125.

§ 125. Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (Gesammtvertretung). Die zur Gesammtvertretung berechtigten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung.

Der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesammtvertretung oder eine gemäß Abs. 3 Satz 1 getroffene Bestimmung sowie jede Aenderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Lit.: Gorski, Geschäftssicherung und Vertretung Wien 88.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph stellt die gesetzliche Regel auf, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft allein zu vertreten berechtigt ist** (Abs. 1), **stellt ferner drei Ausnahmen hiervon auf** (Abs. 1, 2 u. 3) **und schreibt endlich die Eintragung dieser Ausnahmen vor** (Abs. 4). Die Vertretungsbefugnis ist, wie hier nochmals bemerkt sein mag, das Recht, die Gesellschaft nach außen zu vertreten, die Geschäftsführungsbefugnis bezieht sich auf das Verhältnis nach innen (vgl. hierüber Anm. 1 zu § 114). Die Vertretungsbefugnis beruht nicht auf einer Vollmacht, sondern auf dem Gesetz (vgl. Anm. 3 zu § 126).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die gesetzliche Regel ist, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft allein zu vertreten berechtigt ist.** Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges festsetzt, so gilt diese Regel. Das schreibt Abs. 1 vor. Es gilt hier auch nicht die Rechtsvermutung des § 714 BGB.,

wonach ein Gesellschafter die Vertretungsbefugnis so weit hat, als ihm nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht. Diese Vermutung fällt hier weg. Vielmehr hat jeder Gesellschafter die Ermächtigung zur Vertretung Dritten gegenüber, der nicht hiervon durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist. Wenn der Gesellschaftsvertrag nach dieser Richtung keine Beschränkung enthält, so braucht über die Vertretungsbefugnis auch nichts in das Register eingetragen zu werden. Nur wenn eine der Ausnahmen Platz greift, so ordnet Abs. 4 die Eintragung an. Indessen kann eben der Gesellschaftsvertrag Ausnahmen machen, also Ausschließungen und Beschränkungen der alleinigen Vertretungsbefugnis jedes Gesellschafters festsetzen. **§ 125.**

2. (Abs. 1.) **Die durchgreifendste Ausnahme ist, daß ein Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis gänzlich ausgeschlossen ist.** Der gänzliche Ausschluß muß deutlich sein. Nicht genügend ist es, wenn gesagt wird, daß der oder jener Gesellschafter zur Vertretung befugt sei (OLG. Stuttgart in BuschA. 9, 453), wohl aber muß die Bestimmung für genügend erachtet werden, daß nur ein Gesellschafter vertretungsberechtigt ist. In diesem Fall fällt die Vertretungsmacht der anderen fort. Anm. 2.

Können alle Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden? Diese Frage muß, mit der 6./7. Aufl. verneint werden, obwohl die allgemeine Ansicht für die Bejahung ist (KGJ. 10, 27; OLG. Stuttgart in ZHR. 42, 527; Rießer ebenda 42, 322; Makower I 239; OLG. Dresden in OLGR. 2, 516, welches bei Ausschluß aller Gesellschafter alle gemeinschaftlich für vertretungsberechtigt erachtet; dagegen KfHS. Annaberg SächsA. 10, 773, welche zwar den Ausschluß für möglich hält, die Gesamtvertretung aber ausschließt; ferner Lehmann-Ring, Rudorff, Goldmann zu diesem Paragraph; auch Gorski 154; Hoeniger im Recht 03, 234; dagegen mit sehr eingehender Begründung Bacmeister in ZHR. 55, 417). Daß eine o. H. G. durch die Gesellschafter oder gemäß den Bestimmungen dieses Paragraphen durch einen oder mehrere vertreten wird, liegt im Wesen dieser Gesellschaft. Sie ist nach § 124 berechtigt, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, sie muß also auch in die Lage gesetzt werden, nach außen durch sich selbst oder ihre geborenen Vertreter, die Gesellschafter, in Rechtswirksamkeit zu treten. Ebenso, wie nach außen eine Bestimmung unzulässig ist, daß eine Person lediglich durch Bevollmächtigte handelt, und sich selbst nicht verpflichten kann, ist begrifflich ein Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung unzulässig (ähnlich Anm. 17 zu § 232). Anm. 3.

Der von der Vertretung Ausgeschlossene kann aber zur Vornahme einzelner bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt werden. Das folgt aus der Analogie der Absätze 2 und 3 (vgl. Litthauer-Mosse Anm. 3). Aber generelle Handlungsvollmacht kann ihm nicht erteilt werden (anders Makower I 240). Zwar ist eine Handlungsvollmacht, auch eine allgemeine, verschieden von der Vertretungsbefugnis, schon ihrem Inhalte nach und ferner hinsichtlich der Widerruflichkeit; aber nach außen stellt sich die Betätigung einer allgemeinen Handlungsvollmacht im großen und ganzen ebenso dar, wie die Betätigung einer Vertretungsbefugnis, so daß der Rechtsverkehr eine Vertretungsbefugnis als vorhanden anzunehmen befugt ist. Auch ist es schon eine Ausnahme von dem im § 126 aufgestellten Prinzip der inhaltlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis, daß § 125 Abs. 2 und 3 die Ermächtigung zu ganzen Arten von Geschäften nebenher gestattet, und es ist nicht angängig, diese, an sich schon mit dem Prinzip schwer vereinbare Ausnahme, noch weiter auszudehnen. Aus denselben Gründen ist es nicht gestattet, einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter zum Prokuristen zu bestellen (dagegen Düringer-Hachenburg I 176; Makower I 89; Goldmann Anm. 12). Anm. 4.

Ein ausgeschlossener Gesellschafter darf die Gesellschaft nicht vertreten. Zeichnet er die Firma, so kann hierin eine Urkundenfälschung liegen (RGSt. 33, 397). Anm. 5.

3. (Abs. 2.) **Eine weitere Ausnahme ist die Gesamtvertretung** (oder Kollektivvertretung). Es kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Anm. 6.

§ 125. a) Die Gesamtvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Wie die Gesamtprokura eine Vollprokura ist, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vgl. Anm. 9 zu § 48), so liegt hier eine Vertretungsbefugnis, nur getragen von mehreren Gesellschaftern, vor.

Demgemäß bezieht sich denn auch die Gesamtvertretung auf Rechtsakte aller Art, im vollen Umfange des § 126, und kann auch nicht eingeschränkt werden auf einzelne Akte und Geschäftszweige oder Arten von Rechtshandlungen. Wenn sich dennoch Eintragungen finden, wonach mehrere Gesellschafter nur gemeinsam zur Zeichnung der Firma berechtigt sind, so sind solche Eintragungen deshalb gültig, weil ihr Inhalt dahin auszulegen ist, daß sie sich auf die Vertretungsbefugnis überhaupt beziehen (RG. 24, 27; 34, 56; KGJ. 15, 98).

Anm. 7. b) Die Ausübung der Gesamtvertretung. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämtlichen Gesamtvertreter mitwirken. Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen. Brauchen sie auch nicht gerade stets den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinschaft vorzunehmen, so muß sich doch immerhin der Akt als ein von allen Gesamtberechtigten geschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (vgl. Anm. 10 zu § 48). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurteilen, ob bei nicht gleichzeitigem Handeln der Gesamtberechtigten dennoch ein verpflichtender Akt vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht immer unzulässig (ROHG. 16, 33; Bolze 8 Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (ROHG. 6, 392; 12, 34; 17, 402), wie z. B. wenn der eine Gesamtvertreter verhandelt, der andere zuhört und nicht widerspricht. Überall aber muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht Internum der Gesamtberechtigten bleiben (RG. 40, 19 u. RG. in JW. 98, 164). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht, um das Erfordernis der Mitwirkung zu erfüllen (Bolze 4 Nr. 807; Behrend § 128 Anm. 10); vgl. jedoch Anm. 10.

Anm. 8. c) Der Beweis dieser Mitwirkung ist von dem zu führen, der ein Recht darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Anbietung des Beweises, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des anderen Gesamtvertreters abgegeben ist, es muß dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (ROHG. 17, 402; Bolze 8 Nr. 548).

Anm. 9. d) Ein Gesamtvertreter, der ohne Mitwirkung des anderen handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich. Es greift hier § 179 BGB. Platz; vgl. RG. 6, 214; Bolze 18 Nr. 229). Näheres hierüber Anm. 49 ff. im Exk. zu § 58.

Es ist hierbei jedoch das in folgendem zu e, f, g Gesagte zu beachten.

Anm. 10. e) Die Gesamtvertreter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Das schreibt Abs. 2 ausdrücklich vor. Darin liegt die Erteilung einer Handlungsvollmacht (vgl. RG. 48, 57 ferner § 232). Der auf diese Weise Bevollmächtigte kann handeln ohne Mitwirkung seiner Kollektivgenossen. Eine solche Ermächtigung hat die Natur und demgemäß auch den Umfang einer Handlungsvollmacht und ist konsequenterweise auch wie diese widerruflich.

Auf solcher Ermächtigung beruht z. B. die Gültigkeit der von einem Gesamtvertreter auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossenen Börsengeschäfte. Auch eine Postvollmacht können daher Gesamtvertreter einem von ihnen übertragen (vgl. Erl. zu § 48), und die D. 98 weist ausdrücklich darauf hin (vgl. auch RG. 24, 28). Ein weiteres Beispiel wäre die Ermächtigung eines Gesellschafters zur Ausstellung von Quittungen (D. 98). — Die Ermächtigung bedarf natürlich keiner Form: bloßes Dulden kann genügen (RG. 5, 16; OLG. Karlsruhe bei Bauer 7, 160: fortdauernde Vertretung durch einen Gesellschafter; vgl. auch RG. 48, 57 und Erl. zu § 232).

Anm. 11. f) Außerdem wird eine eigenmächtige Handlung eines Gesamtvertreters gültig durch nachträgliche Zustimmung der alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter oder der anderen Gesamtvertreter (vgl. Anm. 4, 11 zu § 232 und RG. in JW. 05, 527 *); aber selbstverständlich nur in dem Falle, in dem nach sonstigen Grundsätzen die Zustimmung ausreicht.

Nicht immer ist dies der Fall. Handelt es sich z. B. um die Teilnahme der o. H. G. an der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, so muß die Stimmabgabe seitens beider Gesamtvertreter gemeinsam geschehen; würde nur der eine erscheinen, der andere aber nachträglich die Stimmabgabe genehmigen, so reichte das, weil dem Wesen der Abstimmung zuwider, nicht aus. Das gleiche gilt bei Formalakten, wie Auflassung, notwendigen schriftlichen Verträgen usw. **§ 125.**

g) Und endlich kann der Gesamtvertreter auch gesetzliche Vertretungsbefugnis zu gewissen Rechtshandlungen haben. So z. B. § 56 HGB.: Zahlung im Laden; § 370 BGB.: Überbringer der Quittung. Weiter hebt Abs. 2 und 3 unseres Paragraphen hervor, daß zur Entgegennahme von empfangsbedürftigen Willenserklärungen jeder einzelne von mehreren Gesamtvertretern legitimiert ist. Diese gesetzliche Einzelbefugnis kann auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden (vgl. §§ 28 Abs. 2, 40 BGB.). Beispiele: Annahme von Vertragsofferten, Kündigungen, Mängelanzeigen. Anm. 12.

(Eine Entlassung eines Handlungsgehilfen kann, da sie rechtsgeschäftliche Natur hat, nicht von einem Gesamtvertreter allein vorgenommen werden. Bei der einseitigen Erklärung aber, von einem Entlassungsgrund Gebrauch zu machen, genügt die Vornahme seitens eines mehrerer Gesamtvertreter, wenn der Grund demnächst als wichtiger anerkannt wird [RG. bei Holdheim 9, 125]).

Zugleich liegt hierin ein durchschlagendes Argument für die schon unter dem früheren Recht herrschend gewordene Ansicht, daß, wo es auf das Wissen einer Tatsache ankommt, die Kenntnis auch nur eines Gesamtvertreters genügt, um die Unredlichkeit der Gesellschaft zu begründen (vgl. auch Anm. 9 zu § 48 und RG. in JW. 00, 624[10]). Haben daher zwei gesamtberechtigte Gesellschafter einen Rechtsakt für die Gesellschaft vorgenommen und fällt auch nur dem einen von ihnen betrügerisches Verhalten zur Last, so hat die Gesellschaft dies zu vertreten (RG. in JW. 99, 46), ebenso, wenn auch nur ein Gesellschafter die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit verschuldet hat (RG. in JW. 99, 305[14]). Vom Wissenmüssen gilt das gleiche nicht.

Über Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen aus Umständen, die nur in der Person eines Gesellschafters begründet sind vgl. RG. 43, 104.

h) Über die Form, wie die gesamtvertretungsbefugten Gesellschafter die Firma zu zeichnen haben, s. Anm. 4 zu § 108. Anm. 13.

4. (Abs. 3.) **Die letzte Ausnahme von der Alleinvertretungsbefugnis ist die Zulässigkeit der Bestimmung, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen handeln dürfen.** Die Zulässigkeit dieser Vertretungsform war früher zweifelhaft (vgl. 5. Aufl. § 4 zu Art. 43). Anm. 14.

Die Bestimmung, daß das Zusammenwirken mit einem Handlungsbevollmächtigten geschehen soll, ist im Gesetz nicht zugelassen und deshalb ungültig (D. 99; anders Makower I 238; ein Fall einer Gesamtvertretung von Vorstandsmitglied und Handlungsbevollmächtigten KGJ. 17, 12).

a) Zulässig ist hiernach die Anordnung, „daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung ermächtigt sein sollen". Diese Worte sind nur so zu verstehen, daß lediglich bei Anordnung einer Gesamtvertretung die bezeichnete Anordnung zulässig ist. Dies entspricht dem Anm. 3 dargelegten Prinzip, nach welchem nicht alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen oder durch gewählte Vertreter (Prokuristen) beschränkt sein können. Die Ansicht der 6./7. Aufl., daß auch, wenn nur ein Gesellschafter Vertretungsmacht hat, dieser durch einen Prokuristen zu beschränken ist (ebenso Makower I 239; dagegen Goldmann Anm. 29; Lehmann-Ring Nr. 10 d) kann daher nicht aufrecht erhalten werden (vgl. auch Anm. 17 § 232). Anm. 15.

b) Auch diese uneigentliche Gesamtvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Sie bezieht sich auf alle Rechtsakte. Es gilt hier alles, was Anm. 6 gesagt ist. Anm. 16.

Mit Entschiedenheit entgegenzutreten ist der Auffassung der D. (99), daß der Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht des Gesellschafters und des Prokuristen sich nach dem

§ 125. Umfang der Prokura richtet. Das Gegenteil muß angenommen werden, wie dies auch unter der Herrschaft des früheren Rechts das RG. zutreffend getan hat (RGZ. 15, 97), nämlich daß hierin eine Erweiterung der Vollmacht des Prokuristen liegt. Denn diese Erweiterung ist zulässig (§ 49 Abs. 2), während die Einschränkung der Vertretungsbefugnis des Gesellschafters nicht zulässig ist (§ 126). Die Denkschrift meint, daß ihre Ansicht „mit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Gesellschafters nicht im Widerspruch steht, weil die Beschränkung nicht in der Vertretungsmacht des Gesellschafters, sondern in derjenigen des Prokuristen ihren Grund habe". Allein dieses Argument ist nicht haltbar, weil es nicht logisch ist. Denn wenn die Denkschrift anerkennt, daß die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters dem Umfange nach unbeschränkbar ist, so leidet sie eben keinerlei Beschränkung, worin auch immer sie ihren Grund haben möge (vgl. hierüber auch Anm. 5 zu § 50; ebenso Lehmann-Ring Nr. 11, Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften 2, 335; Hellwig Anspruch 274 Anm. 27; dagegen Gareis Anm. 7; Goldmann Anm. 30; LG. Dresden bei Bauer 8, 242 für § 232 und Keyßner im Recht 00, 242).

Anm. 17. c) Über die Ausübung der gemeinsamen Vertretungsbefugnis gilt das oben in Anm. 7 Gesagte.

Anm. 18. d) Über den Beweis der Mitwirkung der Gesamtvertreter gilt das oben in Anm. 8 Gesagte.

Anm. 19. e) Über die Folgen des unbefugten Alleinhandelns eines Gesamtvertreters gilt gleichfalls das oben Anm. 9 Gesagte.

Anm. 20. f) Die Zulässigkeit der Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch die anderen gilt auch hier. Das schreibt Abs. 4 letzter Satz ausdrücklich vor. Vgl. daher auch hierfür Anm. 10.

Anm. 21. g) Über die nachträgliche Zustimmung oben Anm. 11.

Anm. 22. h) Über die gesetzliche Einzelvertretungsbefugnis des Gesamtvertreters oben Anm. 12.

Anm. 23. i) Über die Form der Firmenzeichnung durch die beiden Gesamtvertreter gilt das zu § 108 Gesagte entsprechend.

Anm. 24. 5. (Abs. 4.) **Alle Ausnahmen von der Einzelvertretung müssen zur Eintragung angemeldet werden.**

a) Was muß angemeldet werden? Alle Ausnahmen von der Einzelvertretung, also der völlige Ausschluß, ferner die Gesamtvertretung nach Abs. 2, und endlich die uneigentliche Gesamtvertretung nach Abs. 3 und alle Veränderungen, die in diesen Rechtsverhältnissen vor sich gehen, nicht aber die Bestimmung, daß alle Gesellschafter vertretungsberechtigt sind.

Anm. 25 b) Von wem? Von allen Gesellschaftern, also auch von den von der Vertretung Ausgeschlossenen, nicht aber von dem Prokuristen, welcher mit einem Gesellschafter uneigentliche Gesamtvertretung nach Abs. 3 hat. Im Falle richterlicher Entziehung der Vertretungsbefugnis genügt Anmeldung durch die anderen Gesellschafter (§ 16).

Anm. 26. c) Die Wirkung der Eintragung und Nichteintragung richtet sich nach § 15. Auf diesen muß hier verwiesen werden, und ebenso auf dessen Erläuterungen. Es braucht also insbesondere ein Dritter eine Gesamtvertretung, oder den völligen Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn sie nicht eingetragen war und er sie nicht gekannt hat; vielmehr kann er in solchen Fällen davon ausgehen, daß jeder Gesellschafter Einzelvertretung hat. Dagegen muß er sie gegen sich gelten lassen, wenn sie eingetragen war, außer wenn, was wohl niemals bewiesen werden kann, er die Eintragung nicht kennen mußte. Über alles dieses siehe die Erläuterung zu § 15.

Daß dies auch für die nicht eingetragenen Gesellschaften gilt, ist auch hier hervorzuheben (vgl. Anm. 4 zu § 15; vgl. auch ROHG. 15, 22).

Anm. 27. d) **Andererseits wird die durch die Eintragung und öffentliche Bekanntmachung erzielte Wirkung gegen Dritte wieder beseitigt durch ein Verhalten der Gesellschafter, welches**

dem öffentlich bekundeten Ausschließungs- oder Einschränkungswillen widerspricht. Ein solches Verhalten liegt noch nicht in der Übertragung eines einzelnen Geschäfts, auch nicht in der Zuteilung eines bestimmten Geschäftskreises, auch wenn er mit Rechtsgeschäften verknüpft ist, nicht nur mit faktischen Verrichtungen. Denn nach § 125 Abs. 2 und 3 kann ja der gesamtberechtigte Gesellschafter zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt werden, ohne daß dadurch seine Gesamtvertretung in eine Einzelvertretung sich umwandelt. Aber darin, daß die Gesellschafter es geschehen lassen, daß der gesamtberechtigte oder ausgeschlossene Gesellschafter sich als unbeschränkt vertretungsberechtigten Gesellschafter geriert, liegt ein Ausschluß der Wirkungen der Eintragung (vgl. RG. 24, 28, auch 5, 17). § 125.

Zusatz 1. Über die Legitimation der Vertreter der o. H. G. im Grundbuchverkehr vgl. Anm. 3 zu § 9. Es ist ein Zeugnis des Gerichts aus dem Handelsregister beizubringen. Es genügt im allgemeinen eine notariell beglaubigte Abschrift; die Urschrift kann der Grundbuchrichter nur fordern, wenn ihm aus erheblichen Gründen der Nachweis durch die Abschrift nicht genügend erscheint (KGJ. 20 A S. 285). Befindet sich das Registergericht an demselben Gericht, so ist ein weiteres Zeugnis nicht erforderlich (§ 35 GBO. und KGJ. 24 A S. 96). Anm. 28.

Ältere Zeugnisse sind nicht ohne weiteres zurückzuweisen, sondern nur, wenn begründete Bedenken dahin vorliegen, daß sich die eingetragenen Umstände geändert haben (KGJ. 20 A S. 179; OLG. Colmar in OLGR. 8, 313).

Zusatz 2. Übergangsfrage. Hierüber s. Anm. 20 zu § 123. Anm. 29.

§ 126.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Ertheilung und des Widerrufs einer Prokura. § 126.

Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam; dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

In Betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph handelt von dem Umfange der Vertretungsmacht des Gesellschafters. Er gibt ihr zunächst den denkbar weitesten Umfang (Abs. 1), stellt sodann die Unbeschränkbarkeit dieses Umfanges fest (Abs. 2) und bestimmt endlich eine ausnahmsweise Beschränkungsmöglichkeit (Abs. 3). Einleitung.

I. (Abs. 1.) **Der Umfang der Vertretungsbefugnis des Gesellschafters. Sie bezieht sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura.** Anm. 1.

1. **Auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen.** Soweit wie der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Gesellschaft vertreten will, ist er Dritten gegenüber dazu ermächtigt, muß die Gesellschaft die von ihm vorgenommenen Geschäfte gegen sich gelten lassen. Es ist nicht notwendig, daß sie zum Betriebe des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts gehören. Das geht Dritte nichts an. Auch zu freigebigen Verfügungen gilt er als ermächtigt (RG. 26, 18).

§ 126. Anm. 2. Die Vertretungsmacht erstreckt sich nicht auf die Aufnahme eines neuen Gesellschafters oder Kommanditisten oder stillen Gesellschafters. Es wäre dies eine Veränderung der inneren Struktur der Gesellschaft, die ohne Zustimmung aller Gesellschafter unzulässig ist und welche mit der Vorschrift des § 126, die die Verhältnisse nach außen regelt, nichts zu schaffen hat. Eine Vereinbarung des geschäftsführenden Gesellschafters, einen Dritten als Gesellschafter aufzunehmen, ist daher nichtig (RG. 52, 161 und bei Holdheim 13, 50).

Anm. 3. Schranken sind, anders als bei der Prokura (vgl. § 49), hier nicht gezogen. Darin liegt nicht allein ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied von der Prokura. Der Gesellschafter ist der geborene, der Prokurist der bestellte Vertreter der Gesellschaft, der erstere ist das Organ der Gesellschaft (vgl. RG. 2, 32); seine Vertretungsmacht ist daher nicht nach den Regeln der Vollmacht zu beurteilen (Hellwig Anspruch 274).

Anm. 4. **Auf der Stellung des Vertretungsberechtigten als Organ beruht auch die Haftung der Gesellschaft für außerkontraktlichen Schaden, insbesondere für Delikte des vertretungsbefugten Gesellschafters.** Für diese haftet die Gesellschaftet soweit, als sie von dem Gesellschafter begangen sind in Ausübung der Vertretungstätigkeit (in entsprechender Anwendung des § 31 BGB.). Es muß sich auch hier nicht gerade um Betriebsgeschäfte und nicht gerade um Handelsgeschäfte handeln. Vielmehr haftet die Gesellschaft immer dann, wenn der Schaden begangen ist bei Ausübung der Tätigkeit, die der Gesellschafter vorgenommen hat, um für die Gesellschaft handelnd aufzutreten. Natürlich wird für das Vorliegen solcher Vertretungstätigkeit eine erhebliche tatsächliche Vermutung sprechen, wenn es sich um eine Tätigkeit innerhalb des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft handelt. Diese Haftung der o. H. G. für die außervertraglichen Schadensstiftungen der Gesellschafter ist vom Reichsgericht schon nach früherem Recht in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen worden (RG. 15, 121 — Eingriff in Firmen-, Urheber-, Markenschutz- und Patentrechte —; 17, 93; 20, 190 — wissentlich falsche Empfehlung —; 32, 35; Bolze 5 Nr. 741 — Haftung für die Folgen einer Fabrikexplosion —; Bolze 4 Nr. 799; 6 Nr. 633; 7 Nr. 631; 13 Nr. 495; 21 Nr. 553 — falsche Empfehlung; ferner RG. 46, 18, welches die Haftung als festen Grundsatz ausspricht). Die D. (100) billigt diese Rechtsprechung. Vgl. auch Cosack § 107 1,c, der hier ein sicheres Gewohnheitsrecht annimmt.

Anm. 5. 2. **Insbesondere auf alle gerichtlichen Handlungen.**

a) Daß die Gesellschaft in Prozessen durch vertretungsbefugte Gesellschafter vertreten wird, darüber s. Anm. 9 zu § 124.

b) Die prozessuale Vertretungsbefugnis ist, wie die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters überhaupt, unbeschränkt und unbeschränkbar: sie hat den weitesten Umfang, den eine Vollmacht zur Prozeßführung nur haben kann. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter kann daher Prozeßvollmachten ohne Mitwirkung der anderen Gesellschafter ausstellen, Vergleiche und Schiedsverträge selbständig eingehen, Zugeständnisse machen und auf den Rechtsstreit verzichten, Aufrechnungserklärungen abgeben und entgegennehmen. Gibt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ein Zugeständnis ab, während der andere sich bestreitend verhält, so gilt das erstere, weil das Zugeständnis das frühere Bestreiten aufhebt und das nachträgliche unmöglich macht (§ 85 CPO. kommt hier, da es sich nicht um Bevollmächtigte handelt, nicht zur Anwendung). Werden beide Erklärungen gleichzeitig abgegeben, so ist eine rechtserhebliche Erklärung überhaupt nicht abgegeben, da von zwei Gleichberechtigten Widerstreitendes erklärt ist, eine rechtsgültige Erklärung also überhaupt nicht vorliegt (vgl. Bolze 9 Nr. 471; auch Anm. 16 zu § 124).

Anm. 6. c) Was in bezug auf Eidesleistungen für die Gesellschaft Rechtens ist, ergibt sich aus der prinzipiellen Erwägung, daß die Gesellschaft zwar formelle Parteifähigkeit, aber keine Prozeßfähigkeit besitzt und daher, wie überhaupt, auch im Prozesse durch gesetzliche Vertreter auftritt. Dieses sind die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Eide werden daher durch diese

geleistet, und es greifen im einzelnen die Bestimmungen der CPO. §§ 471, 472, 473 Abs. 1, 474, 476, 477 Platz (vgl. Anm. 12 zu § 124). **§ 126.**

d) **Gesamtvertreter** können auch hier nur gemeinsam handeln. Geben sie widersprechende Erklärungen ab, so wird es so angesehen, als sei eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben, und es treten Versäumnisfolgen ein (RG. 5, 71). Zustellungen aber erfolgen gültig an einen Gesamtvertreter (§ 171 Abs. 3 CPO.; Anm. 10 zu § 124). Anm. 7.

e) **Auch strafprozessuale Akte,** welche die Gesellschaft betreffen, wie die Stellung und Rücknahme von Strafanträgen kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter vornehmen (vgl. Anm. 1 zu § 49 wegen des Prokuristen). Anm. 8.

3. **Insbesondere auch auf die Veräußerung und Belastung von Grundstücken.** Die Legitimation wird hierbei geführt durch ein Zeugnis des Handelsgerichts (vgl. hierüber Anm. 3 zu § 9 und Anm. 28 zu § 125). Anm. 9.

4. **Endlich auch auf Erteilung und Widerruf einer Prokura.** Es war überflüssig, daß das Gesetz dies besonders hervorhob, weil es sich nur um eine Folgerung aus dem Prinzip handelt. Die Hervorhebung geschah lediglich, um im Gegensatz zu § 116 Abs. 3, der dieselbe Frage für das innere Verhältnis regelt, das nach außen Geltende nochmals besonders zu betonen. In diesem Gegensatze liegt denn auch die Bedeutung dieser Vorschrift: mag auch nach innen zur Erteilung der Prokura ein Beschluß aller Gesellschafter regelmäßig erforderlich sein, nach außen, (also auch gegenüber dem Prokuristen), ist die von jedem vertretungsbefugten Gesellschafter erteilte Prokura gültig, auch wenn sie die Zustimmung aller Gesellschafter nicht gefunden hatte, auch wenn der erteilende Gesellschafter keine Befugnis zur Geschäftsführung oder nur Gesamtbefugnis hatte. Die von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter angemeldete Prokura muß daher eingetragen werden, auch wenn die übrigen Gesellschafter ihre Zustimmung nicht gegeben haben. Umgekehrt bedarf die Erteilung und der Widerruf durch Gesamtvertreter gemeinsamen Handelns. Der Einzelwiderruf des Gesamtvertreters ist nicht wirksam, denn § 116 Abs. 3 kann nicht entsprechend angewendet werden, weil er eine Ausnahmevorschrift ist. Man kann auch nicht sagen, § 116 Abs. 3 sei keine Ausnahmevorschrift, ergebe sich vielmehr aus allgemeiner Erwägung von selbst; denn jeder Machtgeber könne seine Vollmacht widerrufen, und mit dem Widerruf durch einen Gesamtvertreter falle die auf der Bestellung durch beide beruhende Vollmacht. Allein die Gesamtvertreter erteilen nicht **ihre** Vollmacht, sondern die Vollmacht der Gesellschaft, und können diesen für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsakt ebensowenig einseitig widerrufen, wie jeden sonstigen. (Zustimmend nach früherem Recht Behrend § 72 Anm. 26; Hahn §§ 2—4 zu Art. 118; Puchelt Anm. 2 zu Art. 118; anders OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 223; Lastig bei Endemann I 359). Anm. 10.

Die Frage, ob die Prokura auch einem von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Gesellschafter erteilt werden kann, ist an anderer Stelle behandelt (Anm. 4 zu § 125).

II. (Abs. 2.) **Die prinzipielle Wirkungslosigkeit von Beschränkungen.** Anm. 11.

Im Prinzip sind Beschränkungen des Umfanges der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam. Streng durchgeführt ist dieses Prinzip nicht (vgl. Anm. 12). Aber soweit es reicht, ist die Beschränkung Dritten gegenüber unwirksam, auch dann, wenn der Dritte die Beschränkung kannte (RG. 57, 391), auch dann, wenn sie eingetragen sein sollte; alles dies bis zur Grenze der Kollusion (darüber s. Anm. 15). Als Dritte sind aber die Gesellschafter selbst nicht zu betrachten, selbst wenn sie mit der Gesellschaft Verträge schließen (Behrend § 77 Anm. 8; Förtsch Anm. 3 zu Art. 116; ROHG. 2, 41; anders ROHG. 6, 140, RG. 7, 120; Makower I 242; Goldmann Anm. 18). Sie hören dadurch nicht auf, Gesellschafter zu sein, können der Gesellschaft gegenüber, die doch nichts anderes ist, als die vereinigten Gesellschafter selbst, begrifflich nicht als Dritte betrachtet werden, und es kommen daher für und gegen sie die Regeln von der Geschäftsführung in Betracht. Dies namentlich auch hinsichtlich der Frage wie weit ein Gesellschafter berechtigt ist, mit sich selbst namens der Gesellschaft zu kontrahieren (vgl. hierüber auch Anm. 14).

§ 126. III. Ausnahmen von der prinzipiellen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis.

Anm. 12. 1. (Abs. 3.) **Das Gesetz schreibt hier ausdrücklich eine Ausnahme vor. Die Vertretungsbefugnis kann beschränkt werden auf eine von mehreren Niederlassungen einer Gesellschaft,** sofern diese eine verschiedene Firma hat. Siehe über dieses Erfordernis Anm. 3 zu § 50. Die Beschränkung ist bei dem Register der Haupt- und aller Zweigniederlassungen einzutragen (Denzler, Filiale, 79).

Anm. 13. 2. Eine scheinbare Ausnahme sehr wichtiger Natur ist enthalten im § 125 Abs. 2 u. 3, nämlich in der dort gestatteten **Übertragung ganzer Geschäftszweige** (bestimmter Arten von Geschäften) **an einen von mehreren gesamtberechtigten Gesellschaftern** und in der darin implicite gestatteten Übertragung von Geschäftszweigen an einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter (Anm. 4 zu § 125). Die Ausnahme ist nur scheinbar, weil hierin die Übertragung einer Vertretungsbefugnis nicht liegt, sondern die Übertragung einer Handlungsvollmacht (vgl. Anm. 10 zu § 125). Aber äußerlich sieht doch eine solche Ermächtigung so aus, wie eine Vertretungsbefugnis. Die Beschränkung auf einen bestimmten Geschäftszweig wird nicht immer ersichtlich sein und die Widerruflichkeit ebenfalls nicht. Eine allgemeine Ermächtigung an einen gesamtberechtigten oder von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter aber macht ihn zum vertretungsberechtigten Gesellschafter (s. hierüber Anm. 4 zu § 125).

Anm. 14. 3. **Eine fernere scheinbare Ausnahme liegt darin, daß nach § 181 BGB. die Vertretungsbefugnis sich regelmäßig nicht auf Rechtsgeschäfte mit sich selbst bezieht.** Dieselben sind zwar dem Vertreter begrifflich gestattet, aber nicht regelmäßig. Näheres hierüber Anm. 10ff. im Exk. zu § 58. Auch diese Ausnahme ist nur scheinbar, weil nicht der Umfang der Vertretungsmacht eingeschränkt ist, sondern nur eine gewisse Art des Kontrahierens.

Über die Folgen des Kontrahierens mit sich selbst durch Gesellschafter s. Anm. 10ff. im Exk. zu § 58.

Hinzugefügt mag werden: Unzulässig ist die Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter in einem Rechtsstreit, den dieser gegen die Gesellschaft führt (OLG. Celle in ZHR. 42, 520). Will ein vertretungsberechtigter Gesellschafter in eigenem Namen gegen die Gesellschaft klagen, so hat er die Klage nicht an sich als Vertreter der Gesellschaft zuzustellen, sondern muß, wenn kein anderer Vertreter vorhanden, Bestellung eines Vertreters gemäß § 57 CPO. bewirken (RG. 7, 404).

Anm. 15. 4. **Und endlich stellt eine scheinbare Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der Fall der Kollusion dar.** Da der vertretungsbefugte Gesellschafter gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist, muß die Gesellschaft alle Rechtshandlungen gegen sich anerkennen, die er in ihrem Namen vornimmt, selbst wenn sie ihr zum Schaden gereichen, und auch wenn er sie in seinem Privatinteresse vorgenommen und die Gesellschaftsfirma mißbraucht hat. Der Mißbrauch enthält eben einen Gebrauch: er gebraucht die Firma, er handelt im Namen der Gesellschaft, er ist ihr gesetzlicher Vertreter, das ist der Verpflichtungsgrund für die Gesellschaft. Auch daß eine Vertretungsbeschränkung unter den Gesellschaftern verabredet war und der Dritte dies gewußt hat, hat auf die Gültigkeit des Aktes auch diesem Dritten gegenüber keinen Einfluß. Der Dritte hat dann eben gewußt, daß die Gesellschafter etwas Ungültiges gewollt haben (ROHG. 5, 295). Allein wenn der Gesellschafter absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt, und der Dritte hierbei wissentlich mitwirkt, dann hat der Dritte als Teilnehmer nach allgemeinen Grundsätzen kein Recht gegen die Gesellschaft erworben (OLG. Darmstadt im Recht 03, 531; RG. 57, 389). Es liegt hier keine Ausnahme von der Vertretungsmacht vor, sondern das Dazwischentreten eines andern Grundes, der trotz vorhandener Vertretungsbefugnis den Rechtserwerb hindert (vgl. ROHG. 7, 403; 9, 429; RG. 9, 149; Bolze 13 Nr. 496; 21 Nr. 552). Nach dem neuen Rechte liegt der Grund der Nichthaftbarkeit der Gesellschaft für eine so begründete Verbindlichkeit in der Unsittlichkeit solchen Gebarens (§§ 138, 826, 853 BGB.; vgl. RG. in JW. 04, 482[3] und 03 Beil. S. 74). In der Entscheidung ROHG. 9, 429 ist noch besonders betont, daß der Umstand

allein, daß eine Handlung im Privatinteresse des Gesellschafters liegt und der Dritte dies weiß, noch keine Kollusion begründet. Denn damit braucht nicht notwendig eine Schädigung der Gesellschaft verbunden zu sein. So kann z. B. der Gesellschafter für seine persönliche Schuld namens der Gesellschaft gültigerweise die Bürgschaft übernehmen oder einen Gesellschaftsgegenstand zum Pfand bestellen oder ein Darlehn aufnehmen, um seine Tochter auszustatten, und der Umstand allein, daß der Gegenkontrahent diese Zwecke kennt, begründet noch keine Kollusion (vgl. ROHG. 9, 431; ebenso Bolze 13 Nr. 496). So wird auch die Wechselklage gegen die Gesellschaft dadurch nicht ausgeschlossen, daß der namens der Firma in eigenem Interesse akzeptierende Gesellschafter ein seine Einlage übersteigendes Guthaben an die Gesellschaft nicht hatte, und der Wechselnehmer dies wußte; wohl aber dadurch, daß er dem Nehmer mitteilte, das Akzept solle zur Deckung seiner Einlage in die Gesellschaft dienen; denn diese würde der Gesellschaft wieder entzogen, wenn dieselbe das Akzept einlösen müßte (Bolze 6 Nr. 634; 17 Nr. 521). § 126.

Zusatz 1. Die Wirkung der Vertretung ist im neuen HGB. nicht besonders behandelt. Hier greift die allgemeine Vorschrift des § 164 BGB. Platz. Danach wirkt die Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Vgl. Anm. 2—6 Exk. § 58. Hervorzuheben ist hier nur, daß es gleichgültig ist, wann die Wirkungen des Geschäfts eintreten sollen. Die einmal erzeugte Verpflichtung bleibt bestehen, auch wenn zur Zeit, in der die Wirkung eintritt, die Gesellschaft nicht mehr besteht, wie z. B. wenn ein von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter gegebenes Blankoakzept erst nach der Auflösung oder nach dem Ausscheiden des Vertretungsberechtigten ausgefüllt wird (ROHG. 21, 325). — Hervorzuheben ist ferner, daß hier § 164 Abs. 3 BGB. eine Abweichung erfährt: Dort ist bestimmt, daß für Willenserklärungen, die dem Prinzipal gegenüber abzugeben sind, das Entsprechende gilt, wie für Willenserklärungen, die der Prinzipal abzugeben hat. Hier ist zu erwähnen, daß Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber auch dann als wirksam abgegeben zu betrachten sind, wenn sie an einen von mehreren gesamtberechtigten Gesellschaftern abgegeben sind (§ 125 Abs. 2 Satz 2). Anm. 16.

Für Willensmängel ist die Person des vertretungsberechtigten Gesellschafters maßgebend (vgl. hierüber Anm. 26 im Exk. zu § 58).

Zusatz 2. Dem ausdrücklichen Kontrahieren für die Gesellschaft steht konkludentes Handeln gleich. Das ist jetzt ebenfalls nicht mehr, wie früher im Art. 114 betont. Hierfür ist wiederum § 164 BGB. maßgebend. Vgl. daher Anm. 7 im Exk. zu § 58. Anm. 17.

Mit besonderer Berücksichtigung der o. H. G. ist hier zu bemerken (vgl. auch Anm. 4 zu § 108): Ausdrückliches Kontrahieren im Namen der Gesellschaft liegt z. B. dann vor, wenn die Gesellschaftsfirma gezeichnet wurde, wobei die wörtliche Übereinstimmung nicht gerade absolut nötig ist (RG. 28, 118). Auch wenn der Dritte nicht weiß, daß der Gegenkontrahent Mitglied einer o. H. G. ist, gilt dies; denn es ist anzunehmen, daß der Dritte ganz allgemein den Willen hat, mit dem abzuschließen, der in Wirklichkeit Inhaber des Geschäfts ist (RG. 30, 77; RG. in OLGR. 5, 48; vgl. § 119 Abs. 2 BGB.). Die Umstände aber müssen, um schlüssig zu sein, ergeben, daß nach dem Willen beider Parteien für die Gesellschaft gehandelt sein sollte (ROHG. 16, 357; RG. in JW. 01, 163[14]). Die Beweislast, daß Umstände, aus denen dies zu schließen ist, vorliegen, trifft den, der sich auf sie beruft. Insbesondere spricht keine gesetzliche Vermutung dafür, daß ein Kaufmann, der Teilhaber einer o. H. G. ist, als Vertreter der Gesellschaft handelt (ROHG. 18, 226; Bolze 16 Nr. 494), noch begründet der Umstand, daß er in eigenem Namen aufgetreten ist, eine gesetzliche Vermutung für das Gegenteil (ROHG. 22, 62; RG. 28, 118); vielmehr ist, wenn der Privatname des Gesellschafters so lautet wie die Gesellschaftsfirma, aus der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen, in welcher Eigenschaft er kontrahiert hat (RG. 17, 75). Doch wird allerdings in dem Falle, wo der Gesellschafter mit seinem von der Firma der Gesellschaft abweichenden Namen abgeschlossen hat, eine schwerwiegende tatsächliche Vermutung dafür anzunehmen sein, daß er für sich kontrahieren wollte, und es müssen, um eine Haftung der Gesellschaft gleichwohl anzunehmen, ganz besondere Umstände dargelegt werden (ROHG. 13, 287; OLG. Marienwerder in OLGR. 4, 465). Umgekehrt wird, wenn der Gesell=

§ 126. schafter in den Geschäftskreis der Gesellschaft fallende Geschäfte schlechtweg abschließt, das Kontrahieren für die Gesellschaft anzunehmen sein (OLG. Hamburg in ZHR. 40, 461). Beispiele für und gegen s. in Bolze 2 Nr. 836b und 1103. Strenger liegt die Sache bei Formalverpflichtungen, z. B. bei Wechselunterschriften (nicht auch bei Grundbuchgeschäften KGJ. 13, 171). Hier muß die Firma vollständig gezeichnet sein, weil eben hier die Verpflichtung nicht nur vom Willen, sondern auch von der Erfüllung der Form abhängt (ROHG. 12, 172; 20, 262; vgl. jedoch RG. 47, 165). Hier muß geprüft werden, ob, rein abstrakt betrachtet, nicht nach dem konkreten Willen des Unterschreibenden, eine Unterschrift der Handelsgesellschaft vorliegt, und das ROHG. hat, angenommen, daß sie nicht vorliegt, wenn ein Gesellschafter seinen Namen gezeichnet hat mit dem Zusatze: in Firma Müller & Co. Das sei nicht Firmenzeichnung, sondern Namensunterschrift mit Kennzeichen (ROHG. 14, 201). Man darf aber auch hierbei nicht allzu rigoros sein und auf buchstaben- oder wortgetreue Unterzeichnung der registrierten Firma Wert legen, letzteres darf man insbesondere dann nicht, wenn sich tatsächlich die Gesellschafter einer anderen, kürzeren Fimenzeichnung bedienen, z. B. Gebr. statt Gebrüder (vgl. hierüber Staub, Kommentar zur Wechselordnung § 11 u. 42 zu Art. 4, § 6 zu Art. 21).

Darüber, was bei Gesamtvertretungen gilt, vgl. zu § 125; über Schuldscheine zu § 344 Abs. 2.

Anm. 18. In Fällen, wo unrichtig gezeichnet ist, ist aber wenigstens das zugrundeliegende Geschäft gültig und für die Gesellschaft verbindlich, wenn der Wille, für die Gesellschaft zu handeln, bewiesen wird (ROHG. 22, 62). (Anders, wie eben gezeigt, bei Formalverpflichtungen.)

Anm. 19. Auf ganz anderem Gebiete liegt das Erfordernis des Nachweises, daß der handelnd auftretende Gesellschafter zu dieser Zeit berechtigt war, die Gesellschaft zu vertreten. Es besteht keine Vermutung dafür, daß die von einer zur Vertretung einmal berechtigt gewesenen Person vorgenommene Handlung während der Dauer ihrer Vertretungsbefugnis vorgenommen wurde (ROHG. 19, 318). Das wird besonders praktisch bei undatierten Erklärungen; ein Fall dieser Art lag der zitierten Entscheidung zugrunde.

Anm. 20. **Zusatz 3.** Wer, ohne vertretungsberechtigt zu sein, sich als Vertreter geriert, haftet gemäß § 179 BGB. (vgl. Anm. 39ff. im Exk. zu § 58).

§ 127.

§ 127. **Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft.**

Der vorliegende Paragraph regelt die Entziehung der Vertretungsbefugnis.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift bezieht sich auf jede Art der Vertretungsbefugnis**, sie mag auf Gesetz oder Vertrag beruhen (D. 100), sie mag Einzelbefugnis oder Gesamtbefugnis sein, eigentlicher Art (§ 125 Abs. 2) oder uneigentlicher Art (§ 125 Abs. 3) sein. Die Vertretungsbefugnis kann nur als solche, d. h. ihrem ganzen Umfang nach entzogen werden, die Anordnung einer Beschränkung ist unzulässig.

Aber wohl zu unterscheiden ist das Recht der Entziehung der Vertretungsbefugnis von der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117. Es kann insbesondere die Vertretungsbefugnis entzogen werden ohne gleichzeitige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Geschieht dies, so bleibt nicht nur die Befugnis, sondern auch die Pflicht zur Geschäftsführung bestehen, soweit die Geschäftsführung trotz des Vertretungsverbots überhaupt noch ausgeübt werden kann (vgl. Bolze 9 Nr. 465; auch Anm. 1 zu § 117).

Auch bezieht sich § 127 nicht auf die Ermächtigung zu bestimmten Arten von Geschäften nach § 125 Abs. 2 und 3, und, was auch zulässig ist, an einem von

der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter. Denn das sind Vollmachten (vgl. Anm. 4 zu § 125), deren Widerruflichkeit sich nach den Regeln der Widerruflichkeit der Vollmacht richtet. **§ 127.**

2. **Die Geltendmachung des Entziehungsrechts erfolgt durch eine Klage der „übrigen Gesellschafter".** Anm. 2.

a) Durch eine Klage, angestellt gegen den Gesellschafter, dem die Vertretung entzogen werden soll. Ein Beschluß der übrigen Gesellschafter genügt nicht, auch der Gesellschaftsvertrag kann einem Beschlusse diese Wirkung nicht beilegen (D. 100; vgl. Anm. 6). Das auf die Klage ergehende Urteil hat konstitutive Bedeutung. Denn die Entziehung erfolgt „durch gerichtliche Entscheidung". Der Klage vorangehen oder sie begleiten kann ein Antrag auf einstweilige Verfügung, durch welche die Vertretungsbefugnis vorläufig entzogen werden kann, denn die einstweilige Verfügung kann auch die Vollstreckung vorwegnehmen (RG. 9, 334; 27, 430). — Das Urteil sowohl, wie die einstweilige Verfügung sind in das Handelsregister einzutragen (§ 125 Abs. 4, § 16).

b) Der übrigen Gesellschafter, d. h. also aller übrigen Gesellschafter (vgl. den gleichen Ausdruck im § 140). Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann der eine gegen den anderen die Klage anstellen (KB. 55). Es kann aber ferner auch einer gegen alle übrigen auf Entziehung klagen, aber nicht einer allein gegen einen von mehreren Gesellschaftern, vielmehr müssen eben alle außer dem, gegen den sich der Antrag richtet, den Antrag stellen. Anm. 3.

3. **Der Grund des Widerrufs** ist das Vorhandensein eines wichtigen Grundes, besonders grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung (vgl. Anm. 3 zum § 117). Auch hier ist ein Verschulden nicht notwendig. Anm. 4.

4. **Die Wirkung der Entziehung** ist, daß das Vertretungsrecht des betreffenden Gesellschafters erlischt. Für den Fall, daß diesem Gesellschafter ein Gesamtvertretungsrecht nach § 125 Abs. 2 zustand, fällt damit auch das Recht der Vertretung für den anderen Gesamtvertreter: denn dieser sollte ja allein die Gesellschaft nicht vertreten. Hatte der Gesellschafter, dem die Vertretungsbefugnis entzogen ist, uneigentliche Gesamtvertretung, d. h. zusammen mit einem Prokuristen (§ 125 Abs. 3), so fällt damit auch die Vertretungsbefugnis des Prokuristen fort. Überall ist festzuhalten, daß dadurch, daß einem Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen wird, die Vertretungsmacht der übrigen keine Verstärkung erfährt (Makower I 243; Lehmann-Ring Nr. 2 und 5). Es kann nicht geleugnet werden, daß dies Ergebnis wenig befriedigt. Es kann, wenn bei zwei Gesellschaftern Gesamtvertretung angeordnet ist, die Entziehung der Vertretungsmacht des einen dahin führen, daß die Gesellschaft keinen Vertreter hat. Man kann aber deswegen nicht mit Goldmann (Anm. 10) und dem OLG. Dresden (bei Bauer 11, 188) annehmen, daß bei Entziehung der Gesamtvertretung des einen der andere allein vertretungsberechtigt sein solle. Es widerspricht dies dem Gesetz, das nur von der Entziehung spricht, nicht aber die Deutung zuläßt, daß der Ausschluß des einen die Stärkung des Rechts des andern zur Folge haben soll; es widerspricht aber auch dem zu vermutenden Willen der Gesellschafter, die, wenn sie bestimmt haben, daß A und B gemeinschaftlich vertreten sollten, keinem das Vertrauen, das zur Alleinvertretung nötig ist, geschenkt haben. Es würde ihr Wille in das Gegenteil verkehrt werden, wenn durch die Entziehung des A nunmehr B die vertragsmäßig nicht gewollte Alleinvertretung erhalten sollte. Anm. 5.

Gegen die schädlichen Folgen, die in solchem Fall eintreten, können sich Parteien durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in den Gesellschaftsvertrag schützen; eventuell bleibt ihnen in den hierzu geeigneten Fällen das Recht, Auflösung der Gesellschaft aus § 140 zu fordern.

Dritten gegenüber wirkt die Entziehung nur, wenn sie eingetragen ist oder dem Dritten bekannt ist (§ 15). Die Eintragung erfolgt gemäß § 16 Anm. 1.

Übrigens mag an dieser Stelle hinzugefügt werden, daß eine Vertretungsbefugnis nach § 125 Abs. 3 auch dann fortfällt, wenn dem Prokuristen die Prokura entzogen wird, was nach § 52 jederzeit geschehen kann.

§ 127. 5. **Durch Vertrag kann diese Bestimmung geändert werden.** Es können wichtige Gründe
Anm. 6. festgestellt, sie können erweitert und eingeengt werden. Aber dort findet die Vertragsfreiheit ihre Grenzen, wo die Vereinbarung gegen die gute Sitte verstoßen würde (§ 138 BGB.). Das würde z. B. der Fall sein, wenn man vereinbaren würde, auch bei Veruntreuungen oder sonstigen dolosen Handlungen dürfte man von der Entziehungsbefugnis keinen Gebrauch machen. Daraus folgt, daß ein allgemeiner Verzicht auf das Entziehungsrecht insoweit ungültig ist. Durch Vertrag kann jedenfalls auch nicht vereinbart werden, daß der bloße Beschluß der Gesellschafter zur Entziehung der Vertretungsbefugnis genügt. Das wäre ein Verzicht auf den Rechtsweg der nicht zulässig wäre (D. 100; Knoke 65).

Anm. 7. Zusatz 1. **Außerdem kann durch einstweilige Verfügung das Recht der Vertretung entzogen werden in den Fällen,** in denen eine solche vorläufige Regelung sich als erforderlich erweist **zur Vorbereitung und Sicherung des Rechts auf Auflösung und Ausschließung,** also als Vorläufer oder Begleiter einer darauf gerichteten Klage. Diese Maßregel ist auch dann zulässig, wenn ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Recht der Entziehung der Vertretung vorliegt. Dies wurde auch unter der Herrschaft des früheren Rechts angenommen (vgl. Anm. 6 zu § 117) und dürfte auch jetzt Rechtens sein (vgl. das Anm. 5 zit. Erk. des OLG. Dresden). Die in der CPO. aufgestellte allgemeine Regel, daß der Richter nach freiem Ermessen zur Vermeidung von nachteiligen Veränderungen des bestehenden Zustandes Maßregeln anordnen kann (§ 938 CPO.), sollte durch die vorliegende Vorschrift nicht beseitigt werden. Ein solcher Antrag auf Entziehung der Vertretung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter gestellt werden, soweit das Hauptrecht (z. B. das Recht auf Auflösung) einem einzelnen Gesellschafter zusteht. Ein solcher Antrag kann auch dahin gehen, daß die Vertretung allen Gesellschaftern entzogen und einer dritten Person übertragen wird (§ 938 CPO.; ROHG. 16, 72; RG. 22, 170). Eine einstweilige Verfügung aber, durch welche die Vertretungsmacht ihrem Umfange nach beschränkt wird, ist nicht zulässig, weil sie der Vorschrift des § 126 Abs. 2 widersprechen würde (Makower I 243). Wohl zu unterscheiden sind solche Anträge von Anträgen auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (hierüber s. § 117). Doch werden beide meist verbunden werden. Über die Eintragung der einstweiligen Verfügung s. Anm. 2 ff. zu § 16. Die einstweilige Verfügung wird wirksam durch Zustellung an den Gegner, die Eintragung in das Handelsregister ist keine Vollzugshandlung, daher auch nicht an die zweiwöchige Frist des § 929 CPO. gebunden (OLG. Dresden bei Bauer 9, 137).

Anm. 8. Zusatz 2. **Kann der Gesellschafter auch seinerseits die Vertretung niederlegen?** Die §§ 712 Abs. 2 und 671 Abs. 2 und 3 BGB. regeln die gleiche Frage für die Geschäftsführung, aber eben nur für diese. Was die Vertretung betrifft, so kann die Ansicht der 6./7. Aufl., daß unter entsprechender Anwendung des § 168 BGB. auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zurückzugehen sei, nicht aufrecht erhalten werden (vgl. Goldmann Anm. 15). Die Regeln über Vollmacht können nicht zur Anwendung kommen, da der vertretende Gesellschafter kein der Vollmacht ähnliches Recht ausübt (Anm. 3 zu § 126). Seine Ermächtigung zur Vertretung beruht nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf gesetzlicher Vorschrift. Ebensowenig daher, wie bei der gesetzlichen Geschäftsführung ein Niederlegungsrecht anzuerkennen ist (Anm. 7 zu § 117), hat der Vertreter der Gesellschaft dies Recht.

Anm. 9. Zusatz 3. **Übergangsfrage.** Die hier erörterten Grundsätze greifen nicht Platz auf solche Vertretungsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind. Denn sie betreffen das innere Verhältnis der Gesellschafter. Das Recht der Entziehung ist ein Internum der Gesellschafter, erst die Wirkung der Entziehung betrifft das Verhältnis nach außen (vgl. daher Anm. 46 zu § 105).

§ 128.

§ 128. Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesammtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Der vorliegende Paragraph schreibt die Solidarhaft der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor. Es ist eine der wichtigsten Bestimmungen des Rechts der offenen Handelsgesellschaft, sie betrifft das Moment, welches sie von allen anderen Gesellschaften am meisten unterscheidet. § 128. Einleitung.

1. **Der Rechtsgrund und der Rechtscharakter der hier angeordneten Solidarhaft.** Geht man von den Anm. 8 und 27 zu § 105 dargelegten Grundsätzen von dem Wesen der o. H. G. aus, nach denen Träger der Rechte und Pflichten die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung erscheinen, so kommt man begrifflich dazu, nicht eine doppelte Verpflichtung, einerseits der Gesellschaft mit ihrem Vermögen, andererseits der Gesellschafter als solcher, letzterer nach Art einer Garantieverpflichtung (so Affolter im ArchBürgR. 5, 8 und RG. 30, 35) anzunehmen. Es liegt vielmehr eine einheitliche Verpflichtung vor. Für diese würden die Gesellschafter an sich nur, wenn die Voraussetzungen des § 427 BGB. vorhanden sind, als Gesamtschuldner haften; das Gesetz hat das aber in § 128 dahin ausgedehnt, daß die Haftung stets eine gesamtschuldnerische ist. Anm. 1.

Da aber ferner das Gesellschaftsvermögen begrifflich eine gewisse Selbständigkeit hat, so ist es der Wahl der Gläubiger überlassen, ob sie die Gesellschaft mit ihrem Vermögen oder die Gesellschafter als solche in Anspruch nehmen wollen. Es liegt demnach ein einheitliches Schuldverhältnis vor, für das einerseits das Gesellschaftsvermögen, andererseits das Vermögen der einzelnen Gesellschafter und zwar der letzteren kraft gesetzlicher Vorschrift gesamtschuldnerisch haftet. Man kann daher nicht von einer Solidarschuld der Gesellschaft und der Gesellschafter sprechen, da die Gesellschaft keine juristische Persönlichkeit hat; die Gesellschaftsschuld ist vielmehr nur eine zur persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter hinzutretende weitere Haftungsart mit dem, eine gewisse Selbständigkeit besitzenden Gesellschaftsvermögen. Diese Auffassung kann als in der Theorie jetzt herrschend angesehen werden (vgl. Lehmann-Ring Nr. 2; Goldmann Anm. 2; Cosack § 107 III 2 b; Furrer, Die Haftung des Kommanditisten 76ff.; Gierke im ArchBürgR. 19, 127).

Von der Frage der Solidarhaftung verschieden ist die weitere Frage, **wer für die Verträge der Gesellschafter als Vertragspartei anzusehen ist.** Es ist dies insbesondere für den ausgeschiedenen Gesellschafter wichtig. Daß dieser für alle Rechtsfolgen, die die Gesellschaft aus dem einmal begründeten Rechtsverhältnis treffen, haftbar bleibt, ist selbstverständlich; zu untersuchen ist aber, ob er auch persönlich gehalten ist, den von der Gesellschaft geschlossenen Vertrag nach seinem Ausscheiden innezuhalten; z. B. wenn die Geschaft sich verpflichtet hat, innerhalb gewisser Zeit nur bei dem Gegenkontrahenten zu kaufen, ihm keine Konkurrenz zu machen usw. Das RG. hat in verschiedenen Entscheidungen (JW. 02, 78 [10]; 00, 253 [8]) den Grundsatz ausgesprochen, daß der Vertrag lediglich ein Vertrag der Gesellschaft sei, der den Gesellschaftern gegenüber selbständigen Charakter habe. Diese Begründung kann nicht befriedigen; sie verkennt die Tatsache, daß die Gesellschaft lediglich als Zusammenfassung der Gesellschafter handelnd auftritt. Verträge, die sie abschließt, sind daher Verträge der Gesellschafter. Aber sie sind dies auch nur insofern, als die Gesellschafter **als solche** handelnd auftreten. Ob durch eine derartige Vereinbarung die Gesellschafter persönlich, namentlich, nachdem sie ihre Gesellschaftereigenschaft verloren haben, gebunden sind, ist lediglich Auslegungsfrage. Ist nur namens der Gesellschaft kontrahiert, so wird anzunehmen sein, daß eine derartige persönliche Verpflichtung nicht eintritt. Es ist danach im Resultat dem RG., wenn auch aus einem prinzipiell anderen Grunde, beizutreten (vgl. auch RG. bei Bauer 12, 163). Anm. 2.

Die **Solidarhaft beginnt** nicht erst mit der Eintragung, sondern, sobald eine o. H. G. in das Leben getreten ist (vgl. § 105 und OLG. Karlsruhe in BadRpr. 01, 3, 318). Anm. 3.

2. **Die persönliche Solidarhaftung des einzelnen Gesellschafters tritt neben die Gesellschaftsschuld,** wie dies in Anm. 1 auseinandergesetzt ist. Im vorliegenden Paragraphen ist nur die Solidarhaftung der Gesellschafter unter sich für die Gesellschaftsschulden angeordnet. Die Haftung der Anm. 4.

§ 128. Gesellschaft oder vielmehr die Haftung der Gesellschafter derart, daß sie das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung hergeben müssen, ist im § 126 behandelt. Neben sie tritt die Solidarhaft der Gesellschafter akzessorisch hinzu.

Anm. 5. Daraus ergibt sich für das Verhältnis der Solidarhaft zur Gesellschaftsschuld folgendes: Die Gesellschafter haften zugleich mit ihrem privaten und ihrem Gesellschaftsvermögen. Daher hat der Gläubiger das Recht, die Gesellschaft und die Gesellschafter zusammen zu verklagen, auch z. B. aus dem von der Gesellschaft gezeichneten Wechsel (Bolze 9 Nr. 469; OG. Wien bei Links Nr. 2494), wobei dem Gesellschafter die Einreden zustehen, welche die Gesellschaft vorbringen könnte (hierüber näheres § 129). Ist die Gesellschaft mitverklagt, was sich z. B. mit Rücksicht auf § 124 Abs. 2 für nötig erweisen kann, so ist sie als solche zu bezeichnen und ihr als solcher zuzustellen. Die Ansicht des LG. Berlin I (Bauer 10, 40), daß auch, wenn die Klage nur gegen alle Gesellschafter gerichtet ist, ein Urteil gegen die Gesellschaft ergehen kann, widerspricht der formellen Parteifähigkeit der Gesellschaft. Die weitere in bezeichnetem Erkenntnis gezogene Folgerung, daß die Kosten der Zustellung an die Gesellschaft bei gleichzeitiger Verfolgung der Gesellschafter nicht erstattungsfähig sind, erledigt sich ebenfalls damit.

Der Gläubiger hat aber auch das Recht, mit Unterlassung einer Klage gegen die Gesellschaft lediglich die Gesellschafter oder einen von ihnen persönlich zu verklagen (ROHG. 7, 385; 17, 288; RG. 5, 53); und es steht diesen nicht der Einwand zu, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Beitreibung seiner Forderung gegen die Gesellschaft befriedigt worden wäre (RG. vom 4. 2. 81 bei Puchelt Anm. 1). Nicht einmal eine vorherige Aufforderung zur Erfüllung braucht der Gläubiger an die Gesellschafter zu richten. Hat aber der Gläubiger erst die Gesellschaft verklagt und ist sie rechtskräftig verurteilt, so ist die Gesellschaftsschuld gegen alle Gesellschafter rechtskräftig festgestellt, und die Klage gegen sie ist nunmehr die actio judicati, während sie umgekehrt auf Grund der Abweisung der Klage gegen die Gesellschaft die exceptio rei judicatae haben (vgl. näheres über die Wirkungen des Gesellschaftsurteils für und gegen die Gesellschafter Anm. 25 ff. zu § 124). Auch dann ist die Haftung nicht subsidiär, wenn die Gesellschaft in **Liquidation** getreten ist (ROHG. 5, 392). **Auch der Konkurs der Gesellschaft** macht die Solidarhaft der Gesellschafter nicht zu einer subsidiären. Art. 122 ist gestrichen, und nur für den Fall des gleichzeitigen **Konkurses** über die Gesellschaft und über die Gesellschafter (einschließlich des ausgeschiedenen, RG. in JW. 03, 270[5]) macht der § 212 KO. eine Ausnahme (vgl. auch noch Anm. 28).

Anm. 6. 3. **Als Gesamtschuldner persönlich** haften die einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden. Es sind also die §§ 421—425 BGB. für ihr Verhältnis zum Gläubiger maßgebend.

a) Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern, bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet (§ 421 BGB.). Der Gläubiger kann infolgedessen nicht bloß unter Umgehung der Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter verklagen (dies ist in Anm. 5 hervorgehoben), sondern er kann auch jeden beliebigen der Gesellschafter einzeln oder sie alle verklagen, ganz nach Belieben. Aus einem von der o. H. G. akzeptierten Wechsel kann z. B. die Gesellschaft allein oder auch zusammen mit den Gesellschaftern, oder auch zusammen mit einem Gesellschafter, oder auch alle Gesellschafter ohne die Gesellschaft, oder auch ein Gesellschafter allein verklagt werden (vgl. Bolze 9 Nr. 469; OG. Wien bei Links Nr. 2494), und zwar auch im Wechselprozesse, da ja der Rechtsgrund für alle diese Haftungen der gleiche ist (vgl. Anm. 5). In solchem Fall liegt notwendige Streitgenossenschaft vor (RG. in JW. 02, 442[2]).

Anm. 7. b) Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner; das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und Aufrechnung (§ 422 Abs. 1 BGB.). Demgemäß hebt eine solche Erfüllung auch die Gesellschaftsschuld auf. Der Gesellschafter kann daher nur eine eigene Forderung zur Aufrechnung stellen, nicht auch eine

Gegenforderung des solidarisch mithaftenden Gesellschafters (§ 422 Abs. 2 BGB.). Eine § 128. Forderung der Gesellschaft kann er zwar nicht zur Aufrechnung stellen, aber er kann die Befriedigung solange verweigern, als der Gläubiger mit einer solchen Forderung aufrechnen kann (hierüber § 129 Abs. 3 und Anm. 10 dazu).

Die Erfüllung durch die Gesellschaft ist hier nicht in Frage. Der Paragraph handelt Anm. 8. nur von der Erfüllung durch einen Gesellschafter. Die Erfüllung durch die Gesellschaft bewirkt selbstverständlich Tilgung der Gesellschaftsschuld und damit Beseitigung der Solidarhaft der Gesellschafter. Wegen der Aufrechnung durch die Gesellschaft s. Anm. 34 zu § 124).

c) Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß Anm. 9. wirkt auch für die übrigen Gesellschafter, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten (§ 423 BGB.). Notwendig ist das nicht, sie können auch vereinbaren, daß ein Gesellschafter von seiner Solidarhaft befreit werden soll. Wenn aber die Absicht erhellt, daß das ganze Schuldverhältnis aufgehoben sein sollte, so ist die Gesellschaftsschuld und damit die Solidarhaft der anderen Gesellschafter beseitigt. Ein solche Vereinbarung kann auch von dem nicht zur Vertretung befugten Gesellschafter getroffen werden.

Von einem Vergleich gilt das gleiche, soweit darin die Schuld erlassen wird, ebenso von der Schuldübernahme nach § 414 BGB. (Planck II Anm. 2 u. 3 zu § 423).

Ein von der Gesellschaft vereinbarter Erlaß usw. ist hier nicht in Frage, dieser tilgt natürlich das ganze Schuldverhältnis und hebt dadurch die Solidarhaft von selbst auf.

d) Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesellschafter wirkt auch für die Anm. 10. übrigen Gesellschafter (§ 424 BGB.) und demgemäß auch für die Gesellschaft. Nachträgliche Annahmebereiterklärung gegenüber einem anderen Gesamtschuldner beseitigt die Wirkungen des Verzugs gegenüber diesem, nicht auch gegenüber den anderen Gesellschaftern (so Planck II Anm. 2b zu § 425, obwohl dies streitig ist).

Annahmeverzug gegenüber der Gesellschaft wirkt selbstverständlich auch für die einzelnen Anm. 11. Gesellschafter. Die nachträgliche Bereiterklärung gegenüber der Gesellschaft beseitigt die Wirkungen des Verzugs gegenüber allen Gesellschaftern; die nachträgliche Bereiterklärung gegenüber einem Gesellschafter beseitigt sie nur gegenüber diesem Gesellschafter, wie eben ausgeführt ist.

e) Andere Tatsachen, als Erfüllung, Erlaß und Verzug des Gläubigers, wirken Anm. 12. regelmäßig nur für und gegen denjenigen Gesellschafter, in dessen Person sie eintreten. Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge des Schuldners, von dem Verschulden, von der subjektiven Unmöglichkeit, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung und der Schuld, von dem rechtkräftigen Urteil (§ 425 BGB.).

Nicht gemeint sind hier wiederum dieselben Tatsachen, wenn sie sich bei der Gesellschaft Anm. 13. ereignen. In diesem Falle berühren sie das Prinzipalschuldverhältnis und ergreifen demgemäß die akzessorische Verbindlichkeit der Gesellschafter. Kündigt z. B. die Gesellschaft, so wird die Schuld der Gesellschaft und damit die Solidarhaftung der Einzelgesellschafter fällig. Kommt die Gesellschaft in Verzug, so verschlimmert sich dadurch der Stand der Gesellschaftsschuld und damit von selbst der der Solidarhaftung der Gesellschafter; tritt subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung auf seiten der Gesellschaft ein, so haben die solidarisch haftenden Gesellschafter die Folgen zu tragen usw. Auch die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der Gesellschaft wirkt gegenüber den Gesellschaftern (vgl. § 160).

4. **Erfüllungsort für die Solidarhaft** ist der Ort, wo auch die Gesellschaft zu leisten hat. Das Anm. 14. folgt daraus, daß der Rechtsgrund der Solidarhaft der gleiche ist, wie der Rechtsgrund der Gesellschaftsschuld (oben Anm. 1—4). — Zust. RG. 32, 44; Bolze 18 Nr. 302; RG. in JW. 98, 4; OLG. Dresden in ZHR. 42, 526.

5. **Gegenstand der Solidarhaftung sind „die Verbindlichkeiten der Gesellschaft".** Die Gesell- Anm. 15. schafter haften für alle Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund. Dies ist in vielen Fällen eine Besonderheit. So würden z. B. ohne diese Vorschrift die Gesellschafter für die Folgen einer Geschäftsführung ohne Auftrag, für welche die Gesellschaft und damit die Gesellschafter einzustehen hätten, nicht solidarisch, sondern nur nach Köpfen haften, sofern

§ 128. es eine teilbare Leistung ist, ebenso für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 420 BGB.; vgl. § 733 BGB. verbis: die gemeinschaftlichen Schulden, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind). Ferner haften sie für alle Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Schuld (auch für Rechnungslegung, wenn die Gesellschaft zu derselben verpflichtet ist). Bei einer Verpflichtung zum Tun stehen sie dafür ein, daß die Handlung durch die Gesellschaft geleistet wird (z. B. bei Räumung einer von der Gesellschaft gemieteten Wohnung; Hofgericht Darmstadt in BuschA. 8, 177). Hierbei sind außer den Forderungen aus Verträgen auch die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, aus der Bereicherung, den Haftpflichtgesetzen und aus Delikten (auch der Angestellten; OLG. Karlsruhe in BadRspr. 03, 301) gemeint, soweit überhaupt die Gesellschaft für solche haftet (vgl. über die Haftung der Gesellschaft für Delikte Anm. 4 zu § 126). Auch für die Kosten eines für die Gesellschaft siegreich geführten Prozesses haften die Gesellschafter solidarisch.

Anm. 16. Bei manchen dieser Solidarverpflichtungen wird die Frage der Vollstreckbarkeit auf Schwierigkeiten stoßen. So z. B., wenn es sich um Rechnungslegung handelt. Der verurteilte Gesellschafter wird nicht immer in der Lage sein, die Rechnung zu legen, weil er vielleicht nicht selbst die Belege hat und seine Mitgesellschafter sie ihm vorenthalten. In solchen Fällen wird man sagen müssen, daß die Handlung nicht ausschließlich von seinem Willen abhängt, und den § 888 CPO. daher nicht anwenden können. Darin allein aber, daß seine Mitgesellschafter der von ihm vorzunehmenden Handlung widersprechen, kann ein solches Hindernis nicht gefunden werden; es genügt, daß er zu der Handlung nach außen legitimiert und tatsächlich in der Lage ist.

Anm. 17. 6. **Die Vorschrift, daß entgegenstehende Vereinbarungen gegen Dritte keine Wirkung haben**, ist im Grunde genommen nicht nötig, da sie sich für alle auf das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten sich beziehenden Vorschriften von selbst versteht (vgl. Vorbem. zu § 123). Es folgt aus ihr, daß das Ausscheiden und die Ausschließung eines Gesellschafters und die hierbei getroffenen Abreden die Solidarhaft nicht ausschließen, vorbehaltlich der Verjährung aus § 160 (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 99 u. 232). Es folgt ferner aus ihr, daß auch eine Übernahme der Gesellschaftsschulden durch einen von den Gesellschaftern die Gläubiger nicht berührt (ROHG. 6, 3), ihre Rechte jedenfalls nicht mindert. Über den Fall, daß ein zweiseitiger Vertrag nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters an die Gesellschaft erfüllt wird, s. Anm. 1 zu § 26 und RG. bei Holdheim 12, 179. Dagegen steht nichts entgegen, durch Verabredungen mit dem Gläubiger die Solidarhaft aufzuheben oder zu modifizieren, insbesondere mit ihm zu vereinbaren, daß zuerst andere Gesellschafter in Anspruch genommen werden (ROHG. 15, 17). Vgl. Anm. 12. Nach innen können die Gesellschafter ungehindert Vereinbarungen nach jeder Richtung treffen; der Dritte ist aber an dieselben auch dann nicht gebunden, wenn er sie gekannt hat.

Anm. 18. 7. **Auch dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber bleibt die Solidarhaft bestehen**, natürlich nur für die aus der Zeit seiner Teilhaberschaft eingegangenen Verpflichtungen der Gesellschaft (vgl. Anm. 17 zu § 129). Die Vorschrift des § 740 BGB., daß der Ausscheidende an den Abwicklungsgeschäften teilnimmt, gilt nur nach innen und macht ihn dem Dritten gegenüber nicht haftbar (vgl. RG. in JW. 02, 445[10]).

Die Stellung des Ausgeschiedenen ist aber insofern eine besondere, als ein Vorgehen gegen die Gesellschaft ihn nicht berührt, da er nicht mehr durch die Gesellschaft mitvertreten ist. Insbesondere also wird durch eine Klage gegen die Gesellschaft die Verjährung gegen ihn nicht unterbrochen (über die Wirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen rechtskräftigen Urteils auf ihn vgl. Anm. 22 zu § 124). Zahlt der Ausgeschiedene, so kann er sofort Regreß nehmen, da er der Gesellschaft gegenüber Dritter ist.

Anm. 19. Zusatz 1. **Über den Regreß der solidarisch haftenden Gesellschafter gegen einander**, wenn einer von ihnen in Anspruch genommen wurde und gezahlt hat, sagt das Gesetz nichts. Die Grundsätze von Korrealschuldnern (§ 426 BGB.) sind hier um deshalb nicht ohne weiteres an-

zuwenden, weil das Wesen der o. H. G. entgegensteht (so auch D. 101). Eine solche Bezahlung § 128. ist als Auslage nach § 110 zu betrachten und unterliegt den Bestimmungen desselben. Das Rückforderungsrecht ist nur gegen die Gesellschaft, bis zur Auseinandersetzung aber nicht gegen die einzelnen Gesellschafter geltend zu machen, und von da ab gegen die einzelnen Gesellschafter nur nach Maßgabe ihrer Beteiligung (RG. 31, 141; vgl. Anm. 24; ebenso Cosack § 508 V 1 d; Lehmann-Ring Nr. 13; Goldmann Anm. 24; anders Makower I 248, welcher den § 426 BGB. hier anwendet und auch die Solidarhaft Platz greifen läßt und auf diese Weise einen Regreß gegen die Mitgesellschafter bis zur Höhe ihres Verlustanteils gewährt.

Zusatz 2. Die Haftung des Pseudogesellschafters. Geriert sich jemand als Teilhaber einer Anm. 20. offenen Handelsgesellschaft, ohne es zu sein, so haftet er nach Analogie des § 179 BGB. den gutgläubigen Gläubigern gegenüber für die Schulden der Gesellschaft, gleich als wenn er Teilhaber wäre (ROHG. 13, 376; OLG. Hamburg in ZHR. 37, 540). Ebenso haftet ein stiller Gesellschafter, der kundgemacht hat, daß er Gesellschafter sei, ohne bekannt zu geben, daß er nur beschränkt haften wolle (OLG. Köln in RheinA. 25, 165). Überhaupt tritt die Haftung aus § 128 in allen Fällen ein, in denen nach außen hin eine Gesellschaft als o. H. G. gilt (vgl. Anm. 9 zu § 123 und die dort zit. Entsch.).

Zusatz 3. Der Gesellschafter gleichzeitig als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft. Anm. 21.

a) **Allgemeines.** Daß ein Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses Ansprüche an die Gesellschaft haben kann, ist nie bezweifelt worden; z. B. Ansprüche auf Gewinn, § 120, auf Erstattung von Auslagen, § 110. Bei Ansprüchen dieser Art, d. h. bei solchen, die zwar aus dem Gesellschaftsvertrage folgen, aber nicht unmittelbar, sondern sich als nicht vorauszusehende Ansprüche aus der Betätigung des Gesellschaftsverhältnisses ergeben, nimmt die herrschende Meinung (vgl. ROHG. 12, 274; RG. 31, 141; RG. 59, 143; Cosack § 508 V 1 d; dagegen Makower I 247) an, daß ein Regreß gegen die Einzelgesellschafter auf Grund der Solidarhaft nicht statthaft ist. Dies gilt aber nur für die Ansprüche der offenen Handelsgesellschafter; ihre Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis sind auch nicht in weitestem Sinne als Gläubigerrechte zu betrachten. Anders liegt es bei den Ansprüchen der Kommanditisten und stillen Gesellschafter. Gegen diese besteht die Solidarhaft des § 218 nicht; es ist daher auch nicht anzunehmen, daß ihnen gegenüber die Solidarhaft der offenen Gesellschafter fortfällt.

b) **Ist ein Gesellschafter** auf Grund eines mit dem Gesellschaftsvertrage in keinem direkten Zu- Anm. 22. sammenhang stehenden Rechtsverhältnisses **Gläubiger der Gesellschaft**, z. B. durch Abschluß eines Mietverhältnisses, eines Darlehnsvertrages usw., so gilt folgendes:

α) Eine Klage des Gesellschafters als Gläubigers gegen die Gesellschaft ist zu- Anm. 23. lässig. Daß der klagende Gesellschafter die Eide nicht leisten kann, ist kein Bedenken; er ist dann insoweit durch die Natur der Sache von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen (OLG. Celle in SeuffA. 48, 73). Auch im Konkurse der Gesellschaft kann der Gesellschafter-Gläubiger seine Forderung anmelden (ROHG. 5, 205). Gerät der Gesellschafter-Gläubiger selbst in Konkurs, so ist diese Forderung ein Aktivum seiner Konkursmasse (ROHG. 5, 206) und dient zur gleichmäßigen Befriedigung aller seiner Gläubiger; es sind nicht etwa die Gesellschaftsgläubiger absonderungsberechtigt in bezug auf dieses Konkurs-Perzipiendum. Während der Liquidation der Gesellschaft ist seine Klage nur beschränkt zulässig (RG. 29, 16). Vgl. hierüber zu § 156.

β) Ob die Solidarhaft der einzelnen Gesellschafter, von welcher im vorliegenden Anm. 24. Paragraphen die Rede ist, im Verhältnis zu einem Gesellschafter, welcher gleichzeitig Gläubiger der Gesellschaft ist, gilt, ist aus dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen. Da aber in diesen Fällen der Gesellschafter lediglich als Dritter der Gesellschaft gegenübersteht und bei ihm der Gläubigercharakter vorwiegt, so ist (entgegen der in der 6./7. Aufl. vertretenen Ansicht) anzunehmen, daß er die anderen Gesellschafter auf Grund ihrer Solidarhaft in Anspruch nehmen kann, allerdings abzüglich des Teils, für den er selbst auf Grund des Gesellschaftsvertrages haftet (so RG. 36, 63 und 59, 145; D. 101; Cosack § 108 V 2; Dernburg II § 365 Anm. 14; dagegen ROHG. 13, 145; Bolze 7 Nr. 633).

§ 128. Anm. 25. γ) Die Regeln von der Vertretung greifen im allgemeinen auf dieses Verhältnis nicht Platz, sondern die von der Geschäftsführung. Allein die Prozeßführung ist doch ein Akt der Vertretung, weil man durch sie auch zu dritten Personen in Rechtsbeziehungen tritt (Mandatar, Gericht, Gerichtsvollzieher, Nebenintervenient). Bei der Klage der Gesellschaft gegen die Einzelgesellschafter und des Einzelgesellschafters gegen die Gesellschaft wird daher die Gesellschaft durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten, nicht durch die geschäftsführenden (so richtig Behrend § 66 Anm. 18 und Zusatz I). Wie aber, wenn der zu verklagende Gesellschafter allein vertretungsberechtigt ist? Oder wenn dieser die Gesellschaft verklagen will? Hier hilft § 57 CPO., da für den besonderen Fall die Gesellschaft ohne Vertreter ist (dagegen Hellwig, Anspruch, 277 Anm. 6). Eine andere hiervon unabhängige Frage ist, ob nicht jeder Gesellschafter gegen den andern mit der actio pro socio auf Zahlung an die Gesellschaftskasse klagen kann. Das dürfte mit Behrend (Zusatz I) zu bejahen sein.

Anm. 26. δ) Alles dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter die Forderung durch Abtretung erworben hat (vgl. RG. 36, 63) und umgekehrt erwirbt auch der Zessionar des Gesellschafters nicht stärkere Rechte, als dieser selbst hatte, außer wenn es sich um einen Rechtserwerb handelt, bei welchem Einreden aus der Person des Vormannes nicht statthaft sind (Behrend § 77 Anm. 7).

Anm. 27. Der ausgeschiedene Gesellschafter steht der Gesellschaft wegen aller seiner Forderungen als Dritter gegenüber, er kann daher unbeschränkt Regreß nehmen (vgl. Anm. 18).

Anm. 28. **Zusatz 4. Einfluß des Konkurses der o. H. G. auf die Solidarhaft der Gesellschafter** (vgl. Jaeger, Der Konkurs der o. H. G.): Der Konkurs der o. H. G. an sich hat keinen Einfluß, die Solidarhaft wird dadurch nicht subsidiär, es sei denn, daß auch über das Vermögen des Gesellschafters Konkurs eröffnet wird (vgl. Anm. 5). Aber der Zwangsvergleich, den die o. H. G. schließt, hat auf die Solidarhaft insofern Einfluß, als sie den Umfang derselben auf die Akkordquote begrenzt (§ 211 KO.). Das bezieht sich aber nur auf die Verpflichtungen, die unmittelbar auf der Solidarhaft beruhen, nicht auf die, denen besondere Rechtsgründe zugrunde liegen, z. B. die persönliche Übernahme einer Schuld durch einen Gesellschafter, oder die Girierung eines Gesellschaftswechsels durch einen Gesellschafter. Es bezieht sich das ferner nicht auf die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits ausgeschiedenen Gesellschafter (RG. 29, 39 und 56, 366; Hinsberg in ZHR. 46, 82; Jaeger, KO. Anm. 6 zu § 211); und demgemäß auch nicht auf den Fall, in dem ein Gesellschafter das Geschäft übernahm und dieser in Konkurs geriet (Lehmann in ZHR. 40, 464).

Anm. 29. **Zusatz 5. Übergangsfrage.** Der vorliegende Paragraph betrifft das Verhältnis zu Dritten. Entstand die Schuld nach dem 1. Januar 1900, so greift der vorliegende Paragraph und seine aus dem sonstigen neuen Recht heranzuziehenden Ergänzungen Platz (vgl. Anm. 20 zu § 123). Über die Anwendbarkeit des früheren Art. 122 in Konkursen, die nach dem 1. Januar 1900 eingeleitet sind vgl. RG. in JW. 02, 186[26].

§ 129.

§ 129. Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugniß hat der Gesellschafter, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt. § 129.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph gibt zwei Vorschriften über den Prozeß des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter auf Grund der Solidarhaft. Es sollen aber hier im Zusammenhange noch andere Fragen erörtert werden, **die in den Prozessen des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter auf Grund der Solidarhaft** in Betracht kommen.

Anm. 1. 1. **Der Rechtsgrund der Klage ist das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld** (vgl. hierüber ausführlich Anm. 1—3 zu § 128).

Anm. 2. 2. **Die Klage gegen den einzelnen Gesellschafter kann verbunden werden mit der Klage gegen die Gesellschaft.** Sie kann aber auch einzeln gegen jeden einzelnen Gesellschafter angestellt werden (vgl. näheres Anm. 5 zu § 128). Die Frage, ob die Klage gegen die Gesellschaft im Laufe des Prozesses in eine Klage gegen die Gesellschafter umgewandelt werden kann, ist nach dem zu § 124 dargelegten Prinzip (gegen 6./7. Aufl.) bejahend zu entscheiden. Mit Recht rügt Hellwig (Anspruch 278 Anm. 8) es als inkonsequent, wenn man einerseits nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter als Prozeßpartei ansieht, andererseits eine derartige Umwandlung nicht zuläßt (ähnlich Goldmann Anm. 20). Das RG. (36, 141, vgl. auch 45, 342) hat sich gegen die Umwandlung ausgesprochen. Nach den neueren, Anm. 18 und 19 zu § 124 zitierten, Entscheidungen dürfte aber auch das RG. an dieser Ansicht nicht mehr festhalten.

Aus demselben Grunde ist auch eine Ausdehnung der Klage gegen die Gesellschaft auf den einzelnen Gesellschafter zulässig. Es ist dies nach der hier vertretenen Ansicht keine wirkliche Ausdehnung oder Erweiterung, sondern lediglich eine Erläuterung der Bezeichnung der Parteien (dagegen LG. Bautzen in SächsA. 1, 275; OLG. Köln in DJZ. 98, 332; Schaefer bei Gruchot 38, 804; KG. in KGBl. 05, 96; vgl. Hellwig 278; Gaupp-Stein Anm. 11 zu § 268 und RG. 39, 288).

Anm. 3. Als Klageänderung ist es dagegen anzusehen, wenn zunächst behauptet wird, daß der Gesellschafter kontrahiert hat, und dann: die o. H. G., der er angehört, habe kontrahiert. Das scheint auf den ersten Blick nicht vereinbar mit der Darstellung in Anm. 1 zu § 128, wonach, wenn die Gesellschaft kontrahiert hat, der Rechtsgrund der Haftung der Gesellschaft der gleiche ist, wie der Rechtsgrund der Haftung des einzelnen Gesellschafters. Allein es ist zu beachten, daß bei dieser Darstellung vorausgesetzt ist, daß die Gesellschaft kontrahiert oder überhaupt im Rechtsverkehr aufgetreten ist. Ist dies der Fall, so entsteht hieraus die Haftung der Gesellschaft einerseits und der einzelnen Gesellschafter andererseits. In unserem Fall aber wird die Klage darauf gestützt, daß ein Gesellschafter kontrahiert hat; davon ist völlig verschieden der Tatbestand, inhalts dessen eine Gesellschaft kontrahiert hat, welcher der Beklagte angehört. Aus diesem Grunde liegt Klageänderung vor.

Anm. 4. 3. **Der Gerichtsstand** der Klage aus der Solidarhaft ist außer dem allgemeinen Gerichtsstand des Gesellschafters auch noch der Gerichtsstand, an welchem die Gesellschaft zu erfüllen hat (vgl. Anm. 14 zu § 128).

Anm. 5. 4. **Die Einwendungen des auf Grund der Solidarhaft beklagten Gesellschafters.**

Hier ist das Prinzip aufgestellt, daß der Gesellschafter Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, erheben kann, wenn die Gesellschaft sie erheben kann. Daraus folgt:

a) Einwendungen, die in seiner Person entstanden sind, kann er unbeschränkt geltend machen, also z. B., daß ihm persönlich ein Ziel bewilligt sei; daß er persönlich aus der Solidarhaft entlassen sei (vgl. Anm. 9 zu § 128); daß ihm persönlich eine Gegenforderung gegen den Gläubiger zusteht (über das letztere vgl. Anm. 33 ff. zu § 124); daß der Anspruch gegen ihn verjährt ist. Alles dies gilt auch dann, wenn die Schuld gegen die Gesellschaft bereits rechtskräftig festgestellt ist (vgl. Anm. 25 zu § 124).

§ 129. b) **Einwendungen, die an sich der Gesellschaft zustehen,** kann er (bis auf die zwei Anm. 6. ausnahmsweisen Beschränkungen, welche Abs. 2 u. 3 erwähnt; vgl. hierüber Anm. 8ff.) in demselben Umfange, aber auch nur in demselben Umfange vorbringen, wie die Gesellschaft selbst. In demselben Umfange: Hat die Gesellschaft gezahlt, ist die Schuld gegen sie verjährt, so kann dies auch der Gesellschafter einwenden, wenn er belangt ist; ebenso wenn die Klage schon gegen die Gesellschaft rechtskräftig abgewiesen ist (vgl. das letztere Anm. 25ff. zu § 124). Auch Rechtshängigkeit kann er in Konsequenz des zu § 124 dargelegten Prinzips einwenden, wenn er verklagt wird, während die Klage gegen die Gesellschaft schwebt (so gegen 6./7. Aufl. und Hellwig, Anspruch 277: RG. 49, 341).

Aber er kann die Einwendungen, die der Gesellschaft zustehen, auch **nur in demselben Umfange** geltend machen, wie sie die Gesellschaft erheben könnte: Hat z. B. die Gesellschaft die Forderung anerkannt, hat sich die Gesellschaft verglichen, so kann der belangte Gesellschafter die hierdurch erledigten Einreden nicht mehr vorbringen; ebenso, wenn die Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt ist (vgl. über das letztere Anm. 25 zu § 124). Soweit auch noch nach rechtskräftigem Urteil der Gesellschaft Einwendungen zustehen (§ 767 CPO.), kann sie auch der Gesellschafter geltend machen, wenn er belangt wird; daß die Gesellschaft sie ihrerseits nur in dem besonderen Verfahren des § 767 CPO. geltend machen könnte, verschlägt nichts; hier handelt es sich nur um den materiellen Umfang der Einreden.

Anm. 7. Es ist für die Frage der Wirkung des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils auch ohne Belang, ob der demnächst beklagte Gesellschafter bei dem Gesellschaftsprozeß mitgewirkt oder ob er seinerseits im Vorprozeß dem Klageanspruch widersprochen hat. Er haftet kraft gesetzlicher Bestimmung für die Gesellschaftsschulden in dem Umfang, in dem sie gegen die Gesellschaft festgestellt sind, soweit er nicht persönliche Einwendungen hat. Mit Unrecht hat daher das RG. (JW. 03, 241 [17]) die Wirkung eines Anerkenntnisses, das im Prozeß der Gesellschaft abgegeben war, gegen den Gesellschafter geleugnet, der in diesem Prozeß nicht mitgewirkt hatte.

Anm. 8. c) **Zwei Beschränkungen gibt es für die Regel, daß der Gesellschafter die Einreden der Gesellschaft vorbringen kann:** Das Anfechtungsrecht und das Aufrechnungsrecht der Gesellschaft kann der Gesellschafter zwar auch vorbringen, wenn und soweit die Gesellschaft sie vorbringen kann, aber er kann sie seinerseits nicht in Form einer vernichtenden Einrede, sondern nur in Form einer dilatorischen vorbringen: er kann die Befriedigung verweigern, solange der Gesellschaft jenes Einrederecht zusteht (Abs. 2 u. 3).

Anm. 9. α) Steht daher der Gesellschaft das Recht zu, ein Rechtsgeschäft wegen Betrugs, Irrtums, Drohung (auch auf das Anfechtungsrecht wegen Fraudulosität bezieht sich das) anzufechten, so kann der beklagte Einzelgesellschafter das Geschäft nicht anfechten, wohl aber kann er darauf verweisen, daß die Gesellschaft das Anfechtungsrecht hat, und kann deshalb die Befriedigung verweigern (Absatz 2, verzögerliche Einwendung wie in § 770 BGB.). Hat diese bereits angefochten, so steht dem Gesellschafter der Einwand nach Abs. 1 zu.

Anm. 10. β) Ebenso kann der belangte Einzelgesellschafter, so lange sich der Gläubiger gegen eine fällige Forderung durch Aufrechnung befriedigen kann, hierauf verweisen, und aus diesem Grunde die Befriedigung verweigern (Abs. 3). Er kann also nicht einfach die der Gesellschaft zustehende Gegenforderung zur Aufrechnung stellen, weil darin die Verfügung über einen Gesellschaftsgegenstand läge, während doch die Gesellschaftsgegenstände im Gesamteigentum aller Gesellschafter stehen (vgl. Anm. 33 zu § 124). Wohl aber kann er die namens der Gesellschaft bereits wirksam erklärte Aufrechnung als Einrede vorschützen, wie die Einrede der seitens der Gesellschaft geschehenen Zahlung. Wenn ferner der beklagte Einzelgesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft berechtigt ist, die Aufrechnungserklärung namens der Gesellschaft abzugeben, so kann er dies tun und alsdann den Einwand der Aufrechnung erheben. Ohne diese besondere Voraussetzung aber, also lediglich kraft seiner Stellung als beklagter Einzelgesellschafter kann er die der Gesellschaft zustehende Forderung als Einrede nicht vorschützen, auch wenn er auf Grund seiner gesellschaftlichen Solidarhaft belangt ist. Vielmehr

steht ihm in diesem Falle nur das hier festgesetzte Recht der Befriedigungsverweigerung zu. § 129. Mit Rücksicht auf diese Befriedigungsverweigerung ist nochmals hervorzuheben, daß dabei als selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß die Gesellschaft gemäß Abs. 1 ein Aufrechnungsrecht hat; nur der Hinweis auf dieses ist der Rechtsgrund des dem Einzelgesellschafter zustehenden Verweigerungsrechts. Man wollte das Aufrechnungsrecht des Gesellschafters beschränken, nicht ihm ein höheres Aufrechnungsrecht geben als der Gesellschaft. Ist z. B. die Gesellschaft rechtskräftig verurteilt, so wird es von der Auslegung der neuen Aufrechnungsbestimmungen in Verbindung mit § 767 CPO. abhängen, ob der Gesellschaft noch ein Aufrechnungsrecht zusteht (vgl. hierüber Planck Anm. 3 zu § 389). Gelangt man hiernach zu einer Versagung eines Aufrechnungsrechts der Gesellschaft, so kann der Gesellschafter nicht, gestützt auf den Wortlaut des Abs. 3, die Befriedigung verweigern, weil der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen könnte.

Die Einschränkung des Abs. 3 in bezug auf das Vorbringen von Gegenforderungen bezieht sich sowohl auf rechtlich nicht zusammenhängende Gegenforderungen, wie auf Gegenforderungen aus demselben Verhältnis (so mit Recht Goldmann Anm. 13, weil das Gesetz einen Unterschied nicht macht; dagegen 6./7. Aufl.). Anm. 11.

5. **Die Zwangsvollstreckung gegen den Einzelgesellschafter** ist nur zulässig, wenn er selbst verklagt und verurteilt ist. Ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen ihn muß vorliegen (Abs. 4). Das gegen die Gesellschaft erlassene Urteil ist gegen ihn nicht vollstreckbar (vgl. hierüber Anm. 24 zu § 124). Anm. 12.

Zusatz. Wie weit beziehen sich diese Grundsätze auf den zur Zeit der Klageerhebung ausgeschiedenen Gesellschafter? Anm. 13.

1. Über den Rechtsgrund der Klage gilt dasselbe wie in Anm. 1—3 zu § 128. (Vgl. auch Anm. 18 zu § 128.)

2. Über die Frage der Zulässigkeit der Verbindung, der Ausdehnung, der Umwandlung der Klage gegen die Gesellschaft und der Klage gegen die Einzelgesellschafter s. Anm. 2. Über den Gerichtsstand s. Anm. 4. Anm. 14.

3. Selbstverständlich kann er alle diejenigen Einreden vorbringen, die ihm persönlich zustehen (vgl. daher Anm. 5). Hier wird insbesondere die Einrede der Verjährung nach § 159 eine Rolle spielen (ROHG. 20, 182; RG. 13, 96) oder ein persönlicher Erlaß (ROHG. 20, 182; RG. 13, 97); auch ein von einem Gesellschafter getätigter, das ganze Schuldverhältnis umfassender Erlaßvertrag (§ 423 BGB.). Er kann ferner diejenigen Einreden vorbringen, welche die Gesellschaft vorbringen kann, und auch dieselben Beschränkungen der Abs. 2 u. 3 gelten gegen ihn, da er durch sein Ausscheiden nicht mehr Rechte erlangen kann, als er als Gesellschafter hatte (vgl. daher hierüber Anm. 6—11). Anm. 15.

4. Daß die Zwangsvollstreckung gegen ihn nicht aus einem gegen die Gesellschaft ergangenen Schuldtitel stattfindet (Anm. 12), ist selbstverständlich. Anm. 16.

5. Überall ist dabei zu berücksichtigen, daß der ausgeschiedene Gesellschafter nur haftet für die Schulden, die bestanden zur Zeit seiner Mitgliedschaft. Schulden, die nachher begründet wurden, gehen ihn nichts an. Indessen ist die Grenzlinie, ob es sich um eine schon damals oder um eine erst später kontrahierte Verbindlichkeit handelt, nicht immer leicht zu ziehen. S. hierüber Anm. 10 zu § 143, woselbst derartige Fälle behandelt sind. (Ein Depot ist den Nachfolgern belassen worden; eine Geldschuld ist den Nachfolgern kreditiert usw.) Anm. 17.

6. Über die Wirkung des Zwangsvergleichs, welchen die o. H. G. schließt, auf die Schuld des ausgeschiedenen Gesellschafters s. Anm. 28 zu § 128. Hat der verbleibende Gesellschafter die Passiva übernommen und einen Zwangsvergleich geschlossen, so haftet dem Gläubiger der Ausgeschiedene für den hierbei erlittenen Ausfall, wie sich dies aus Anm. 28 zu § 128 ergibt (ebenso Jaeger, KO. Anm. 6 zu § 211). Aber wegen des auf diesen Ausfall Gezahlten hat er keinen Regreßanspruch an den verbleibenden Gesellschafter; durch die Zahlung der Akkordquote an den Gläubiger wird der die Passiva übernehmende Gesellschafter vielmehr auch der Regreßpflicht ledig (RG. 14, 172, 178). Anm. 18.

§ 130.

§ 130. Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 128, 129 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Lit.: Knoke, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach BGB. in ABürgR. 20, 170.

Anm. 1. **Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Folge des Eintritts in eine bestehende Gesellschaft.**

1. **Vorausgesetzt ist der Eintritt in eine bestehende Gesellschaft.**

a) Gemeint ist, obwohl der Wortlaut weiter geht, nach der ganzen Stellung dieser Vorschrift nur der Fall, wo jemand einer o. H. G. als offener Gesellschafter beitritt. Der Fall, daß jemand einer o. H. G. als Kommanditist beitritt, ist im § 173 geregelt. Für den Fall, daß jemand als Komplementar einer Kommanditgesellschaft beitritt, gilt zwar das gleiche, wie nach unserem Paragraphen, jedoch nicht auf Grund des vorliegenden Paragraphen allein, sondern unter Hinzunahme des § 161 Abs. 2.

Anm. 2. b) In eine bestehende Handelsgesellschaft muß der Eintritt erfolgen. Wird eine o. H. G. erst dadurch gebildet, daß zwei Personen zu einer o. H. G. zusammentreten, so liegt der Fall nicht vor; bringt hierbei ein Gesellschafter sein Geschäft ein, so hat dies zwar ebenfalls eine Haftung des andern Gesellschafters und der neu gebildeten Gesellschaft zur Folge, aber aus einem anderen Rechtsgrunde (nämlich auf Grund des § 28) und mit nicht ganz gleichen Wirkungen (vgl. Anm. 11ff. zu § 28 und unten Anm. 9). Tritt jemand, der selbst ein Handelsgewerbe betreibt, in eine o. H. G. unter Einbringung seines Geschäfts als offener Gesellschafter ein, so liegt eine Kombination von § 130 und § 25 vor, und es richtet sich nach § 25, inwieweit die o. H. G. für die Geschäftsschulden des Eintretenden haftet, für die Geschäftsschulden der o. H. G. tritt dagegen Haftung gemäß § 130 ein (Rudorff zu § 130). Übernimmt ferner jemand das Geschäft einer o. H. G., so kann ebenfalls eine Haftung des Übernehmers für die bisherigen Gesellschaftsschulden eintreten, aber wiederum aus anderem Rechtsgrunde — vgl. RG. 31, 140 — (nämlich auf Grund des § 25 und unter den besonderen Voraussetzungen desselben, nämlich wenn entweder die Firma mit übernommen wird oder die Passivenübernahme angezeigt wird) und ebenfalls mit nicht ganz gleichen Wirkungen (vgl. unten Anm. 9 und ferner Anm. 11ff. zu § 28).

Anm. 3. c) Eintritt in eine bestehende Gesellschaft. Der einfachste Fall ist der, daß der aus zwei Personen bestehenden o. H. G. eine dritte Person als offener Gesellschafter beitritt. Doch gibt es auch andere Fälle. Wenn der bisherige Kommanditist der Kommanditgesellschaft offener Gesellschafter wird, so liegt der Eintritt in eine bestehende Gesellschaft vor, es liegt nicht Auflösung der Kommanditgesellschaft und Neubildung einer o. H. G. vor, wie das RG. 32, 47 annimmt, weil die Gesellschaften identisch sind und nur ihr Rechtscharakter sich ändert (vgl. Anm. 49c zu § 105 und RG. 55, 127). Wenn es auch richtig ist, daß das HGB. den Begriff der Umwandlung von Gesellschaften nicht ausdrücklich festgesetzt hat, so ist er doch seinen Vorschriften zu entnehmen.

Ein Eintritt liegt ferner vor, wenn einer aus zwei Personen bestehenden Handelsgesellschaft an Stelle eines gleichzeitig ausscheidenden Gesellschafters ein neuer hinzutritt (ROHG. 14, 151; KGJ. 11, 17; RG. in KGBl. 95 21; vgl. Bolze 9 Nr. 478; dagegen Makower I 253). Es kann allerdings der Wille der Parteien auch dahin gehen, daß die bisherige Gesellschaft aufgelöst und eine neue gebildet wird. Was als gewollt erscheint, ist Auslegungsfrage; als regelmäßiger Wille ist allerdings die Fortdauer der Gesellschaft anzusehen (RG. bei Holdheim 11, 37 und 202; vgl. Anm. 48d zu § 105).

Damit die hier vorgesehene Folge des Eintritts in Wirksamkeit trete, ist erforderlich, **§ 130.** daß entweder der Eintritt eingetragen oder die Gesellschaft nach dem Eintritte ihre Geschäfte Anm. 4. fortgesetzt habe (so richtig formuliert von Hahn § 3; anders Behrend § 73 Anm. 21; Makower I 253). Vorher ist die Beitrittserklärung ein innerer Akt unter den Gesellschaftern. Nicht erforderlich ist aber, daß gerade der Eintritt des neuen Gesellschafters nach außen kenntlich geworden wäre. Das ist nicht vorgeschrieben und aus dem Gesetze nicht zu folgern (ROHG. 17, 354), wie es ja auch für die Entstehung der o. H. G. und den Beginn der Solidarhaft der ursprünglichen Gesellschafter nicht erforderlich ist, daß nach außen erkennbar ist, wer die einzelnen Gesellschafter sind, vielmehr der Geschäftsbetrieb unter einer gemeinschaftlichen Firma genügt.

2. **Nicht vorausgesetzt** ist, wie der Paragraph hervorhebt, die Beibehaltung der alten Firma. Anm. 5. Es schadet z. B. nichts, wenn dieselbe den Zusatz „et Comp." erhält, wenn nur die Absicht, die alte Gesellschaft fortzusetzen, klar ist. Auch völlige Veränderungen der Firma sind für die vorliegende Frage unerheblich.

3. **Die Folge des Eintritts** ist die Haftung des neuen Gesellschafters für alle bisherigen Schulden. Anm. 6. Dies schreibt der Paragraph vor. — Als selbstverständlich ist hierbei anzusehen und deshalb nicht besonders hervorgehoben, daß die fortgesetzte Gesellschaft selbst für alle bisherigen Schulden haftet. — Die Gesellschaft wird trotz des Hinzutretens eines neuen Gesellschafters als unverändert fortbestehend betrachtet, oder vielmehr es wird in Ansehung des Hinzutretenden so angesehen, als seien die Gesellschaftsschulden zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstanden. Es treten daher ganz dieselben Folgen ein, als wenn dies der Fall wäre; er haftet für die bisherigen Gesellschaftsschulden auch nach seinem späteren Austritt; die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage wird ungehindert fortgesetzt und macht, soweit es sich um Feststellung der Gesellschaftsschuld handelt, auch Rechtskraft gegen ihn (vgl. Anm. 27 zu § 124), und eine gegen ihn persönlich wegen einer Gesellschaftsschuld zu erhebende Klage hat zum Anspruchsgrunde den Tatbestand, der die Gesellschaftsschuld begründet hat. Dieser Tatbestand erzeugt kraft positiver Gesetzesvorschrift auch seine Verbindlichkeit. Es hat das auch in bezug auf sonstige Rechtsverhältnisse (Klageänderung, Erfüllungsort usw.) die Folge, daß er einem solchen offenen Gesellschafter gleich steht, der dies war, als die Schuld begründet wurde (vgl. Anm. 1—3 u. Anm. 14 zu § 128; wegen des Erfüllungsortes besonders RG. 32, 46). Gleichgültig ist, ob der neu eintretende Gesellschafter die Schulden gekannt hat; er haftet sogar, wenn sie ihm verschwiegen worden sind (OLG. Stuttgart bei Bauer 7, 43).

Eine fernere Folge des Eintritts ist, daß die **Aktiven** der bestehenden Gesellschaft der Anm. 7. neu gebildeten Gesellschaft ohne Übertragungsakt verbleiben. Es ist daher nicht Übergabe, Abtretung oder Auflassung an den neuen Gesellschafter nötig (vgl. Anm. 50 zu § 105).

4. Zu beachten ist, daß nur die Gesellschaftsschulden auf den Eintretenden, **nicht die Schulden des Eintretenden auf die Gesellschaft übergehen**, auch wenn dieser sein ganzes Geschäftsvermögen einwirft; im Konkurse der Gesellschaft können seine Privatgläubiger sich nicht Anm. 8. an das Gesellschaftsvermögen halten (ROHG. 2, 143), es sei denn, daß auch hier wieder ordnungsmäßige Übernahme der Passiva auf seiten der Gesellschaft vorläge (vgl. Anm. 2). Das ist allerdings eine ungleiche Behandlung zweier gleichliegender Fälle. Es ist nicht ersichtlich, warum, wie § 28 vorschreibt, wenn ein Einzelkaufmann sich mit einer anderen Person zu einer Gesellschaft vereinigt, die neue Gesellschaft und der neue Gesellschafter für die bisherigen Geschäftsschulden haften sollen, und das gleiche nicht gelten soll, wenn jemand sein Geschäft in eine bestehende Handelsgesellschaft einbringt. Doch ist eine entsprechende Anwendung des § 28 unzulässig.

5. **Entgegenstehende Abreden gelten dem Dritten gegenüber nicht.** Das ist wiederum ein er- Anm. 9. heblicher Unterschied zwischen diesem Falle und denjenigen der §§ 25 u. 28. Übernimmt jemand ein Geschäft mit Firma oder tritt jemand in das Geschäft eines anderen Kaufmanns ein, so haftet er zwar auch für die Schulden, er kann aber die Haftung aus-

§ 130. schließen durch Eintragung oder Mitteilung einer abweichenden Vereinbarung. Das ist hier nicht angängig.

Im übrigen gilt über diesen Ausschluß der Wirkung entgegenstehender Abreden das zu § 128 Gesagte.

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131.

§ 131. Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist;
2. durch Beschluß der Gesellschafter;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;
4. durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt;
5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters;
6. durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.

Lit.: Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften (in der Festgabe der Juristenfakultät Halle für Dernburg) 1900.

Anm. 1. I. **Begriff der Auflösung.** Die Gesellschaft wird „aufgelöst" bedeutet, daß die Gesellschaft aufhört, ein Handelsgewerbe zu betreiben; sie beendet den Betrieb des Handelsgewerbes, nimmt die letzten Akte desselben vor. Sie hört damit auf, eine o. H. G. zu sein, ihre produktive Seite hört auf. Nicht notwendig ist damit verbunden das Aufhören jeder Rechtsgemeinschaft unter den Gesellschaftern. Im Gegenteil; kraft einer gesetzlichen Dispositivvorschrift (§ 135) tritt, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Gesellschaft durch die Auflösung in das Stadium der Liquidation, d. h. sie wird aus einer o. H. G. eine Abwicklungsgesellschaft. Die Gesellschafter bleiben zunächst noch gesellschaftlich verbunden, nämlich solange, bis ihre Rechtsgemeinschaft durch Abwicklung oder sonst aufgehoben ist. Für den vom Gesetz als Regel gedachten Fall der Liquidation kann man von einer Auflösung der Gesellschaft streng genommen zunächst nicht sprechen. Für diesen Fall ist der Ausdruck nicht passend. Denn die Gemeinschaft ist ja eben noch nicht aufgelöst. Zum Zwecke der Abwicklung und solange diese dauert, besteht sie noch fort (vgl. RG. 16, 2; 28, 132; 54, 281; KGJ. 26 A S. 222; Bolze 19 Nr. 618). Wirklich aufgelöst, untergegangen, ist die Gesellschaft im Augenblicke der eintretenden Auflösung dann, wenn hiermit zugleich jede Rechtsgemeinschaft beendigt ist. Das kann durch vorherige Vereinbarung geschehen (z. B. es ist im Gesellschaftsvertrage vereinbart, daß im Falle der Auflösung das Geschäft auf einen Gesellschafter übergeht), es kann dies auch im Augenblicke der Auflösung geschehen (es wird in diesem Momente die Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter vereinbart). Es kann aber auch im Stadium der Liquidation solche Vereinbarung getroffen und damit jede gesellschaftliche Rechtsgemeinschaft aufgehoben werden, und es kann endlich solche Aufhebung der gesellschaftlichen Rechtsgemeinschaft durch die Abwicklung selbst geschehen, deren Zweck ja die Lösung der gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen ist.

Anm. 2. In dem Falle, wo die Gesellschaft zwar aufgelöst, aber nicht sofort untergegangen ist, also im Liquidationsfalle, kann die hiernach fortbestehende gesellschaftliche Rechtsgemeinschaft wieder in eine o. H. G. zurückverwandelt werden, indem die Gesellschafter beschließen, wieder ein Handelsgewerbe zu betreiben (Dernburg II § 366 I; dagegen Goldmann-Lilienthal Anm. 43 zu § 199). Sie können das tun, wenn das Geschäft noch besteht (in welchem Falle sie gleichzeitig das Geschäft fortsetzen; über den Begriff des Bestehens des Geschäfts s. Anm. 5 zu § 22); aber sie können dies auch dann tun, wenn das

Geschäft nicht mehr besteht. Es liegt in solchem Falle keine Neugründung einer Gesellschaft § 131. vor, denn eine solche besteht noch, sondern die Umwandlung einer Abwicklungs- in eine o. H. G. Die Zulässigkeit solcher Umwandlung ist zwar nur für bestimmte Fälle der Konkursbeendigung der o. H. G. vom Gesetze ausgesprochen (§ 144), aber sie ist auch sonst durch keinen Rechtssatz ausgeschlossen (D. 110; vgl. auch Anm. 47 ff. zu § 105).

Mit Recht hat das KG. aus diesem Grundsatz heraus auch gefolgert, daß, solange die Anm. 3. Gemeinschaft nicht tatsächlich erledigt ist, eine Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart werden kann (KGJ. 25 A S. 78); es nimmt ferner an, daß auch bei Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters, ohne daß die in § 139 vorausgesetzte Vereinbarung der Fortsetzung mit den Erben im Gesellschaftsvertrage getroffen ist, die überlebenden Gesellschafter mit den Erben die Fortsetzung vereinbaren können (KGJ. 26 A S. 219; dagegen Lehman-Ring Nr. 4; Goldmann Anm. 23).

In allen Fällen derartiger Umwandlung besteht Identität der Gesellschaft, sie verändert Anm. 4. nur ihre rechtliche Eigenschaft (so auch RG. 28, 130; vgl. auch Bolze 11 Nr. 264). Das Reichsgericht (28, 130) zieht daraus, daß es sich um dieselbe Gesellschaft handelt, die richtige Folgerung, daß die neue o. H. G. für die gegen die Liquidationsgesellschaft bestehenden Forderungen haftet.

II. **Die gesetzlichen Gründe der Auflösung** sind hier erschöpfend aufgezählt. Es können nicht die Anm. 5. weiteren Auflösungsgründe, welche der § 726 BGB. kennt (Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks und Erreichung desselben) zur Ergänzung herangezogen werden (D. 104; vgl. Anm. 18 zu § 133).

Die Auflösungsgünde sind teils zwingend, teils dispositiver Natur; sie wirken entweder ipso iure (Nr. 1—5 und die Kündigung in Nr. 6), oder erst durch ein die Auflösung aussprechendes, konstitutives Urteil (Nr. 6 gerichtliche Entscheidung); sie enthalten ferner festumgrenzte Tatbestände, bis auf den letzten Fall der Nr. 6, der als clausula generalis dem Richter das Recht der Auflösung aus wichtigen Gründen gibt.

Die Gründe sind folgende:

1. **Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist.** Als Endtermin kann auch ein bestimmtes Ereignis festgesetzt sein, z. B. Aufhebung eines Einfuhrverbots, Erlöschen eines Verlagsrechts oder eines Patents, sofern diese Ereignisse zeitlich bestimmt sind; sonst liegt eine nach § 132 kündbare Gesellschaft vor. Aber eine für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene Gesellschaft gilt als Gesellschaft von unbestimmter Dauer (§ 134). Der Zeitpunkt, für welchen die Gesellschaft „eingegangen" ist, ist der Zeitpunkt, den der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag oder eine spätere abändernde Vereinbarung festgesetzt hat. Das Wort „eingegangen" darf nicht gepreßt werden.

Darüber, ob die durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft wieder fortgesetzt werden kann, s. § 134 und die Erläuterung dazu, auch oben Anm. 2 und 3.

2. **Beschluß der Gesellschafter.** Gemeint ist ein Beschluß dahin, daß die Gesellschaft sich sofort Anm. 6. auflöse. Denn ein Beschluß, daß die Gesellschaft sich in einem späteren Zeitpunkt auflösen, bis dahin aber noch bestehen soll, wäre nichts anderes, als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nach der Richtung, daß die Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist, sich ändere. Das wäre aber nichts weiter, als die Schaffung eines künftigen Auflösungsgrundes nach Nr. 1. — Der Beschluß richtet sich in seinen Erfordernissen nach § 119, an sich ist Einstimmigkeit zu fordern, aber auch ein Mehrheitsbeschluß kann im Gesellschaftsvertrage zugelassen werden (vgl. RG. in JW. 00, 566 [7] und die Erläuterung zu § 119, woselbst über die einzelnen Modalitäten, die Berechnung der Stimmen, die Form usw. eines solchen Beschlusses das nähere gesagt ist). Unter Umständen ist auch schon darin ein solcher Beschluß zu finden, daß alle Gesellschafter auf Auflösung klagen (OLG. Hamburg in ZHR. 35, 233), jedoch nicht immer, nämlich dann nicht, wenn mit der Auflösung verschiedene Ziele verfolgt werden, so z. B. wenn ein Gesellschafter ein Interesse daran hat, daß die Auflösung auf seinen Antrag ausgesprochen

§ 131. werde, damit der andere als der schuldige Teil erscheint, indem hiervon gewisse Folgerungen abhängen.

Anm. 7. **Der Beschluß auf Auflösung kann auch dann gefaßt werden, wenn die Gesellschaft überschuldet ist.** Auch Verteilungen des Gesellschaftsvermögens können die Gesellschafter in solchen Fällen vornehmen, alles vorbehaltlich der paulianischen Anfechtung.

Anm. 8. Die durch Beschluß aufgelöste Gesellschaft kann wieder fortgesetzt werden, sowohl nachträglich nach eingetretener Auflösung (über die Wirkung solcher Fortsetzung s. oben Anm. 4), als auch im Moment der Auflösung. In letzterem Falle tritt die Auflösung überhaupt nicht ein: die o. H. G. wird unmittelbar als solche fortgesetzt. Als solche unmittelbare Fortsetzung wird es auch angesehen, wenn auf Grund gegenseitiger Übereinkunft ein Gesellschafter austritt, ein anderer gleichzeitig eintritt (ROHG. 14, 151; Bolze 9 Nr. 478; KGJ. 11, 17; KG. in KGBl. 95, 21; vgl. Anm. 48d zu § 105).

Anm. 9. 3. **Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft.** Derselbe löst kraft zwingenden Rechts die Gesellschaft auf, d. h. er zerstört ihren Charakter als gewerbetreibende Handelsgesellschaft und macht der bisherigen Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis ein Ende, ohne daß darin eine wirkliche Auflösung, ein Aufhören der Gesellschaft, läge (RG. 16, 2; 28, 130; vgl. Anm. 1), er macht für seine Dauer auch die Liquidation unnötig (vgl. hierüber § 145). Über die strafrechtliche Verantwortung ausgeschiedener Gesellschafter für Konkursvergehen vgl. RGSt. 35, 83.

Anm. 10. **Die Gesellschafter können aber nach Beendigung des Konkurses beschließen, das Handelsgewerbe wieder aufzunehmen,** und können auf diese Weise ihre Rechtsgemeinschaft wieder in eine o. H. G. verwandeln. Dies ist für den Fall, daß der Konkurs durch Zwangsvergleich oder auf Antrag des Gemeinschuldners endigt, im § 144 ausdrücklich bestimmt. Aber auch in sonstigen Fällen der Konkursbeendigung ist es gestattet (vgl. oben Anm. 1 und 2; ROHG. 16, 287).

Anm. 11. **Über den Konkurs der o. H. G. seien an dieser Stelle noch folgende Bemerkungen gemacht** (vgl. hierüber die Schrift von Jaeger, der Konkurs der o. H. G., Freiburg 97 und ders., Kommentar zur KO.):

a) **Der Konkurs setzt lediglich eine in Gemäßheit des § 123 nach außen in Wirksamkeit getretene o. H. G. voraus;** ob ein Gesellschaftsverhältnis nach innen besteht, ist gleichgültig. Denn der Konkurs bezweckt die Durchführung der Rechte der Gläubiger.

Der Konkurs ist auch nach Auflösung der Gesellschaft möglich (§ 209 Abs. 2 KO.). Konkursgrund ist lediglich Zahlungsunfähigkeit, nicht Überschuldung (letzteres anders bei der Kommanditges. a. A. § 209 KO.). Eine Pflicht, den Antrag auf Eröffnung des Konkurses zu stellen, besteht für die Gesellschafter nicht (Jaeger, KO. Anm. 7 zu § 209); ebensowenig für die Liquidatoren.

Anm. 12. b) **Gemeinschuldner sind die sämtlichen Gesellschafter,** nicht bloß die vertretungsberechtigten (Jaeger 67ff.). Die Gesellschafter sind persönlich die Gemeinschuldner, nicht etwa nur als Vertreter der o. H. G., wie sich dies aus der hier vertretenen Rechtsansicht, daß die Gesellschaft kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist (vgl. Anm. 8 zu § 105), ergibt (vgl. a. Jaeger, KO. Anm. 9, 10 zu § 209). Sie haben die Pflicht der Auskunftserteilung und der Leistung des Offenbarungseides, aber auch die Rechte der Gemeinschuldner aus §§ 135, 180, 86 KO. — Jeder Gesellschafter hat für sich das Recht und behufs Wahrung seiner Rechte auch die Pflicht, sich im Prüfungstermin über die angemeldeten Forderungen zu erklären (Jaeger 73 und KO., Anm. 11 zu § 209). Bestreitet er nicht, so wird die Feststellung auch gegen ihn rechtskräftig; bestreitet er aber, so hält dies die Rechtskraft gegen ihn auf; vollstreckbar aber ist die Tabellenfeststellung auch bei unterlassenem eigenen Bestreiten gegen ihn nicht (vgl. über diese Frage § 124 Anm. 24 und 25). — Die Gesellschafter sind auch verantwortlich nach §§ 239–241 KO. (vgl. bei uns § 38 Anm. 3) und auch die Rechtsminderungen (Verlust der Wählbarkeit usw.) treffen alle Gesellschafter (Jaeger 86; Jaeger, KO. Anm. 64 und 65 zu § 1).

Da die Gesellschafter selbst die Gemeinschuldner sind, haben ihre Ehegatten beim **§ 131.** Zwangsvergleich kein Stimmrecht (§ 183 KO.; Meyer in DJZ. 02, 342; gegen Gottschalk eb. 98).

c) **Die Gesellschafter können nicht ihre gesellschaftlichen Ansprüche als Konkursforderungen geltend machen** (Ansprüche auf Zinsen, Gewinn usw.). Denn das Gesellschaftsvermögen soll ja gerade zur Befriedigung der Gläubiger dienen. Die gesellschaftlichen Ansprüche auf Auszahlung von Teilen des Gesellschaftsvermögens hören daher in dem Augenblicke auf, in dem das Gesellschaftsvermögen beschlagnahmt ist zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger (Cosack § 109 IV 2). Dies gilt auch von den Ansprüchen auf Entnahmen, wie sie im Gesellschaftsvertrage üblich sind, d. h. Vorausentnahmen in Anrechnung auf Zinsen und Gewinn, auch dann, wenn das Verlangen schon vor der Konkurseröffnung gestellt war (anders Makower I 232), wohl aber können sie andere Forderungen geltend machen, insbesondere auch Forderungen auf Ersatz von Aufwendungen usw. nach § 110 (Jaeger 97 und KO. Anm. 15 zu § 209; hier anders Cosack § 109 IV 2b). Der ausgeschiedene Gesellschafter aber kann sein Auseinandersetzungsguthaben geltend machen (Jaeger 97). **Umgekehrt kann der Konkursverwalter von den Gesellschaftern ihre rückständigen Einlagen** fordern (Cosack 109 IV 2a und Jaeger, KO. Anm. 17 zu § 209) und auch die Passivsalden derselben, obwohl dieselben im Falle der Liquidation durch die Liquidatoren nicht einzuziehen sind (vgl. Anm. 15 zu § 155); hier muß es, wie jedes Gesellschaftsaktivum zur Masse herangezogen werden (Cosack § 109 IV 2a; anders Jaeger 108 und KO. Anm. 17 zu § 209). Ferner hat der Verwalter die Ansprüche gegen die Gesellschafter aus §§ 111, 112, sowie wegen Verletzung der Sorgfalt aus § 708 BGB. wahrzunehmen. Anm. 13.

d) **Hinsichtlich der Aufrechnung** ist zu bemerken: Wird der Gesellschafter vom Konkursverwalter auf seine Einlageschuld belangt, so kann er Forderungen, die ihm an die Gesellschaft zustehen, hiergegen zur Aufrechnung bringen. Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Aufrechnung stehen nicht entgegen, insbesondere muß mit Jaeger 110 und KO. Anm. 14 zu § 53 betont werden, daß das Moment der Gleichartigkeit durch den gesellschaftlichen Charakter der Einlageverpflichtung nicht beseitigt wird. Die Gleichartigkeit im Sinne der Aufrechnungsvorschriften bedeutet nur die Gleichheit in der Beschaffenheit des Leistungsinhalts (§ 387 BGB.). Diese liegt hier vor. Da auch die Konkursordnung hier keine hindernde Vorschrift enthält, so ist die Aufrechnung für zulässig zu erachten, wie denn auch das RG. 37, 85 aus dem gleichen Gesichtspunkte dem Kommanditisten das Recht eingeräumt hat, gegen die Klage des Konkursverwalters auf Einzahlung der rückständigen Einlage eine dem Kommanditisten zustehende Gegenforderung zur Aufrechnung zu stellen. (Früher hatte das Reichsgericht in ähnlichen Fällen abweichend entschieden: nämlich RG. 6, 69 und 19, 127; in jener Entscheidung in Band 37 wird die erstere Entscheidung [in Band 6] für nicht maßgebend erachtet, weil die besondere rechtliche Natur jenes Falles der Grund der abweichenden Entscheidung gewesen sei, die letztere Entscheidung [in Band 19] aber wird dort nicht beachtet.) Anm. 14.

e) Über den Einfluß des Zwangsvergleichs auf die Solidarhaft s. § 128 Anm. 5 und 28. Anm. 15.

f) Nach Beendigung des Konkurses tritt Liquidation ein, soweit nicht die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 144). Ist alles Kapitalvermögen während des Konkurses ausgeschüttet, so ist allerdings für die Liquidation kein Raum mehr und das Abwicklungsgeschäft zu Ende (RG. 40, 31). Anm. 16.

4. **Tod eines Gesellschafters.** Dieser löst die Gesellschaft auf (und zwar mit dem Augenblick des Todes, nicht erst mit der Kenntnis), wenn der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes festsetzt. Über den letzteren Fall bestimmen jetzt §§ 138 und 139, vgl. dort näheres. Über die Pflicht der Erben und der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge s. § 137 Abs. 1; über die Fortsetzung mit den Erben auf Grund nachträglicher Vereinbarung vgl. Anm. 3 zu diesem Paragraphen. Anm. 17.

§ 131. Die rechtliche Unfähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung ist als Auflösungsgrund nicht mehr anerkannt, in geeigneten Fällen kann dies ein Auflösungsgrund nach § 133 (vgl. Anm. 17 zu § 133) oder ein Ausschließungsgrund nach § 140 oder § 142 sein (D. 104).

Anm. 18. 5. **Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters.** Es ist zu beachten, daß der Konkurs eines Gesellschafters nicht den Konkurs, sondern die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt. Es erfolgt neben dem Konkurse des Gesellschafters die Liquidation der Gesellschaft. Wer Liquidator in diesem Falle ist, darüber s. § 146 Anm. 3. Ob es sich um einen geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter handelt oder nicht, ist gleichgültig.

Gerät ein Gesellschafter in Konkurs, ehe die vereinbarte Gesellschaft ins Leben getreten ist, so kommt die Gesellschaft nicht zustande (RG. 39, 169). — Über die Pflicht der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge s. § 137 Abs. 2. — Über die Auseinandersetzung mit dem Konkursverwalter des in Konkurs geratenen Gesellschafters bestimmen die §§ 16 Abs. 1 und 51 KO.

Anm. 19. Die zwingende Natur dieses Auflösungsgrundes bringt es mit sich, daß nicht schon im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem in Konkurs geratenen Gesellschafter vereinbart werden kann. Wohl aber kann die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den in Konkurs geratenen Gesellschafter vereinbart werden (§ 138) und es kann ferner vereinbart werden, daß, wenn zwei Gesellschafter vorhanden sind, im Falle des Konkurses des einen das Geschäft auf den andern übergeht (vgl. Anm. 6 zu § 138); es kann ferner durch Vereinbarung mit dem Konkursverwalter nach eingetretener Auflösung der Gesellschaft das Handelsgewerbe wieder aufgenommen, dadurch die Gesellschaft wieder in eine o. H. G. verwandelt werden (vgl. Anm. 2). Und es können endlich im Falle des Konkurses eines Gesellschafters die übrigen oder der übrig bleibende die Übernahme des Geschäfts für sich in Anspruch nehmen durch eine Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter (§§ 141 Abs. 2, 142 Abs. 2).

Ein Schadensersatzanspruch des anderen Gesellschafters dahin, daß der eine Gesellschafter in Konkurs gegangen ist und dadurch die Auflösung der Gesellschaft veranlaßt hat, besteht in der Regel nicht, sondern nur dann, wenn die Gründe des Konkurses auf Umständen beruhen, die eine Pflichtverletzung gegen den anderen Gesellschafter enthalten; z. B. vertragswidrige Übernahme von Bürgschaften, Beteiligung an Spekulationsgeschäften usw.

Anm. 20. 6. **Kündigung und gerichtliche Entscheidung.** Hier sind zwei ganz in sich verschiedene Auflösungsgründe unter einer Nummer zusammengestellt.

a) **Die Kündigung.** Ihre Voraussetzungen und ihre Formen sind im § 132 behandelt.

b) **Die gerichtliche Entscheidung.** Dies ist der Fall, wenn ein Gesellschafter aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen kann. Hierüber § 133.

Anm. 21. **Zusatz. Übergangsfrage.** Der § 131 gehört zu den Vorschriften, die das innere Verhältnis der Gesellschaft betreffen, er hat also keine rückwirkende Kraft auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaften (vgl. Anm. 46 zu § 105). Allerdings hat die Auflösung der o. H. G. auch Wirkungen nach außen, aber diese Wirkungen kommen in zweiter Linie. Zunächst ist es das innere Gesellschaftsverhältnis, das durch die hier aufgezählten Tatsachen getroffen wird. Die Wirkungen nach außen treten übrigens nicht ohne weiteres ein, sondern nur nach Maßgabe des § 15.

§ 132.

§ 132. Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

Der vorliegende Paragraph gibt eine Vorschrift über die Kündigungsfrist, doch sollen bei dieser Gelegenheit auch die sonstigen Fragen über die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses erörtert werden.

§ 132.

Anm. 1.

1. **Über die Dauer der Gesellschaft entscheidet in erster Linie der Gesellschaftsvertrag.** Der Gesellschaftsvertrag kann auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Ein auf die Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossener Gesellschaftsvertrag gilt dabei als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 134), eine Vorschrift, die gebietenden Charakter hat (vgl. RG. in JW. 95, 12); im übrigen ist für die Dauer eine gesetzliche Schranke der Zulässigkeit nicht gesetzt. Aber unter Umständen kann auch sonst die vereinbarte Dauer derart beschaffen sein, daß man darin eine gegen die guten Sitten verstoßende Bindung erblicken wird. In solchem Falle kann man nicht sagen, daß der § 134 entsprechende Anwendung findet. Vielmehr gilt dann dieser Teil des Vertrages als unsittlich und deshalb ungültig und es muß aus der ganzen Sachlage entnommen werden, ob wegen dieses ungültigen Teiles der ganze Vertrag hinfällig wird (§§ 138, 139 BGB.).

Anm. 2. Oft ist es Tatfrage, ob ein Vertrag auf bestimmte, oder auf unbestimmte Zeit geschlossen ist. So hat das ROHG. (13, 418) angenommen, daß ein auf bestimmte Zeit geschlossener, demnächst auf Lebenszeit erweiterter Gesellschaftsvertrag mindestens auf die ursprünglich festgesetzte Zeit geschlossen gilt. Umgekehrt kann die Festsetzung eines bestimmten Ereignisses als Endtermin sowohl den Sinn haben, daß die Gesellschaft jedenfalls bis dahin dauern soll, als auch den Sinn, daß sie auf unbestimmte Zeit geschlossen sein, mit dem Eintritt jenes Ereignisses aber jedenfalls sich auflösen soll.

Anm. 3. Der Vertrag kann eine unbestimmte Dauer auch in der Weise festsetzen, daß eine vom Gesetze abweichende Kündigungsfrist gelten soll (vgl. § 723 Abs. 1 Satz 3 BGB.). **Völliger Ausschluß der Kündigung** aber ist unzulässig (vgl. § 723 Abs. 3 BGB.), und ebenso andere Beschränkungen der gesetzlichen Kündigungsmöglichkeit, als sie in der Verlängerung der Kündigungsfrist liegen (Makower I 260). So ist z. B. ungültig die Beschränkung, daß die Zulässigkeit der Kündigung von einem Beschlusse der Gesellschafter abhängig sein soll (denn das wäre ja die Aufhebung des einseitigen Kündigungsrechts, RG. 21, 94), aber ungültig ist auch die in diesem Erkenntnisse nach früherem Rechte zugelassene Beschränkung, daß die Kündigung vor Erreichung eines gewissen Zweckes ausgeschlossen oder nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein soll. Ebenso ist unzulässig die Bestimmung, daß erhebliche Nachteile, die einer gänzlichen Ausschließung der Kündigung gleich zu erachten sind, an die Kündigung geknüpft werden (OLG. Kiel in OLGR. 6, 445). Ein Verzicht auf Kündigung für eine bestimmte Zeit ist gültig. Ob, wenn die Kündigung unzulässigerweise ausgeschlossen ist, der ganze Vertrag oder nur diese Kündigungsabrede ungültig ist, hängt von den Umständen ab (§ 139 BGB.).

Anm. 4. 2. **Ist die Dauer und die Kündigungsfrist durch Vertrag nicht bestimmt, so greift die gesetzliche Regel Platz:** der Vertrag gilt auf unbestimmte Zeit geschlossen und es greift die Kündigungsfrist des vorliegenden Paragraphen Platz: 6 Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Die Vorschrift des 723 BGB. (Kündigung der Gesellschaft jeder Zeit) gilt hier nicht.

Anm. 5. 3. **Für die Form der Kündigung** ist nichts vorgeschrieben. Die Kündigung ist daher in jeder Form gültig. Üblich ist die Form des eingeschriebenen Briefes. Die Kündigung hat sich an die sämtlichen Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft zu richten (Puchelt Anm. 5 zu Art. 124); doch darf dies nicht formalistisch aufgefaßt werden; es ist daher auch eine an die Gesellschaft gerichtete Kündigung wirksam, wenn sie rechtzeitig zur Kenntnis sämtlicher Gesellschafter gelangt (RG. 21, 93).

Anm. 6. Die Kündigung muß dem anderen Teil zugehen. Sie ist eine empfangsbedürftige Erklärung im Sinne der §§ 130 ff. BGB. Näheres hierüber Anm. 9 zu § 66, wo die gleiche Frage bei der Kündigung des Handlungsgehilfen behandelt ist. Sie ist erst dann wirksam, wenn sie allen Gesellschaftern zugegangen ist (Knoke 107; die Kündigung an den geschäftsführenden Gesellschafter genügt nicht, OLG. Kiel in OLGR. 9, 11).

Anm. 7. Kündigt ein angeblich Bevollmächtigter eines Gesellschafters, so wird die Kündigung wirksam, wenn der Empfänger die Kündigung nicht unverzüglich zurückweist und der Kündigende nachträglich die Kündigung genehmigt (§§ 174, 182 Abs. 2 BGB.; RG. bei Bauer 9, 185).

§ 132. Anm. 8. Für die Berechnung der Kündigungsfrist sind die Auslegungsregeln der §§ 187 ff. BGB. maßgebend. Schließt z. B. das Geschäftsjahr am 31. März 1901, so muß spätestens am 30. September 1900 gekündigt werden (§§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2, 3 BGB.).

Anm. 9. Inhaltlich muß die Kündigung bestimmt und endgültig sein. Hierüber und insbesondere über die Frage, ob auch eine bedingte Kündigung wirksam ist, s. Anm. 10 zu § 66 (über die Kündigung an Feiertagen vgl. Anm. 11 zu § 66).

Ob die Kündigung den anderen Gesellschaftern gelegen kommt oder sehr unbequem ist, ob sie der Gesellschaft zum Nutzen oder zum Schaden gereicht, ist gleichgültig. Wenn sie rechtzeitig ist, ist sie wirksam. Die Kündigung kann also auch zur Unzeit geschehen, § 723 Abs. 2 BGB. greift hier nicht Platz.

Anm. 10. 4. **Die Wirkung der rechtzeitigen Kündigung** ist die Auflösung der Gesellschaft. Es kann jedoch die Kündigung zurückgenommen werden. Nur muß dies geschehen, ehe ihre Wirkung, die Auflösung, eintritt, und jedenfalls ist die Genehmigung der anderen Gesellschafter dazu erforderlich. Denn die einmal geschehene Aufkündigung gewährt auch diesen ein Recht auf Eintritt derjenigen Wirkungen, welche das Gesetz an diesen Rechtsakt knüpft (vgl. auch Anm. 2 zu § 134).

Die Kündigung enthält aber weder eine Anerkennung des rechtsgültigen Zustandekommens der Gesellschaft, noch einen Verzicht auf Rücktrittsrechte, und es steht nichts entgegen, die auf die Kündigung gestützte Klage mit der Ungültigkeits- oder Auflösungsklage zu verbinden (vgl. ROHG. 10, 434). Auch schließt die Kündigung den Antrag auf Ausschließung nicht aus (ROHG. 6, 112).

Anm. 11. 5. **Eine verspätete Kündigung** ist wirkungslos, es braucht ihr nicht widersprochen zu werden (ROHG. 12, 102), doch kann sie unter Umständen als Kündigung für das nächste Geschäftsjahr aufzufassen sein, das ist die Auslegungssache. **Vorzeitige Kündigung aber ist rechtzeitig.**

Anm. 12. 6. **Für die Beweislast,** wenn streitig ist, ob eine bestimmte Dauer vereinbart ist oder eine unbestimmte Dauer gilt, ob gesetzliche oder eine sonstige Kündigungsfrist gilt, findet der auch sonst aufgestellte Grundsatz Anwendung, daß, wer die von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Vereinbarung behauptet, diese zu beweisen hat (vgl. hierüber Allgemeine Einleitung 6./7. Aufl. Anm. 33 ff. und 55). Zwar sind auch im vorliegenden Paragraphen die Worte „wenn nicht ein anderes vereinbart ist“, gestrichen, aber ohne die Absicht einer inhaltlichen Veränderung.

Anm. 13. **Zusatz. Übergangsfrage.** Die Vorschrift berührt das innere Verhältnis und ist daher nicht rückwirkend auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaftsverträge. Daher bestimmt sich die Dauer des Gesellschaftsvertrages, die Kündigungsmöglichkeit, die Wirkung der Kündigung usw. nach altem Recht (vgl. Anm. 46 zu § 105). Die Form der Kündigung aber richtet sich nach neuem Recht (vgl. Lehmann in ZHR. 48, 106).

§ 133.

§ 133. Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

§ 132. Einleitung.

Der Paragraph behandelt die Tatsachen, die auf Verlangen eines Teils die Auflösung herbeiführen (vgl. § 131 Nr. 6 und Anm. 20 dazu). Der Gegenstand wird in drei Absätzen behandelt: Abs. 1 enthält das Prinzip, daß beim Vorhandensein wichtiger Gründe die vorzeitige Auflösung einseitig verlangt werden kann; Abs. 2 zählt Beispiele wichtiger Gründe auf; Abs. 3 erklärt entgegenstehende Vereinbarungen für nichtig.

Zu bemerken ist an dieser Stelle, daß im vorliegenden Paragraphen nur von den Gründen gehandelt wird, die einen Gesellschafter berechtigen, einen an sich gültigen Gesellschaftsvertrag aus besonderen, während des Bestehens des Verhältnisses eintretenden Gründen zur Aufhebung zu bringen. **Davon zu unterscheiden ist die Geltendmachung eines Anfechtungsgrundes aus den allgemeinen Grundsätzen über Verträge.** So z. B., wenn ein Gesellschafter geltend macht, er sei zum Eingehen des Gesellschaftsverhältnisses durch betrügerische Vorspiegelungen verleitet worden (vgl. Bolze 5 Nr. 738). Die Folge einer solchen Aufhebung ist verschieden von der Aufhebung aus wichtigen Gründen. Die letztere wirkt ex nunc, nur aus besonderem Grunde können Entschädigungsansprüche bestehen und weitere Wirkungen ausüben; die erstere aber, die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums, Täuschung usw., wirkt ex tunc (§ 142 BGB.): der wirksam anfechtende Gesellschafter verlangt seine Einlage zurück und in den geeigneten Fällen (z. B. im Falle der Täuschung) allen Schaden ersetzt, den er durch den Beitritt zur Gesellschaft erlitten hat. Eine Liquidation findet in diesem Fall nicht statt, da die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern für nichtig erklärt wird. Die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern erfolgt gemäß §§ 751 ff. BGB. (vgl. Marcus in KGBl. 99, 77). Was das Verhältnis des aus allgemeinen Vertragsgrundsätzen wirksam anfechtenden Gesellschafters zum Dritten betrifft, so wird diesem gegenüber die Sache nicht so angesehen, als sei er niemals Gesellschafter geworden. Hier bleibt es vielmehr dabei, daß eine nach außen wirksame o. H. G. bestand, so daß der wirksam anfechtende Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden verbindlich bleibt. Seine Regreßansprüche, die hieraus entstehen, kann er gegen die Gesellschafter geltend machen, deren Verhalten den Grund zur Anfechtung abgegeben hat. Unter Umständen ist es die Gesellschaft selbst, gegen die sich seine Ansprüche auf Rückzahlung und Entschädigung richten werden, wenn er nämlich im Namen der Gesellschaft zu dem anfechtbaren Beitritt bewogen wurde, so z. B. wenn jemand namens einer bestehenden o. H. G. durch Täuschung zum Beitritt veranlaßt wurde. In solchem Falle wird er auch hinsichtlich seiner Regreßansprüche aus erfolgreicher Anfechtung Gläubiger der Gesellschaft und konkurriert mit den sonstigen Gläubigern, denen er andererseits wieder für die Schulden der Gesellschaft haftet. — Die Solidarhaft des wirksam anfechtenden Gesellschafters gegenüber einem Gläubiger wird auch dadurch nicht immer aufgehoben, daß er die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte. Das muß trotz des § 142 Abs. 2 BGB. angenommen werden. Denn dem Gläubiger gegenüber besteht eine o. H. G. unter Umständen auch dann, wenn sie nach innen nicht gültig ist (vgl. hierüber Anm. 9 zu § 123).

Anm. 1.

1. Vorweg ist zu bemerken, **daß die vorzeitige Auflösung zulässig ist, sowohl bei einer auf bestimmte Zeit, als auch bei einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft.**

Anm. 2.

2. (Abs. 1.) **Wichtige Gründe** geben dem einzelnen Gesellschafter das Recht, die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Das Erfordernis der Wichtigkeit der Gründe liegt begrifflich vor, wenn dem betreffenden Teil nicht zuzumuten ist, die Gesellschaft ferner fortzusetzen, weil die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft, sei es aus persönlichen oder sachlichen Gründen, nicht mehr vorliegen (Bolze 17 Nr. 525).

Anm. 3.

Über die Art der Feststellung dieses begrifflichen Erfordernisses im einzelnen Fall führt das Reichsgericht (24, 137) zutreffend aus: „Für die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist dem Richter durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß aber seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher in dem Verschulden eines Gesellschafters oder in dessen Person liege (vgl. auch RG. in JW. 98, 203). Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Momente können in

§ 133. ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen (vgl. auch RG. in SächsA. 9, 62 und RG. bei Bauer 8, 208, sowie RG. 51, 91, nach welchen zur Verschärfung vorhandener Gründe auf bereits verziehene Vorfälle zurückzugehen gestattet ist): und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen: ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde." Nur ist der letzteren Bemerkung hinzuzufügen, daß einem solchen Grunde, wenn seine Bedingungen ad hoc erzeugt sind, die exceptio doli entgegensteht. Auch ist ein derartiger, in der Person des Antragenden liegender Umstand, z. B. dauernder Krankheitszustand, besonders sorgfältig und genau daraufhin zu prüfen, ob er die Auflösung rechtfertigt (RG. in JW. 00, 414[10]).

Anm. 4. Daß ein Schade eingetreten ist, ist nicht gerade erforderlich für das Vorliegen eines wichtigen Grundes, und ist auch andererseits nicht dazu ausreichend (ROHG. 20, 265; OAG. Dresden in ZHR. 8, 592).

Anm. 5. 3. (Abs. 1.) **Das Recht auf einseitige Auflösung wird geltend gemacht durch Erhebung der Klage gegen die der Auflösung widersprechenden Gesellschafter.** Es kann nach der jetzigen Fassung nicht mehr als erforderlich hingestellt werden, daß das Verlangen geltend gemacht wird durch eine Erklärung gegenüber den anderen Gesellschaftern. Es kann sofort geklagt werden. Unter Umständen wird aber eine Klage ohne vorherige Aufforderung die Folge haben, daß dem Kläger die Kosten auferlegt werden (§ 93 CPO.). Freilich wird das dann nicht der Fall sein, wenn das Verhalten der anderen Gesellschafter der Klagegrund ist. In solchem Falle haben sie jedenfalls Anlaß zur Klage gegeben. Der klagende Gesellschafter hat dann nicht mehr notwendig, die anderen Gesellschafter zu befragen, ob sie in die Auflösung willigen wollen.

Anm. 6. Die Geltendmachung durch Einwand genügt nicht, obwohl das Gesetz nicht gerade von der Klage, sondern nur von einer Entscheidung spricht. Aber das Urteil soll doch die Auflösung aussprechen, also muß der Tenor diesen Ausspruch enthalten und das kann nur auf Grund einer Klage (oder Widerklage) geschehen (früher anders Behrend § 78 Anm. 12; ROHG. 12, 101).

Wechsel in der Geltendmachung eines Auflösungsgrundes ist Klageänderung (Bolze 21 Nr. 767; vgl. jedoch § 264 CPO.).

Anm. 7. Unverzügliche Klageerhebung ist nicht erforderlich. In der lediglich tatsächlichen Fortsetzung der Gesellschaft ist eine Verzeihung des Fehltritts nicht notwendig zu finden, jedoch unter Umständen (vgl. einen solchen Fall ROHG. 6, 112) und in einer längeren Fortsetzung ist sie sicher zu finden.

Darüber, ob auch einstweilige Verfügung auf Ausspruch der Auflösung und Einleitung der Liquidation zulässig ist s. Anm. 10.

Anm. 8. Der Streitwert der Klage ist nach richterlichem Ermessen festzusetzen. § 109 GKG. kommt nicht in Betracht. Das mittelbare Interesse des Klägers und die Gründe zur Klage sind gleichgültig; maßgebend ist das im Klageantrag bezeichnete klägerische Interesse. Für dies gibt die Beteiligung des Klägers einen Anhalt, wenn sie auch nicht ohne weiteres sich mit diesem Interesse deckt (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 50; vgl. auch RG. in JW. 01, 395[3], RG. 40, 407).

Anm. 9. 4. **Der Inhalt der gerichtlichen Entscheidung** ist der Ausspruch der Auflösung. Das Urteil ist konstitutiv, was auch früher (5. Aufl. § 3 zu Art. 125) behauptet wurde, jedoch gegen die herrschende Meinung.

Anm. 10. Durch den rechtskräftigen Richterspruch wird die Gesellschaft aufgelöst. Bis dahin kann der antragende Gesellschafter auf seinen Auflösungsanspruch noch verzichten und dadurch bewirken, daß die Gesellschaft noch fortbesteht. Bis dahin bleiben alle Gesellschafter im Genusse ihrer Befugnisse, insbesondere zur Vertretung der Gesellschaft und zum Bezuge von Gewinn und Zinsen. Mißlichkeiten und Ungerechtigkeiten in dieser

Hinsicht können durch **einstweilige Verfügung** auf Entziehung der Geschäftsführung oder **§ 133.** Vertretungsbefugnis beseitigt werden (vgl. hierüber §§ 117 und 127 und die Erläuterung dazu). Die einstweilige Verfügung kann sogar auch auf Ausspruch der Auflösung und Einleitung der Liquidation gehen. Es wurde dies schon früher auf Grund der schrankenlosen Freiheit, welche dem Richter bei einstweiligen Verfügungen zusteht und die sogar bis zur Vorwegnahme der Zwangsvollstreckung gehen kann — § 138 CPO.; RG. 9, 334; 27, 430 — angenommen (LG. I Berlin in KGBl. 91, 115) und muß auch jetzt angenommen werden; zumal der vorliegende Paragraph nur von gerichtlicher Entscheidung, nicht von gerichtlichem Urteil spricht (Makower I 260). Auch kann das Prozeßgericht nicht nur die Liquidation aussprechen, sondern es kann der Antrag der einstweiligen Verfügung auch auf Ernennung von Liquidatoren gehen und das Gericht kann dem entsprechen. Es ist nicht anzunehmen, daß zufolge des § 145 FGG. nur das Amtsgericht zur Ernennung der Liquidatoren zuständig sei. Dies ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil nach § 146 FGG. in diesem Verfahren der Gegner stets zu hören ist, es aber oft erforderlich ist, ohne Gehör des Gegners einzugreifen (Makower I 286).

Das Kammergericht nahm schon nach früherem Recht an, daß **auch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil** auf Auflösung wirksam und eintragungsfähig ist (KGJ. 14, 235), nach jetzigem Recht wird dies durch § 16 bestätigt. Liquidatoren sind in diesem Falle die im § 146 Abs. 1 Bestimmten; sollen es diese nicht sein, so muß der Antragsteller die erforderlichen Anträge gemäß § 146 Abs. 2 HGB. und §§ 145, 146 FGG. beim Amtsgericht oder gemäß Anm. 10 im Wege der einstweiligen Verfügung stellen. Das Urteil des Prozeßgerichts kann auf Einsetzung von Liquidatoren nicht gehen. Anm. 11.

Das Urteil hat nicht die weitere Folge, daß nunmehr ohne weiteres Schadensersatz gefordert werden kann. Es finden vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Schadloshaltung und Schuld (ROHG. 17, 366), über die Folgen des Verzugs und der Klagezustellung Anwendung. Aus diesen allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, daß der Teil, der dem anderen durch sein vertragswidriges Verhalten zu dem Verlangen auf sofortige Auflösung Anlaß gegeben hat, ihm zum Schadensersatz verpflichtet ist (vgl. Erl. zu § 347). Weiter folgt aus ihnen, daß, wenn jeder Gesellschafter dem andern durch sein Verhalten Veranlassung zur Auflösung gegeben hat, unter Umständen keinem Teil ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht (ROHG. 24, 308: ein Gesellschafter hatte mit der Ehefrau des anderen Ehebruch getrieben und war dafür von ihm gemißhandelt worden; jetzt § 254 BGB.). Wenn aber das Reichsgericht bei Bolze 5 Nr. 744 sagt, daß es auf den Grad der beiderseitigen Verschuldung nicht ankommt, so kann dies nach jetzigem Rechte nicht mehr gelten. Vielmehr greift jetzt § 254 BGB. Platz, wonach bei allen Schuldverhältnissen, also auch bei Gesellschaften beiderseitiges Verschulden die Wirkung hat, daß die Verpflichtung und der Umfang des Schadensersatzes vom Maße der Schuld abhängt. Anm. 12.

5. **Über das Vorhandensein der wichtigen Gründe entscheidet das freie richterliche Ermessen.** Dies ist aber wohl zu unterscheiden von der Beweislast (vgl. Allgem. Einl. in der 6./7. Aufl.). Die Beweislast trifft den, der die Auflösung verlangt. Auch ist der Richter, wenn das Ergebnis dahin geht, daß ein wichtiger Auflösungsgrund vorliegt, verpflichtet, die Auflösung auszusprechen. Das Wort „kann" in Abs. 1 darf in dieser Hinsicht nicht irreführen. Wird in dem Gesetze angeordnet, daß eine Behörde etwas tun kann, so ist damit gesagt, daß sie es tun muß, wenn die Voraussetzungen ihres Eingreifens vorhanden sind (Planck I Einl. 27). In diesem Sinne sind insbesondere auch die Beispiele in Abs. 2 zwingend. Steht z. B. fest, daß ein Gesellschafter wesentliche Verpflichtungen vorsätzlich verletzt hat, so muß der Richter auf Auflösung erkennen (ebenso Goldmann Anm. 5; dagegen Lehmann-Ring Nr. 2; ebenso, wenn im Gesellschaftsvertrage eine bestimmte Tatsache als wichtiger Grund festgesetzt ist (RG. in JW. 84, 303[31]). Aber die hier erwähnten Auflösungsgründe sind nicht erschöpfend, sondern nur Beispiele (vgl. Anm. 18). Allgemeines über die Wichtigkeit der einzelnen Gründe vgl. Anm. 2—4. Anm. 13.

§ 133. 6. (Abs. 2.) **Die einzelnen Gründe vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft.**

Anm. 14. a) **Das Gesetz hebt zwei Gründe hervor:** Verletzung und Unmöglichkeit der Erfüllung von Verpflichtungen des Gesellschaftsvertrages.

α) **Die Verletzung einer dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden wesentlichen Verpflichtung aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.** Der Grund deckt sich mit dem Auflösungsgrund des früheren Art. 125 Nr. 3. Unter Gesellschaftsvertrag ist hier nicht bloß der Inhalt besonderer Vereinbarungen über das Gesellschaftsverhältnis gemeint, sondern alles das, was kraft Gesetzes oder Vertrages über das Gesellschaftsverhältnis gilt. Es ist also die Verletzung der dem Gesellschafter obliegenden gesellschaftlichen Verpflichtungen gemeint. Die Nichterfüllung braucht zwar nicht beharrlich zu sein, aber gegen chikanöse Ausbeutung von Unachtsamkeiten schützt das allgemeine Erfordernis „wichtig" und das Erforderniß einer wesentlichen Verpflichtung. Man würde dem Gedanken des Gesetzes nicht gerecht werden, wenn man z. B. jede grobe Fahrlässigkeit in bezug auf die Geschäftsführung (etwa die irrtümliche Adressierung eines Pakets seitens des die Expedition leitenden Gesellschafters) für genügend hielte. Dem Wortlaut nach wäre dies allerdings genügend. Aber es kommt darauf an, ob die aus der allgemeinen Verpflichtung der Geschäftsführung folgende konkrete Pflicht zur gehörigen Expedition des betreffenden Pakets eine wesentliche Verpflichtung im Sinne des vorliegenden Paragraphen ist. Unrichtige Buchung wird unter diesem Gesichtspunkte oft harmlos und unwichtig erscheinen. Selbst wesentliche Pflichtverletzungen sind oft geringfügiger Natur. Wenn es z. B. im Gesellschaftsvertrage den Gesellschaftern verboten ist, ohne Genehmigung der andern Gesellschafter einen Handlungsgehilfen zu entlassen, und der Gesellschafter würde dies dennoch vorsätzlich und wissentlich getan haben, aber im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft, so würde damit der Tatbestand des vorliegenden Paragraphen nicht erfüllt sein, weil in dem besondern Fall die Pflicht zur Einholung der Genehmigung keine wesentliche war.

Liegt ausdrückliche oder durch in Kenntnis des Tatbestandes erfolgte Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses festgestellte stillschweigende Verzeihung vor, so können die Gründe nicht mehr geltend gemacht werden (RG. 51, 91 vgl. jedoch Anm. 3).

Anm. 15. Die Praxis hat die voliegende Nummer angewendet bei Nichteinlegung versprochener Einlagen (Bolze 8 Nr. 544), bei unterlassener oder ungebührlich verzögerter Inventur und Bilanz (RG. bei Bauer 8, 208), sowie eigenmächtiger Abschließung von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (ROHG. 20, 244); Unfleiß und Entziehung der Tätigkeit überhaupt (ZHR. 7, 463); verbotene Separatgeschäfte (Bolze 15 Nr. 414).

Anm. 16. Unter diese Nr. fallen ferner die früher gesondert abgehandelten Auflösungsgründe: Unredlichkeit bei Geschäftsführung und Rechnungslegung (Art. 125 Nr. 2 des alten HGB.) und Mißbrauch der Firma oder des Geschäftsvermögens zu Privatzwecken. Als Unredlichkeit wurde es besonders früher ausgelegt, wenn der Gesellschafter wissentlich zu viel Auslagen berechnet oder für sich persönliche Belohnungen bei Gesellschaftsgeschäften ausmacht (vgl. ROHG. 13, 179, wo dies als Entlassungsgrund eines Aktiengesellschaftsdirektors angenommen worden ist; vgl. auch Bolze 7 Nr. 630); Nichtablieferung vereinnahmter Gelder (OLG. Dresden in ZHR. 11, 565). — Der Mißbrauch der Firma oder des Gesellschaftsvermögens zu Privatzwecken würde als Auflösungsgrund dann anzusehen sein, wenn die Gesellschaft dadurch verpflichtet würde, auch wenn dadurch eine Benachteiligung nicht beabsichtigt und nicht bewirkt war (ROHG. 20, 265). Jetzt freilich, wo dieser Grund nicht hervorgehoben ist, wird man etwas vorsichtiger und etwas milder sein müssen; man wird sich immer fragen müssen, ob damit eine wesentliche Verpflichtung verletzt ist. Auch der Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens muß erheblich sein. So wird z. B. der Gebrauch einiger Postwertzeichen zu Privatzwecken kein Auflösungsgrund sein (vgl. Bolze 5 Nr. 745).

Anm. 17. β) **Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen.** Anhaltende Krankheit, insbesondere auch Geisteskrankheit (die ja jetzt nicht mehr ein ipso jure wirkender Auflösungs-

grund ist; vgl. Art. 123 des alten HGB. mit § 131 des neuen HGB.) werden dann ein Auflösungsgrund sein, wenn der Gesellschafter dadurch verhindert wird, seine wesentlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Der Begriff „wesentlich" erfordert natürlich auch, daß die Zeit erheblich ist. (Über eintretende Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung vgl. Ullmann in JW. 02, 50). Zu beachten ist, daß es sich hier handelt um eine Unfähigkeit, die auf seiten des anderen Gesellschafters d. h. desjenigen, gegen den sich der Antrag richtet, eingetreten ist, denn es handelt sich darum, daß dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann. Die Unfähigkeit dessen, der die Auflösung verlangt, ist hier nicht gemeint. Die Unmöglichkeit in der Ausübung von Rechten kann allerdings auch ein Auflösungsgrund sein, nämlich aus dem allgemeinen Gesichtspunkte der Wichtigkeit des Grundes (vgl. Anm. 3). **§ 133.**

b) **Andere Auflösungsgründe.** Anm. 18.

α) Dazu gehört zunächst der vom alten HGB. erwähnte, jetzt nicht mehr hervorgehobene Grund der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks. Daß dies ein Auflösungsgrund sein kann, ist sowohl von der D. 104, als auch von der Kommission (KB. 56) anerkannt worden.

Weil darüber, wann Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks vorliegt, Meinungsverschiedenheit herrschen kann (D. 104), ist sie nicht zum ipso jure wirkenden Auflösungsgrund erklärt worden. Aber schon darüber, was unter dem Gesellschaftszweck zu verstehen ist, besteht Streit: ob es die Betreibung des im Gesellschaftsvertrage angegebenen Handelsgewerbes überhaupt ist, ohne Rücksicht auf das pekuniäre Resultat, oder das durch das Handelsgewerbe erstrebte Ziel des Gewinnes. Letzteres ist gemeint, ersteres würde aus theoretischen Gründen zu unpraktischen Ergebnissen führen. Auch das Wort „unmöglich" darf nicht gepreßt werden, vielmehr wird eine nur durch außergewöhnliche oder unwahrscheinliche Umstände zu überwindende Schwierigkeit der Unmöglichkeit gleichzustellen sein. Die Auflösung einer mit Salz handelnden Gesellschaft kann daher nicht bloß dann verlangt werden, wenn das Salzmonopol eingeführt wird, sondern schon dann, wenn der Handel durch Einführung hoher Zölle keinen Nutzen mehr verspricht. Andere Fälle sind: wenn durch neue Erfindungen der Artikel wesentlich verbessert oder wenn durch Konkurrenzunternehmungen der Betrieb wesentlich erschwert wird. Dabei kommt überall die Erwägung nicht mit in Betracht, daß sich durch die Erhöhung des Kapitals der Gesellschaftszweck doch noch erreichen ließe, da zur Erhöhung seiner Einlage kein Gesellschafter verpflichtet ist (Anm. 6 und 7 zu § 111). Andererseits rechtfertigt die Tatsache allein, daß bereits Verluste am Einlagekapital entstanden sind, die Anwendung dieser Vorschrift nicht, wenn nicht durch diese Verluste die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich geworden ist, was allerdings bei erheblichen Einbußen meist der Fall sein wird (OLG. Dresden in ZHR. 8, 592; OLG. Frankfurt in ZHR. 35, 233). **So ist mangelnde Rentabilität als Auflösungsgrund anerkannt** in ROHG. 12, 100. In Gesellschaftsverträgen wird dieser Auflösungsgrund gewöhnlich dahin festgelegt, daß die Auflösung der Gesellschaft verlangt werden kann, wenn ein bestimmt angegebener Teil des ursprünglichen Gesellschaftsvermögens aufgezehrt ist oder wenn der Reingewinn nicht jährlich einen bestimmten Betrag erreicht. Im allgemeinen ist hierbei zu bemerken, daß ein neues Geschäft meist nicht gleich bedeutende Erfolge erzielt, daß man vielmehr im Anfang mit großen Spesen und geringen Einnahmen, mit Versuchen usw., den sogenannten Kinderkrankheiten des Geschäfts, wird rechnen müssen.

β) **Sodann ist zu erwähnen die Unmöglichkeit in der Ausübung von Rechten** (vgl. Anm. 17 und 3). Es wird z. B. ein Gesellschafter krank und kann deswegen nicht tätig sein. Er verliert dadurch die Möglichkeit, selbst einzugreifen und zu kontrollieren. Das kann ihm im geeigneten Falle das Recht geben, die Auflösung zu verlangen. Er wird dies Recht z. B. dann nicht haben, wenn er sich auch sonst um die Gesellschaft wenig gekümmert hat. Anm. 19.

γ) **Andere Beispiele aus der Praxis sind**: Bestrafung wegen Verbrechen, die nicht gegen die Gesellschaft gerichtet sind; beleidigendes Verhalten (vgl. ROHG. 11, 265, es hatte ein Gesellschafter den anderen „Bummler" und „Berliner Schwindler" genannt, unter den ob- Anm. 20.

§ 133. waltenden Umständen — es bestand Arbeitsteilung zwischen den Gesellschaftern, — wurde dies nicht für wichtig genug gehalten —); Verleumdungen, die in einer Ausschließungsklage enthalten waren (ROHG. 20, 268); Mißhandlungen eines Gesellschafters durch den anderen (ROHG. 24, 308), Störung des Geschäftspersonals durch Schreien und Toben, Versendung eines Zirkulars, „an den anderen Gesellschafter solle nicht mehr gezahlt werden" (RG. im SächsA. 9, 62).

Anm. 21. 7. (Abs. 3.) **Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.** Durch Vereinbarung darf, wie dieser Absatz 3 hervorhebt, das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, weder ausgeschlossen, noch diesen Vorschriften zuwider beschränkt, wohl aber erweitert werden.

a) Demnach ist zunächst jede Vereinbarung nichtig, durch die der Rechtsweg ausgeschlossen wird. Das würde mindestens als Beschränkung des Rechts auf Auflösung angesehen werden. Denn das Gesetz erblickt eben in der gerichtlichen Entscheidung die einzig wirksame Ausübung des Rechts auf vorzeitige Auflösung. Es kann also durch Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen werden, daß durch Beschluß der Gesellschafter, am allerwenigsten durch Mehrheitsbeschluß, über das Vorhandensein wichtiger Gründe befunden wird (vgl. Anm. 5 zu § 119).

Anm. 22. b) Nichtig ist auch jede Vereinbarung über die Wichtigkeit der Gründe, soweit dadurch das Recht auf vorzeitige Auflösung beschränkt wird. Die Zahl der wichtigen Gründe kann also durch Vertrag erweitert werden, es kann aber nicht durch Vertrag ein nach richterlichem Ermessen wichtiger Grund gültig zu einem unwirksamen erklärt werden (dagegen Goldmann Anm. 24). Man kann infolgedessen die Pflichten der Gesellschafter beliebig festsetzen, aber man kann nicht vereinbaren, daß eine grobe Verletzung bestehender Pflichten kein Auflösungsgrund sein soll.

Anm. 23. c) Welches ist die Folge, wenn solche Vereinbarung gleichwohl getroffen wird? Nach § 139 BGB. wird zu beurteilen sein, ob hiernach der ganze Vertrag hinfällig wird oder nur die entgegenstehende Vereinbarung. In den meisten Fällen, regelmäßig, wird bei Gesellschaftsverträgen das letztere anzunehmen sein. Derartige Vereinbarungen werden also ungültig, der Vertrag selbst gültig sein. Immerhin werden solche Vereinbarungen doch nicht ganz ohne jede Bedeutung sein. Sie werden eine tatsächliche Bedeutung nach der Richtung haben, daß sie zeigen werden, was die Gesellschafter für wichtig und wesentlich gehalten haben. Sie werden also oft geeignet sein, dem richterlichen Ermessen, welches zwar frei ist, aber doch die Absicht der Parteien berücksichtigen soll, die Richtschnur zu geben.

Anm. 24. **Zusatz 1. Verschieden von diesen Rücktrittsgründen ist die Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages aus allgemeinen Rechtsgründen** (vgl. hierüber oben die Einleitung).

Hierzu gehört übrigens auch die Anfechtung aus dem Grunde, weil vor dem Beginn der Gesellschaftsgeschäfte eine Tatsache bekannt wird, welche, wenn die Gesellschaft schon ihre Geschäfte begonnen hätte, zur vorzeitigen Auflösung berechtigen würde. Das wird wohl meist ein wesentlicher Irrtum im Sinne des § 119 BGB. sein (vgl. RG. bei Bolze 9 Nr. 472).

Anm. 25. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Die Vorschriften der vorliegenden Paragraphen sind, wie schon Absatz 3 ergibt, zwar zwingenden Rechts. Das aber bewirkt nicht, daß sie auf frühere Gesellschaftsverträge Anwendung finden. Sie gehören vielmehr zu den Vorschriften, die das innere Verhältnis betreffen, und sind daher nicht rückwirkend (vgl. Anm 46 zu § 105).

§ 134.

§ 134. **Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften der §§ 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich.**

Der vorliegende Paragraph gibt eine Auslegungsvorschrift, wonach in zwei Fällen eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer von Gesetzes wegen als vorhanden angenommen wird. § 134.

1. Eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer wird angenommen, wenn eine Gesellschaft auf die Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossen wird (vgl. hierüber Anm. 1 zu § 132). Anm. 1.

2. Sie wird ferner angenommen, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird. Anm. 2.

Damit ist also gesagt, daß eine Gesellschaft, auch wenn ihre vereinbarte Dauer abgelaufen ist, damit nicht notwendig beendigt ist, und zwar ist hier hervorgehoben, daß sie stillschweigend fortgesetzt werden kann. Sie bleibt natürlich die alte Gesellschaft mit allen für sie festgesetzten Bestimmungen, nicht etwa wird es eine Gesellschaft, deren Rechtsverhältnisse sich nach den gesetzlichen Vorschriften richten. Zur stillschweigenden Fortsetzung gehört ein Verhalten aller Gesellschafter, aus dem ersichtlich ist, daß sie die Gesellschaft trotz des Zeitablaufs fortsetzen wollen. Es müssen mit anderen Worten die Erfordernisse einer stillschweigenden Vereinbarung vorliegen. Warum aber gerade stillschweigende Vereinbarung hervorgehoben wird, ist nicht ersichtlich. Denn bei einer ausdrücklichen Vereinbarung muß das gleiche gelten. Es ist, wenn im Augenblicke des Zeitablaufs ausdrücklich vereinbart wird, die Gesellschaft solle sich fortsetzen, die Gesellschaft ebenfalls auf unbestimmte Zeit geschlossen und nicht etwa auf die frühere Zeitdauer. Ein Mehrheitsbeschluß reicht zu dieser ausdrücklichen Vereinbarung nicht aus, auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrage Mehrheitsbeschlüsse zulässig sind, weil dies nicht über die Dauer der Gesellschaft hinaus wirken kann (Bolze 14 Nr. 489). Und ebenso muß dasselbe gelten, wenn, was zulässig ist (vgl. Anm. 2 zu § 131), die nicht fortgesetzte, sondern durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft nachträglich fortgesetzt wird: Die Gesellschaft ist auch in diesem Falle auf unbestimmte Dauer geschlossen. Wird eine erfolgte Kündigung zulässigerweise zurückgenommen (Anm. 10 zu § 132), so bleibt auch hier die alte Gesellschaft bestehen, nur wird man mangels anderer Vereinbarung annehmen, daß die Gesellschaft für die frühere Zeitdauer gelten soll. Die Zurücknahme der Kündigung bewirkt, daß es so gehalten wird, als wenn sie überhaupt nicht erfolgt wäre.

3. Über die Frage, wie und wann eine auf unbestimmte Zeit geschlossene Gesellschaft endigt, siehe § 132 und die Erläuterungen dazu. Insbesondere ist zu bemerken, daß eine auf Lebenszeit abgeschlossene Gesellschaft nicht nur von dem, auf dessen Lebenszeit sie abgeschlossen ist, sondern auch von jedem der anderen Gesellschafter kündbar ist (RG. 20, 166). Anm. 3.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Vorschrift, daß eine für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen ist, ist als exklusiv zu betrachten und ergreift auch Gesellschaften, welche am 1. Januar 1900 bestanden haben. Von diesem Tage ab gelten sie als auf unbestimmte Zeit geschlossen, aber ihre weiteren Verhältnisse beurteilen sich noch nach altem Recht. Wird eine Gesellschaft nach dem 1. Januar 1900 stillschweigend (oder ausdrücklich) fortgesetzt, so beurteilen sich ihre Verhältnisse nunmehr nach neuem Recht (vgl. Anm. 46 zu § 105). Anm. 4.

§ 135.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen. § 135.

§ 135. Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt dem Gläubiger des Einzelgesellschafters ein Mittel, die Gesellschaft vorzeitig zur Auflösung zu bringen,** auf diese Weise die Beteiligung des Gesellschafters flüssig zu machen und zu seiner Befriedigung heranzuziehen.

Anm. 1. 1. **Das Recht steht jedem Privatgläubiger des Gesellschafters zu.** Privatgläubiger ist aber auch der Gesellschaftsgläubiger, insoweit er den einzelnen Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft in Anspruch nimmt. Diese Ansicht muß trotz der von Goldmann (Anm. 1—3, vgl. auch Cosack § 109 I 2 g) angeführten Bedenken aufrecht erhalten bleiben. Privatgläubiger ist der, der eine Forderung gegen das Privatvermögen des Gesellschafters hat. Nach § 128 besteht eine derartige Privatforderung für jeden Gesellschaftsgläubiger. Es kann auch sehr wohl im Interesse eines Gläubigers liegen, statt gegen die Gesellschaft zu vollstrecken und sie dadurch vielleicht in Konkurs zu bringen, durch das Hilfsmittel des § 135 die Auflösung und Liquidation herbeizuführen, die ihm vielleicht eine bessere Möglichkeit gibt, sein Geld zu erhalten. Weder Wortlaut noch Sinn des § 135 sprechen daher gegen die hier vertretene Ansicht.

Anm. 2. Das Wesen des hier dem Privatgläubiger gegebenen Rechts besteht, wie in der Einleitung betont ist, in dem Rechte des Gläubigers, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen. Nur als Voraussetzung dieser Befugnis sind die hier aufgestellten Vorbedingungen (fruchtlose Vollstreckung auf Grund eines rechtskräftigen Titels) vorgeschrieben. Nur wenn der Gläubiger durch die Kündigung der Gesellschaft das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters zur Existenz bringen will, sind diese Vorbedingungen erforderlich. Sie sind nicht erforderlich, wenn der Gläubiger des Einzelgesellschafters die vermögensrechtlichen Ansprüche seines Schuldners an die Gesellschaft in der Gestalt pfändet, wie sie ohne Eingreifen des gläubigerischen Kündigungsrechts für den Gesellschafter selbst entstanden sind, oder in Zukunft entstehen sollten, wenn also die Pfändungsrechte ausgeübt werden auf die Rechte, welche der Gesellschafter auch durch Abtretung übertragen kann (vgl. hierüber § 717 BGB. u. Erläuterungen dazu, Anm. 17 zu § 109).

2. **Die Voraussetzungen des gläubigerischen Kündigungsrechts** sind:

Anm. 3. a) Fruchtlose Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters. Es braucht nicht dargetan zu werden, daß alle denkbaren Vollstreckungsmaßregeln ohne Erfolg gewesen sind. Ein Protokoll des Gerichtsvollziehers über vergebliche Mobiliarpfändung genügt. Offenbarungseid ist nicht erforderlich. Aber eine Glaubhaftmachung, daß die Vollstreckung voraussichtlich kein Ergebnis haben würde, genügt nicht.

Nicht notwendig ist nach dem jetzigen Recht (anders früher Art. 126), daß die Pfändung von dem betreffenden Gläubiger versucht worden ist, sie kann auch von anderer Seite versucht sein. Andererseits aber ist (wieder im Gegensatz zum früheren Recht) erforderlich, daß die Vollstreckung innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung und Überweisung d. h. vor Zustellung des Beschlusses an die Gesellschaft (§ 829 Abs. 3 CPO.) versucht worden ist. Es genügt aber, wenn seit dem Ende der Vollstreckung noch nicht sechs Monate verflossen sind: denn erst das Ende ergibt die Erfolglosigkeit, so daß durch schwebende Interventionsprozesse sich diese Frist unter Umständen erheblich verlängern kann. Über die Berechnung der Frist s. §§ 186, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB.

Anm. 4. b) **Die Pfändung und Überweisung** des Auseinandersetzungsguthabens. Das Guthaben an die Gesellschaft muß überwiesen werden, nicht an die Gesellschafter. Demgemäß ist der Beschluß auch der Gesellschaft zuzustellen (wegen der Kündigung aber s. Anm. 5). Die Pfändung geschieht gemäß § 857 CPO. (Gaupp-Stein Anm. I und II zu § 859). Die in der 6./7. Aufl. vertretene Ansicht, daß je nachdem die Gesellschafter Geld oder Sachen zu beanspruchen haben, §§ 829 oder 846 CPO. Anwendung finden, entspricht nicht dem Gesetz.

Die Pfändung und Überweisung muß auf Grund eines rechtskräftigen Schuldtitels erfolgen. Ein bloß vorläufig vollstreckbarer Kostenfestsetzungsbeschluß z. B. genügt nicht; ein Auszug aus der Konkurstabelle genügt; ein gerichtlicher Vergleich, eine gerichtliche oder notarielle Schuldurkunde genügen.

3. **Unter diesen Voraussetzungen hat der Vollstreckungsgläubiger das Recht zur Aufkündigung der Gesellschaft.** Die Kündigung muß den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft zugehen und auch an jene gerichtet sein (Anm. 5 zu § 132). Die Frist ist sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Wann das Geschäftsjahr abläuft, wird dem Gläubiger nicht immer bekannt sein. Die Zeitbestimmung des Gesetzes ist deshalb keine glückliche. Steht dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage eine kürzere Kündigungsfrist zu, so kommt dies dem Vollstreckungsgläubiger zugute, eine längere aber schmälert seine Rechte nicht (ebenso Gaupp-Stein Anm. III zu § 859 CPO., dagegen Goldmann Anm. 13). **§ 135.** Anm. 5.

4. **Die Folgen der Kündigung sind:** Anm. 6.

a) **In Ansehung der Gesellschaft:** ihre Auflösung nach Maßgabe des § 131 (vgl. Anm. 1 daselbst). Die Auflösung tritt mit Ablauf der Kündigungsfrist ipso jure ein ohne Klage und Richterspruch. Sie tritt auch dann ein, wenn die Gesellschaft vertragsmäßig noch längere Zeit zu bestehen hatte. Das Rechtsmittel greift daher in die Rechte aller Gesellschafter ein und geht oft weiter als das Recht des Schuldners, ist also insofern kein abgeleitetes, sondern ein selbständiges, vom Rechte des Schuldners unabhängiges Recht. Es ist daher, wie in der Beratung des alten HGB. nicht verkannt wurde, ein sehr einschneidendes Mittel. Doch haben es, worauf in der Beratung dem gegenüber hingewiesen wurde, die Gesellschafter in der Hand, die Folgen abzuwenden. Zunächst dadurch, daß sie im Gesellschaftsvertrage (sc. vor der fraglichen Pfändung) vereinbaren, daß im Falle der Pfändung der Gesellschafter ausscheiden soll (vgl. Anm. 5 zu § 138; dagegen Goldmann Anm. 19). Sodann auch ohne solche Vertragsbestimmung durch einen nach der Kündigung gefaßten Beschluß und eine dementsprechende Erklärung an den Gläubiger (§ 141 Abs. 1 und § 142 Abs. 2). Endlich durch Befriedigung des Gläubigers. Unzweifelhaft wird die Auflösung verhindert, wenn die Gesellschafter den Gläubiger vor der ausgesprochenen Kündigung befriedigen. Zweifelhaft wird dieses schon, wenn die Befriedigung nach geschehener Kündigung, aber vor dem Eintritt der Auflösung erfolgt. Keyßner (Anm. 3 zu Art. 126) vertritt die Ansicht, daß die Auflösung auch dann unter den Gesellschaftern eintritt, nur daß dieselben nach § 141 die Auflösung in eine Ausschließung verwandeln können. Hahn zu Art. 126 will dies nicht gelten lassen, wenn die Befriedigung sofort nach geschehener Aufkündigung erfolgt. Dieser Gesichtspunkt aber kann nicht begriffsmäßig durchschlagen. Die Auflösung tritt vielmehr in solchem Falle überhaupt nicht ein. Entscheidend ist, daß die trotz ihrer Schärfe eingeführte Vorschrift lediglich den dritten Gläubiger schützen soll und deshalb fortfällt, sobald dessen Recht und Interesse wegfällt. Aus diesem Grunde kann der Gesellschafter, gegen den die Maßregeln des Gläubigers sich richten, sicherlich auf der Auflösung nicht bestehen; die übrigen Gesellschafter aber können das Gläubigerrecht auf Auflösung in solchem Falle nicht geltend machen, weil sie andererseits Gesellschafter sind und die rücksichtslose Ausübung des erworbenen Gläubigerrechts mit ihren Gesellschafterpflichten in unlöslichem Widerspruch stände. Wollen die übrigen Gesellschafter die erfolgte Gläubigerkündigung benutzen, um des betreffenden Gesellschafters ledig zu werden, so mögen sie die Rechte aus § 141 ausüben und sich des Erwerbes der Forderung enthalten. Dazu gehört freilich, was Hahn Note 4 entgegenhält, ein gemeinsamer Beschluß der übrigen Gesellschafter; aber es ist auch nicht einzusehen, wie ein einzelner Gesellschafter dazu käme, die Tatsache der Kündigung einseitig für sich auszubeuten. Befriedigt der Gesellschaftsschuldner den Pfändungsgläubiger, und sei es auch nach der Kündigung, so tritt die Auflösung gleichfalls nicht ein; damit am Stichtage die Auflösung eintrete, muß der Auflösungsgrund bis dahin fortwirken (anders Makower I 265 und Goldmann Anm. 16).

Ist die Kündigung erfolgt, so können die Gesellschafter eine frühere Auflösung beschließen; der Gläubiger hat ein Widerspruchsrecht nicht, da ihm eine Ausübung gesellschaftlicher Rechte nicht zusteht (vgl. auch Anm. 8).

b) **In Ansehung des Gläubigers.** Er hat, wenn er nicht befriedigt wird, wenn ferner nicht durch Gesellschaftsvertrag für den Fall der Pfändung das Ausscheiden des Gesellschafters ver- Anm. 7.

§ 135. einbart ist (vgl. Anm. 6) und wenn endlich die Gesellschafter nicht die Ausschließung des Schuldners nach § 141 beschließen, ein absolutes Recht auf Einleitung und Durchführung der Liquidation und ist nicht an Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gebunden, durch die im Falle der Auflösung eine andere Art der Auseinandersetzung, etwa Naturalteilung, angeordnet ist (vgl. Behrend § 81 Anm. 10; anders Makower I 264), noch weniger aber an nachträgliche Vereinbarungen der Gesellschafter nach dieser Richtung. Auch hierin zeigt sich die Selbständigkeit und Unmittelbarkeit seines Rechts (vgl. Anm. 6). Dieses Recht auf Einleitung und Durchführung der Liquidation kann er dadurch ausüben, daß er die Gesellschafter auf Eintragung der Auflösung und Liquidation verklagt. Er kann auch beim Registerrichter die Einleitung des Offizialverfahrens in Antrag bringen und sich beschweren, wenn dies zu Unrecht versagt wird (vgl. Anm. 4ff., 9ff. zu § 14). Er kann aus wichtigen Gründen das Recht auf Ernennung und Abberufung von Liquidatoren geltend machen (Erl. zu § 146). Ist die Liquidation eingeleitet, so hat er kein Recht der Mittätigkeit, wohl aber das Recht auf Auskunftserteilung in angemessenen Zwischenräumen, auch auf Rechnungslegung (Puchelt Anm. 4 zu Art. 133). Endlich hat er das Recht bzw. die Klage auf Ausantwortung des Gesellschafterguthabens soweit seine Forderung reicht, unter Umständen auch schon vor Beendigung der Liquidation (§ 155 Abs. 2).

Anm. 8. Weitere gesellschaftliche Rechte hat der Gläubiger nicht; bis zur Auflösung ist der, dessen Anspruch gepfändet ist, vollberechtigter Gesellschafter; er kann bei Beschlüssen mitwirken, kann seine Bezüge, die er nach Vertrag oder Gesetz zu erhalten hat, einziehen: letzterer natürlich nur insoweit, als sie nicht mitgepfändet sind. Alles dies gilt jedoch nur soweit, als dadurch die Rechte des pfändenden Gläubigers nicht vereitelt werden (vgl. Anm. 6 a. E.).

Anm. 9. **Zusatz. Übergangsfrage.** Die Vorschrift findet, da sie das Verhältnis zu Dritten betrifft, auch auf frühere Handelsgesellschaften Anwendung. Will also der Gläubiger eines Einzelgesellschafters eine Gesellschaft kündigen, so muß er, auch wenn die Gesellschaft schon vor dem 1. Januar 1900 bestand, die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen nachweisen, sowohl in den Punkten, in denen dieselben geringer sind, als die früheren, als auch in den Punkten, in denen sie schwerer sind, als die früheren Voraussetzungen (vgl. Lehmann in ZHR. 48, 104).

§ 136.

§ 136. **Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die Befugniß eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß.**

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen wird nicht entbehrlich durch die Vorschriften über die Liquidation** und über die Befugnisse der Liquidatoren zur Geschäftsführung. Denn einerseits sind die geschäftsführenden Gesellschafter und die Liquidatoren nicht immer dieselben Personen und andererseits haben die Befugnisse beider bezüglich der Geschäftsführung einen verschiedenen Umfang (D. 106).

Anm. 2. 2. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die **Geschäftsführung.** Die Befugnis des Gesellschafters zur Vertretung, d. h. seine Legitimation Dritten gegenüber gilt so lange, wie sie eingetragen ist oder die Entziehung dem Dritten bekannt geworden ist. Die Eintragung oder Kenntnis der Auflösung gilt der Kenntnis des Aufhörens der Vertretungsbefugnis gleich.

Anm. 3. 3. Von der Geschäftsführungsbefugnis, die normalerweise über die Zeit der Auflösung hinaus nicht dauert (vgl. Anm. 4 zu § 145), ist hier im Anschluß an den § 729 BGB. gesagt, daß sie zugunsten des Gesellschafters so lange fortbesteht, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt hat oder die Auflösung kennen mußte (d. h. aus Fahrlässigkeit nicht kannte; § 122 BGB.). So lange gilt es nicht als Anmaßung, wenn er die Geschäfte weiterführt. Vom Augenblicke an, wo er die Auflösung kennen mußte, fällt dieses Recht der Geschäftsführung fort, eine etwa trotzdem von ihm ausgeübte Geschäftsführung

ist, wenn sie nicht auf einem sonstigen Rechte beruht, rechtswidrig und verpflichtet ihn zum Schadensersatz. Allerdings wird dies hier in der Regel wenig Bedeutung haben. Denn da mit dem Eintritt der Auflösung seine Vertretungsbefugnis fortfällt (vgl. Anm. 1), so bezieht sich das nur auf solche Akte der Geschäftsführung, welche mit Vertretung nach außen nicht verknüpft sind, oder auf die ihm übertragenen Einzelvollmachten und Ermächtigungen zu bestimmten Arten von Geschäften (§ 125 Abs. 2 u. 3). Die Vertretungsbefugnis aber hört, wie gesagt, mit der Auflösung auf. Freilich gilt das Aufhören der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 15 (vgl. Anm. 5 ff. zu § 143). § 136.

4. **Nur zugunsten des Gesellschafters** besteht die Befugnis zur Geschäftsführung fort. Eine Geschäftsführungspflicht besteht nicht. Nur bei Auflösung durch Kündigung (sei es durch den Gesellschafter oder durch den Gläubiger) besteht die Befugnis zur Geschäftsführung, nicht in anderen Fällen der Auflösung. Anm. 4.

§ 137.

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleichen Weise zur einstweiligen Fortführung der von ihnen zu besorgenden Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend. § 137.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters Anwendung.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph trifft Fürsorge dafür, daß die Geschäfte der Gesellschaft nicht Not leiden, wenn durch den Tod oder durch den Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung eintritt.

Unter der Fortführung der Geschäfte ist hier nicht bloß die Geschäftsführung gemeint. Dieses Wort ist auch nicht gebraucht, vielmehr ist hier die Pflicht und das damit verknüpfte Recht gemeint, die Geschäfte in geeigneter Weise fortzuführen, also auch durch Vertretung der Gesellschaft, soweit das die Erledigung der Geschäfte mit sich bringt. Die Eintragung der Auflösung oder die Kenntnis des Dritten von der Auflösung ändern an der Vertretungsbefugnis, soweit sie hiernach besteht, nichts (anders Makower I 268). Die hier festgesetzte Pflicht und Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung konkurriert vielmehr mit der regelmäßigen Vertretungsbefugnis, sie ist ja gerade für Fälle berechnet, wo der Normalapparat der Geschäftsführung und Vertretung zwar an sich besteht, aber aus irgendeinem Grunde nicht funktioniert.

Die Fälle des vorliegenden Paragraphen sind, daß die Gesellschaft durch den Tod oder durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst wird.

1. In ersterem Falle wird den Erben des verstorbenen Gesellschafters die Pflicht zur Anzeige des Todes und bei Gefahr im Verzuge auch zur Fortführung der von dem verstorbenen Gesellschafter zu besorgenden Geschäfte auferlegt. — Unter dem Erben des Gesellschafters ist der zu verstehen, der die Erbschaft antritt. Solange die Überlegungsfrist läuft, hat er diese Pflicht nicht. Wenn es auch richtig ist (Goldmann Anm. 3), daß mit dem Erbanfall die Erbschaft erworben wird, vorbehaltlich des Rechts, sie auszuschlagen, so kann die hier festgesetzte Pflicht doch erst mit dem endgültigen Erwerb der Erbschaft beginnen. Denn es kann nicht angenommen werden, daß jemandem, der den Verhältnissen der Gesellschaft völlig fern steht, eine Pflicht auferlegt werden soll, deren Verletzung ihn unter Umständen zu schweren Anm. 1.

§ 137. Regressen verpflichtet. Aber das Recht zur Vornahme dieser Handlungen hat der Erbe, für den die Überlegungsfrist noch läuft; schlägt er demnächst aus, so hat er gegenüber dem, der Erbe wird, die Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 1959 BGB.). — Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.). — Unterlassen die Erben die Anzeige oder die Fortführung der Geschäfte in den dazu geeigneten Fällen, so haften sie den anderen Gesellschaftern für den dadurch erwachsenden Schaden. Ebenso haften sie bei Fortführung der Geschäfte wie Gesellschafter (Motive zu § 727 BGB.), auch haben sie über diese Tätigkeit Rechenschaft abzulegen (§§ 713, 666 BGB.).

Anm. 2. Die Pflicht zur Fortführung der Geschäfte setzt voraus, daß Gefahr im Verzuge ist, und dauert so lange, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit den anderen Fürsorge treffen konnten. Ob sie wirklich Fürsorge getroffen haben, ist gleichgültig. Die übrigen Gesellschafter haben in erster Reihe die Pflicht, Fürsorge zu treffen. Unterlassen sie dies oder scheitern die betreffenden Verhandlungen an dem Eigensinn oder der sonstigen unsachlichen Behandlung der Sache seitens der Gesellschafter, so fällt die Verpflichtung der Erben fort. Die Fürsorge, die zu treffen ist, besteht hauptsächlich in der Bestellung von Liquidatoren (vgl. § 146). — Die im § 137 den Erben auferlegten Pflichten gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 Abs. 2 BGB.); den Gesellschaftern haften daher mehrere Erben für die Erfüllung dieser Verpflichtung als Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 2058 ff. BGB. Erfüllen sie die Pflicht, so haften sie den Gesellschaftern und diese, sowie die Gesellschaft ihnen wie Gesellschafter. Sind mehrere Erben vorhanden, so sind die Handlungen von den sämtlichen Erben vorzunehmen (§ 2038 Abs. 1 BGB.); soweit sie aber zur Erhaltung des Nachlasses notwendig sind, was wohl häufig der Fall sein wird, so kann jeder Miterbe sie auch allein ohne Mitwirkung der anderen vornehmen (§ 2038 Abs. 2 BGB.).

Auch die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise, also auch bei Gefahr im Verzuge, verpflichtet, die von ihnen zu besorgenden Geschäfte einstweilen fortzuführen, bis die anderweite Fürsorge getroffen ist.

Anm. 3. 2. **Wird die Gesellschaft durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst**, so besteht nur die in Anm. 1 behandelte Pflicht der anderen Gesellschafter zur einstweiligen Fortführung der ihnen obliegenden Geschäfte. Dem in Konkurs geratenen Gesellschafter und seinem Konkursverwalter ist eine gleiche Pflicht nicht auferlegt. Dagegen tritt letzterer bei eintretender Liquidation an die Stelle des Gesellschafters (§ 146 Abs. 3). Über die Geltendmachung der Ansprüche des Gesellschafters, der auf Grund dieser Verpflichtung Geschäfte führt, im Konkurse des falliten Gesellschafters, verfügt § 28 KO. Zwar spricht dieser nur von einer Gesellschaft nach § 705 BGB. und zitiert nur die §§ 728 u. 729 BGB. Allein es dürfte nicht bedenklich sein, die Bestimmungen hier entsprechend anzuwenden, und man dürfte dem Gesetzgeber der Konkursordnung nicht zu nahe treten, wenn man meint, er habe wohl nur deshalb die o. H. G. und die entsprechenden Bestimmungen des HGB. nicht erwähnt, weil er nicht daran gedacht hat. Man kann daher nicht mit Makower I 256 die entsprechende Anwendung wegen jenes Wortlautes des § 28 KO. ausschließen (ebenso Jaeger, KO. Anm. 5 zu § 28).

Anm. 4. 3. **In beiden Fällen „gilt die Gesellschaft insoweit als fortbestehend".** Der Satz ist nicht korrekt. Denn die Gesellschaft besteht in solchen Fällen überhaupt noch fort. Sie ist ja nur aufgelöst, d. h. im Zustande der Abwicklungsgesellschaft, nicht untergegangen (vgl. Anm. 1 zu § 131). Auch ist nicht gemeint, daß die Gesellschaft insoweit als o. H. G. fortbesteht. Dies anzuordnen, lag für den Gesetzgeber kein Anlaß vor. Der Satz ist also gänzlich überflüssig. Er ist übernommen aus § 727 BGB. und die dort gebrauchte Wendung ist wieder übernommen aus § 673 BGB. In dem letzteren Paragraphen ist gesagt, daß der Erbe des Beauftragten, wenn der Auftrag durch den Tod erlischt, bei Gefahr im Verzuge die Besorgung des Geschäfts fortzusetzen hat; „insoweit gelte der Auftrag als fortbestehend". Dort reiht sich die Wendung zwanglos an und ist richtig, wenn auch vielleicht ebenfalls überflüssig. Hier aber ist sie überflüssig und unrichtig. Denn die Gesellschaft gilt nicht nur

insoweit, als solche Geschäftsfortsetzungspflicht besteht, sondern überhaupt als fortbestehend, und zwar als Abwickelungsgesellschaft, nicht als o. H. G., wie man aus dem Ausdrucke „fortbestehend“ vielleicht entnehmen könnte. **§ 137.**

Zusatz. Setzt sich die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fort, ohne daß die Geschäftsführung auf sie übergeht, so haben sie die entsprechende Verpflichtung (RV. zu § 728 BGB.). Anm. 5.

§ 138.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereigniß eintritt, aus der Gesellschaft aus. **§ 138.**

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt eine Vereinbarung, die es ermöglicht, daß gewisse in der Person eines Gesellschafters eintretende Auflösungstatsachen die Auflösung nicht bewirken.** Diese Vereinbarung ist wohl zu unterscheiden von einer Reihe ähnlicher Vereinbarungen, über diese s. Anm. 4. (Über Fortführung der Firma vgl. Erl. zu § 24, insbes. Anm. 2 das.).

Anm. 1. 1. **Vorausgesetzt ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß trotz der Kündigung, des Todes oder des Konkurses eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll.**

Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages: also müssen alle Gesellschafter zugestimmt haben, und zwar vor dem Eintritt jener Tatsache, also vor der Kündigung, vor dem Konkurse, vor dem Tode des betreffenden Gesellschafters, der ausscheiden soll. Ist eine derartige Vereinbarung, für den Fall der Kündigung im ursprünglichen aber nachträglich abgeänderten Vertrage nicht enthalten, so können die übrigen Gesellschafter natürlich nicht nach erfolgter Kündigung beschließen, daß der Kündigende ausscheidet und die andern die Gesellschaft fortsetzen. Dagegen ist dies mit Zustimmung des Kündigenden zulässig (Anm. 7). — Die Vereinbarung kann auch allgemein auf „Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters“ lauten und braucht keinen bestimmten Fall des Ausscheidens zu erwähnen. Daß dies früher angenommen wurde (Bolze 2 Nr. 1109), würde allerdings für das gegenwärtige Recht nicht genügend beweisen, weil früher auch das Gesetz allgemein vom Ausscheiden sprach. Allein es erfordert diese Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nichts als genügende Deutlichkeit, und von diesem Gesichtspunkte aus ist jene allgemeine Fassung ausreichend, wenn nur ersichtlich ist, daß sie auf den § 138 abzielt.

Anm. 2. 2. **Vorausgesetzt ist ferner das Übrigbleiben von zwei Gesellschaftern,** da ja eine Gemeinschaft durch eine Person begriffsmäßig nicht fortgesetzt werden kann (vgl. ROHG. 11, 160; RG. 7, 121; KGJ. 11, 29). Über den Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, s. Anm. 6.

Anm. 3. 3. **Die Wirkung der Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern beim Eintritt jener Tatsachen als fortgesetzt gilt,** ist, daß der betreffende Gesellschafter „ausscheidet“, d. h. er hört auf, Gesellschafter zu sein und wird Gläubiger in Höhe seines Auseinandersetzungsguthabens. Letzteres wird berechnet in Gemäßheit des § 738 BGB. (s. über diesen Anm. 4ff. im Exk. zu § 141). Auf den Eintritt dieser Wirkung hat der Ausscheidende ein klagbares Recht, an dessen Geltendmachung er insofern interessiert ist, als dadurch die Liquidation vermieden und sein Anspruch auf Auszahlung seines Guthabens in Geld erzeugt wird (Bolze 2 Nr. 1109). Auf die übrigen Gesellschafter geht das Geschäft mit Aktiven und Passiven über, von den Passiven haben sie den Ausscheidenden zu befreien (§ 738 BGB.). Das Firmenrecht geht unter den Voraussetzungen des § 24 auf die fortgesetzte Gesellschaft über; in der Vereinbarung der Fortsetzung liegt nicht ohne weiteres

§ 138. die nach § 24 Abs. 2 erforderliche Einwilligung zur Fortführung der Firma für den Fall, daß der Name des Ausscheidenden sich in derselben befindet.

Anm. 4. **Zusatz 1. Verschieden von der behandelten Vereinbarung der Fortsetzung sind folgende Arten der Gesellschaftsfortsetzung** (vgl. Anm. 47 ff. zu § 105):

a) Die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen Gesellschaftern durch eine Vereinbarung im Augenblicke der Auflösung (vgl. Anm. 8 zu § 131).

b) Die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen Gesellschaftern oder deren Erben durch eine Vereinbarung nach Eintritt der Auflösung (vgl. hierüber Anm. 2 und 3 zu § 131).

c) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages (§ 131 Nr. 4 und § 139).

In diesen drei Fällen liegt eine Fortsetzung unter allen Gesellschaftern beziehungsweise mit deren Erben vor.

d) Die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen übrigen Gesellschaftern außer dem, in dessen Person sich ein Auflösungsgrund ereignet, jedoch ohne vorherige Vertragsbestimmung, sondern auf Grund eines nach dem Eintritt des Auflösungsgrundes eintretenden Ereignisses (§ 141).

e) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit einer Person, welche in dem Augenblicke, in dem ein Gesellschafter austritt, in die Gesellschaft eintritt. Darin liegt ebenfalls eine Fortsetzung der Gesellschaft, aber nicht bloß unter den übrigbleibenden Gesellschaftern, sondern mit einem Ersatzmann des Austretenden (vgl. Anm. 4 zu § 130).

f) Nicht zulässig ist eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage, daß die Gesellschaft mit dem im Konkurs befindlichen Gesellschafter fortgesetzt wird (Anm. 19 zu § 131).

Anm. 5. **Zusatz 2. Die im vorliegenden Paragraphen zugelassene Vereinbarung kann auch getroffen werden für den Fall, daß der Gläubiger eines Gesellschafters auf Grund des § 135 die Gesellschaft kündigt.** Zwar ist die Fortsetzungsvereinbarung für diesen Fall nicht ausdrücklich zugelassen. Allein die entsprechende Anwendung wird keinem Bedenken unterliegen, zumal angesichts des § 141, der es sogar zuläßt, daß nach geschehener Auftündigung die übrigbleibenden Gesellschafter allein, ohne Zustimmung des Gesellschafters, dessen Anteil gepfändet ist, eine solche Fortsetzung unter sich vereinbaren können. Auch § 145 Abs. 2 steht nicht entgegen, wie in Anm. 16 zu § 145 auseinandergesetzt ist (so die allgemeine Ansicht, vgl. Goldmann-Lilienthal Anm. 5 zu § 200: Planck Anm. 1 zu § 736; Dernburg II § 362 II; Knoke 127; Lehmann-Ring Nr. 3; dagegen Goldmann Anm. 3). Es kann also der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß, wenn der Gläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft kündigt, dieser Gesellschafter ausscheidet und die Gesellschaft von den übrigen fortgesetzt wird. Eine solche Vereinbarung hat die Wirkung, daß der Gläubiger die Auflösung nicht verlangen kann, sondern nur die Ausantwortung des Auseinandersetzungsguthabens des Gesellschafters. Weiter reicht ja aber auch sein Interesse nicht. — Ist eine solche Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen, so kann noch nach der Pfändung ein solcher Beschluß gefaßt werden (§ 141).

Anm. 6. **Zusatz 3. Auch wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, kann eine entsprechende Vereinbarung getroffen werden,** d. h. es kann vereinbart werden, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt, oder in Konkurs gerät, oder wenn (vgl. den Zusatz 2) sein Gläubiger die Gesellschaft auftündigt, der andere Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt und den Ausscheidenden abzufinden hat. Die Abfindung erfolgt nach Analogie des § 738 BGB. (vgl. hierüber Anm. 5 im Exk. zu § 141). Der Übernehmer ist in solchem Falle nach Eintritt des Tages, an dem die Übernahme erfolgen soll, berechtigt, das Geschäft in seinem Namen und für seine Rechnung zu betreiben; er ist dazu nicht erst dann berechtigt, wenn er den anderen Teil abgefunden hat (Bolze 16 Nr. 495). Ebenso ist er berechtigt, die entsprechende handelsgerichtliche Anmeldung zu bewirken und vom anderen Teil zu verlangen; dies um so mehr, als es sich hierbei auch um eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des anderen Teils handelt (vgl. Anm. 1 zu § 106). Über den Übergang des Firmenrechts gilt das in Anm. 2 ff. zu § 24 Gesagte (vgl. auch Anm. 3 zu diesem Paragraphen). Der Übergang des gesamten Geschäftsvermögens in das Allein-

eigentum des Übernehmers erfolgt hier im Augenblicke des Eintritts der betreffenden Auflösungstatsache von selbst. Es liegt hier eine Vereinbarung dahin vor, daß die Rechtsfolgen, die für andere Fälle das Gesetz im § 142 anordnet, eintreten. Wie dort in Anm. 2 ausgeführt ist, vollzieht sich in jenen Fällen ein unmittelbarer Eigentumsübergang ohne Übergabe, Abtretung und Auflassung. Ein solcher unmittelbarer Eigentumsübergang ist zwar eine eigenartige Rechtserscheinung, aber diese Eigenart birgt nichts in sich, was ihren Eintritt auch sonst kraft Vereinbarung hindern könnte. — Hat der Gesellschaftsvertrag eine solche Vereinbarung nicht vorgesehen, so kann im Falle des Konkurses oder der Pfändung des Geschäftsguthabens eines Gesellschafters (nicht auch im Falle der Kündigung oder des Todes) der andere Gesellschafter noch nach dem Eintritte dieser Ereignisse den Übergang des Geschäfts auf sich verlangen (§ 142). § 138.

Zusatz 4. Können auch nach Auflösung der Gesellschaft die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich beschließen? Nach § 141 Abs. 2 können sie dies im Falle des Konkurses über einen Gesellschafter (und im Falle der Pfändung des Anteils eines Gesellschafters § 141 Abs. 1, was jedoch nicht in diesen Zusammenhang gehört). Sie haben dies dem Konkursverwalter zu erklären. Aber dies ist eine Ausnahme, wie dies in der früheren Auflage 5. Aufl. § 5 zu Art. 117) ausführlich dargelegt ist, jetzt aber nicht mehr dargelegt zu werden braucht, da die Vorschrift des § 141 Abs. 2 beweist, daß es sich um eine Ausnahme handelt. Sonst kann ohne Zustimmung des Gesellschafters, der die Auflösung veranlaßt hat, bzw. dessen Erben, eine solche Vereinbarung unter den Gesellschaftern gültig nicht getroffen werden; schon deshalb nicht, weil auch jener Gesellschafter auf Durchführung der Liquidation ein gleich starkes Recht hat, wie die übrigen Gesellschafter. Beschließen trotzdem die Gesellschafter, daß sie fortan eine Gesellschaft unter sich bilden wollen, so ist dies eine neue Gesellschaft. Anm. 7.

Wohl aber ist es zulässig, daß die übrigen Gesellschafter mit dem die Auflösung veranlassenden Gesellschafter noch im Stadium der Liquidation vereinbaren, daß er aus der Gesellschaft ausscheidet und die anderen das Handelsgewerbe fortsetzen. Darin liegt die Fortsetzung der Gesellschaft in gewissem Sinne, wenn auch nicht eine unmittelbare Fortsetzung der o. H. G., so doch eine Fortsetzung der Gesellschaft und ihre Umwandlung in eine o. H. G., jedenfalls aber eine Identität der Gesellschaft, so daß die nunmehrige o. H. G. für die Schulden der alten haftet (vgl. Anm. 2 zu § 131).

Zusatz 5. Die Übergangszeit wird hier keine Schwierigkeit machen, da sich die Vorschrift mit Art. 127 des alten HGB. im wesentlichen deckt. Doch soll bemerkt werden, daß es sich um eine innere Vorschrift handelt, die auf bestehende Gesellschaftsverträge nicht ohne weiteres Anwendung findet (vgl. Anm. 46 zu § 105). Anm. 8.

§ 139.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnantheils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Theil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. § 139.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des

§ 139. Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Abs. 1—4 nicht ausschließen; es kann jedoch für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnantheil anders als der des Erblassers bestimmt werden.

Lit.: Pinkernelle, Die rechtliche Stellung der Erben eines Gesellschafters nach BGB. und HGB. 02. (Lit. für das frühere Recht RG. 16, 40ff.; Biezens in ZHR. 35, 91ff.).

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag bestimmt, die Gesellschaft solle im Falle des Todes eines Gesellschafters mit den Erben fortgesetzt werden.** Er enthält gegen das frühere Recht eine wesentliche Änderung, die bestimmt und geeignet ist, einen Mißstand des früheren Rechts zu beseitigen. Nach früherem Rechte stand nämlich der Erbe bei einer solchen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages vor folgender Frage: er mußte entweder die ganze Erbschaft ausschlagen, oder aber er mußte in die Gesellschaft eintreten und dadurch die unbeschränkte persönliche Haftung für alle früheren und künftigen Schulden der Gesellschaft übernehmen. Dieser Mißstand wird dadurch beseitigt, daß dem Erben das Recht eingeräumt wird, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Bedingung abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält.

Verschieden von der im vorliegenden Paragraphen behandelten Fortsetzungsvereinbarung ist eine Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben auf Grund einer nach Eintritt des Todes und der dadurch erfolgten Auflösung getroffenen Abrede (Bolze 11 Nr. 264; vgl. Anm. 2ff. zu § 131). Eine solche Vereinbarung der Fortsetzung kann auch dahin getroffen werden, daß der Erbe ausscheidet und die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen (vgl. Zus. 4 zu § 138).

Anm. 1. I. **Die Voraussetzung der Anwendbarkeit des vorliegenden Paragraphen ist eine auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtete Bestimmung des Gesellschaftsvertrages.** Dieses braucht nicht gerade der Gründungsvertrag zu sein, auch eine spätere Änderung des Gesellschaftsvertrages ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages (vgl. Anm. 7 zu § 109). Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages muß dahin gehen, daß die Gesellschaft nach dem Tode des Gesellschafters mit den Erben fortbestehen soll (RG. 16, 56). Eine derartige Anordnung liegt auch vor, wenn, wie es häufig geschieht, der Gesellschaftsvertrag dem überlebenden Gesellschafter das Recht gibt, sich zu erklären, ob er die Gesellschaft mit den Erben fortsetzen wolle. Macht er von dem Wahlrecht Gebrauch, so tritt § 139 ein. Es genügt auch eine bedingte Anordnung, z. B. „wenn der Erbe bei Eintreten des Falls 30 Jahr alt ist" usw.

Wenn der verstorbene Gesellschafter nur in seinem Testamente bestimmt hat, der Erbe solle auch nach seinem Tode Mitglied der Gesellschaft bleiben, so genügt dies zur Anwendung des vorliegenden Paragraphen nicht, da das Testament den anderen Gesellschafter nicht bindet.

Anm. 2. Gleichgültig für die Anwendung des vorliegenden Paragraphen ist es, wie viel Gesellschafter vorhanden sind. Auch wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, und auch wenn der verstorbene Gesellschafter nur einen Erben hinterläßt, so daß nach dem Wegfall des einen Gesellschafters nur noch ein Gesellschafter übrig bleibt, findet die Vorschrift

Anwendung. Das Wort „ausscheiden" bezieht sich hier, wie im § 24, auch auf diesen Fall (vgl. Anm. 20). § 139.

Die Ansicht Staubs in der 6./7. Aufl., der Paragraph setze voraus, daß der Verstorbene ein Gesellschaftsguthaben gehabt habe, beruht auf der dort vertretenen Ansicht, daß das Wort „Einlage" als Gesellschaftsguthaben zu verstehen sei. Mit dem Fallenlassen dieser Ansicht (Anm. 3 zu § 111 und Anm. 15 zu § 139) fällt auch die Auffassung von der Notwendigkeit eines vorhandenen Gesellschaftsguthabens, die sonst im Gesetz eine Stütze nicht findet. Anm. 3

II. **Die Vorschrift bezieht sich auf die Erben des Gesellschafters** (nicht auch auf Legatare). Die Erbenqualität richtet sich nach bürgerlichem Recht. Es ist gleichgültig, ob sie auf Testament oder Gesetz beruht. Der zum Erben Berufene muß Erbe geworden sein. Erst dann kann davon die Rede sein, daß ihm die Rechte des § 139 zustehen. Er hat selbstverständlich das Recht, die Erbschaft auszuschlagen (vgl. Anm. 6), und wenn er dies tut, so kommt die Anwendung des vorliegenden Paragraphen überhaupt nicht in Frage. Übrigens dürfte in der Geltendmachung eines der im § 139 vorgesehenen Rechte eine deutliche Erbschaftsantrittserklärung liegen. — Bei fideikommissarischer Substitution wird bis zum Substitutionsfall der Fiduziar Mitglied der Gesellschaft, beziehungsweise der, der die Rechte nach § 139 ausüben kann, von da ab der fideikommissarische Substitut (RG. 16, 40). Denn auch nach dem BGB. kommt, so lange der Fall der Nacherbfolge nicht vorliegt, die Erbenstellung allein dem Vorerben zu (§ 2100 BGB.). Hat der Fiduziar die Rechte aus § 139 ausgeübt, oder nicht ausgeübt, so muß der Nacherbe die Rechtsstellung, wie sie sich hieraus ergeben hat, gegen sich anerkennen. Er kann zwar die Erbschaft ausschlagen (§ 2142 BGB.); aber wenn er sie annimmt, so muß er die von dem Vorerben getroffenen Verfügungen (bis auf einige Ausnahmen, zu denen § 139 nicht gehört) gegen sich gelten lassen (§ 2112 BGB.). Das Recht, sich seinerseits über die Rechte des § 139 zu entscheiden, unabhängig von der Entscheidung, die der Vorerbe bereits getroffen hat, kann ihm (im Gegensatz zu Makower I 272) nicht gegeben werden. Anm. 4.

Was den Pflichtteilsberechtigten betrifft, so ist derselbe überhaupt nicht Erbe, wenn er von der Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2303 BGB.), er hat dann nur ein Forderungsrecht auf Leistung des Geldwerts der Hälfte des gesetzlichen Erbteils (§§ 1967 Abs. 2; 2060 Nr. 1 BGB.). Im Zweifel gilt dies auch dann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil zugewendet ist; auch dann liegt im Zweifel keine Erbeinsetzung vor (§ 2304 BGB.). Es kann aber ein Pflichtteilsberechtigter auch in Höhe seines Pflichtteils als Erbe eingesetzt werden und er kann auch auf ein geringeres Quantum, als sein Pflichtteil beträgt, als Erbe eingesetzt werden, ohne daß er dadurch das Recht hätte, das ihm zugewendete Erbteil auszuschlagen und sein ganzes Pflichtteil vom Erben in Geld zu verlangen (§§ 2304, 2305 BGB.). Er kann also dreierlei rechtliche Stellung haben: er kann einen bloßen obligatorischen Ergänzungsanspruch haben, er kann bloßer Erbe sein, er kann endlich Erbe sein und Pflichtteilsergänzungsanspruch zugleich haben. In den Fällen, in denen er hiernach als Erbe hinsichtlich des Gesellschaftsgeschäftsanteils zu betrachten ist, steht auch dem Pflichtteilsberechtigten das Recht aus § 139 zu, sonst nicht.

Besondere Eigenschaften des Erben sind nicht erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag ihr Vorhandensein zur Bedingung nicht gemacht hat. Es ist aber zulässig, daß der Vertrag besondere Bedingungen nach dieser Richtung hin vorsieht. Es ist hiernach, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges vereinbart, die Vereinbarung der Fortsetzung gültig, wenn der Erbe minderjährig oder geisteskrank ist (RG. 2, 32), nicht aber, wenn er im Konkurse ist. Denn der Konkurs löst die Gesellschaft auf, und eine vorherige Vereinbarung, daß trotz des Konkurses die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt werden soll, ist unzulässig (vgl. Anm. 19 zu § 131). Es ist nur zulässig die vorherige Vereinbarung, daß die Gesellschaft ohne ihn fortgesetzt werden soll (§ 138 HGB.). Anm. 5.

Wirksam ist aber die Abrede, daß die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters nur mit einem der Miterben fortgesetzt werden soll (OLG. Colmar in ZHR. 42, 529).

§ 139. Die Vertragsabrede kann auch den Tod aller Gesellschafter ins Auge fassen (RG. 16, 58); alsdann kommt § 139 mehrfach zur Anwendung.

Anm. 6. III. **Beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen hat der Erbe ein Wahlrecht.**

1. **Inhalt des Wahlrechts.** Jeder Erbe kann entweder einfach mit den Rechten und Pflichten des Erblassers als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben oder er kann statt dessen den anderen Gesellschaftern anbieten, als Kommanditist in der Gesellschaft zu bleiben, und wenn sie darauf nicht eingehen, aus der Gesellschaft ausscheiden. — Dagegen kann er nicht ohne weiteres, ohne den Kommanditistenantrag gemacht zu haben, sein Ausscheiden verlangen; vielmehr muß er ihnen zunächst den Kommanditistenbeteiligungsantrag machen, und erst wenn die anderen Gesellschafter darauf nicht eingehen, so kann er sein Ausscheiden verlangen.

Selbstverständlich aber hat der zum Erben Berufene das Recht, die Erbschaft auszuschlagen und dadurch jede Beteiligung als Gesellschafter von sich zu weisen. Aber er hat eben — und das ist der Fortschritt unserer Vorschrift — die Möglichkeit Erbe zu bleiben und doch die Gefahren zu vermeiden, welche in der Beteiligung als offener Gesellschafter liegen.

Anm. 7. 2. **Dieses Wahlrecht steht jedem der Erben einzeln zu** und ebenso haben die übrigen Gesellschafter das Recht, den Antrag des einen Erben, als Kommanditist zu verbleiben, abzulehnen, den gleichen Antrag des anderen Erben anzunehmen. So kann es kommen, daß von drei Erben eines Gesellschafters der eine offener Gesellschafter bleibt, der zweite Kommanditist wird, der dritte ausscheidet. Freilich ist angesichts der §§ 2032, 2033 Abs. 2, 2040 BGB., wonach der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird, und der einzelne über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht selbständig verfügen darf, eine verschiedene Entschließung der einzelnen Erben nur möglich, wenn sie sich bereits auseinandergesetzt haben, oder wenn der Erblasser die Übernahme des Gesellschaftsanteils durch einen Erben oder eines bestimmten Bruchteils dieses Anteils durch einen Erben in seinem Testament angeordnet hat (§ 2048 BGB.; dagegen Pinkernelle 66, der annimmt, daß die Vorschriften des BGB. durch § 139 außer Kraft gesetzt sind).

Anm. 8. 3. **Die Ausübung des Wahlrechts.** Jeder Erbe hat also das Recht, den Gesellschaftern den Antrag zu machen, daß er mit seinem Gesellschaftsguthaben Kommanditist werde. Er hat diesen Antrag zu machen innerhalb der Frist von 3 Monaten seit dem Zeitpunkte, an welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat. Die Frist verlängert sich aber, wenn sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, innerhalb dieser 3 Monate noch nicht zu Ende ist. Auf den Lauf der Frist findet § 206 BGB. entsprechende Anwendung. Die Fristen sind die gleichen, wie im § 27 (näheres über dieselben s. Anm. 20ff. zu § 27). Eine Form für diesen Antrag ist nicht vorgeschrieben. Er kann schriftlich oder mündlich, unter Anwesenden oder unter Abwesenden erfolgen. Er ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach §§ 130—132 BGB.; für sie gilt, was von der Kündigung gesagt ist (vgl. daher Anm. 5ff. zu § 132 HGB.). Der Antrag ist an die Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft zu stellen (vgl. § 139 Abs. 2: „Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an"). Er ist aber, wenn an die Gesellschaft gestellt, nicht ungültig, wenn er den übrigen Gesellschaftern nur zugegangen ist (vgl. Anm. 5 u. 6 zu § 132).

Anm. 9. Die übrigen Gesellschafter haben die Pflicht, hierauf zu antworten. Diese Antwortspflicht richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die Annahme von Anträgen (§§ 145ff. BGB.). Unter Umständen wird also sofort geantwortet werden müssen, widrigenfalls der Antrag als abgelehnt zu betrachten ist (§§ 147 u. 148 BGB.). Immerhin wird Anträgen dieser Art, wenn mehrere Gesellschafter vorhanden sind, die sich zu erklären haben, eine Fristbestimmung stillschweigend innewohnen. Denn die anderen Gesellschafter können nur eine übereinstimmende Erklärung abgeben, müssen sich also erst verständigen oder vielmehr einen Beschluß nach § 119 fassen.

Anm. 10. Nehmen die übrigen Gesellschafter den Antrag nicht an, lehnen sie ab, oder antworten sie nicht rechtzeitig, so hat der Erbe nunmehr die Befugnis, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Es hat also die Ablehnung seines Antrages nicht ohne weiteres die Folge, daß er als aus-

geschieden betrachtet wird. Er kann jetzt immer noch sich dahin entscheiden, daß er offener Gesellschafter bleiben will. Er kann aber (sc. nach Ablehnung seines Antrages, sich als Kommanditist zu beteiligen), auch sein sofortiges Ausscheiden erklären. Diese Erklärung muß er allen Gesellschaftern gegenüber abgeben, erst dann ist sie wirksam (vgl. Anm. 8). Auch sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130—132 BGB.; auch für sie gilt daher das in Anm. 5ff. zu § 132 Gesagte. Auch diese Erklärung muß innerhalb der obenbehandelten regelmäßigen dreimonatlichen Frist abgegeben werden. Es läuft nicht etwa von der Stellung des Antrages auf Kommanditistenbeteiligung eine neue Frist; vielmehr muß innerhalb der seit der Kenntnis des Erbanfalls zu rechnenden Frist von regelmäßig drei Monaten auch die Ausscheidungserklärung abgegeben werden, wenn sie wirksam sein soll (näheres über diese Frist Anm. 8). **§ 139.**

Dagegen hat der Erbe, wie schon Anm. 6 bemerkt ist, nicht das Recht, von vornherein einfach zu erklären, daß er ausscheide und das Gesellschaftsguthaben des Erblassers ausgezahlt verlange; vielmehr muß er zunächst den Antrag auf Kommanditistenbeteiligung machen und abwarten, ob dieser angenommen oder abgelehnt wird. Anm. 11.

4. **Die Wirkungen der Ausübung des Wahlrechts.** Anm. 12.

a) Nicht hierher gehört der Fall, wo der zum Erben Berufene die Erbschaft ausschlägt. Dieses Recht ist ihm selbstverständlich vorbehalten. Unsere Vorschrift handelt nur von dem Rechte dessen, der Erbe geworden ist (vgl. Anm. 6).

b) **Will der Erbe die Wahl dahin ausüben, daß er als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt,** so kann er das durch eine ausdrückliche Erklärung tun oder durch Verstreichenlassen der ihm im vorliegenden Paragraphen gestellten Fristen ohne Wahl der anderen Alternativen. Hat nämlich der Erbe innerhalb der gesetzlichen Frist den übrigen Gesellschaftern den Antrag nicht gemacht, als Kommanditist in der Gesellschaft zu verbleiben, so verbleibt er als offener Gesellschafter in der Gesellschaft. (Die anderen Gesellschafter haben es nicht in der Hand, ihm gegen seinen Willen die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen.) Hat er den anderen Gesellschaftern jenen Kommanditistenantrag gemacht und haben sie ihn nicht angenommen, der Erbe aber von seiner Befugnis auszuscheiden innerhalb der gesetzlichen Frist nicht Gebrauch gemacht, so verbleibt er wiederum als offener Gesellschafter in der Gesellschaft. (Die anderen Gesellschafter haben wiederum nicht das Recht, ihn gegen seinen Willen aus der Gesellschaft auszuschließen.) Anm. 13.

Wird nun der Erbe offener Gesellschafter, sei es, daß er erklärt hat, es sein zu wollen, also auf die anderen Alternativen verzichtet hat, oder daß er die anderen Alternativen innerhalb der Frist nicht gewählt hat, dann wird er Gesellschafter mit allen denjenigen Folgen, welche die Zugehörigkeit zu einer o. H. G. mit sich bringt, also insbesondere mit der solidarischen Haft aus § 128 HGB. für die früheren und die künftigen Schulden, ohne Rücksicht auf die Rechtswohltat des Inventars (RG. 16, 40). Die Gesellschaft wird nicht aufgelöst, sondern setzt sich mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fort (§ 131 Nr. 4). Die Mitgliedschaft des Erbengesellschafters muß demzufolge auch zur Eintragung angemeldet werden, ein Verzicht des Erben hierauf ist rechtsungültig (Bolze 3 Nr. 794). Mehrere Erben, welche offene Gesellschafter werden, bilden keinerlei Korporation oder Einheit, vielmehr treten sie als ebensoviele einzelne, nach Maßgabe ihrer Anteile und des Gesellschaftsvertrages voll berechtigte und voll verpflichtete Gesellschafter auf (RG. 16, 56). Sie üben ihre Gesellschaftsrechte jeder für sich aus, und haben daher weder einen Repräsentanten zu stellen, noch dürfen sie es, selbst dann nicht, wenn solches im Gesellschaftsvertrage vereinbart wurde; denn eine solche Vereinbarung wäre ungültig (RG. 2, 30). Ob sie Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis haben, richtet sich nach dem Vertrage. Haben nach diesem alle Gesellschafter die Befugnis, so haben es auch die Erben; ist nur einzelnen das Recht gegeben, so bleibt es dabei. Daß die Erben in die Stellung einrücken, die der Erblasser gehabt hat, wie in der 6./7. Aufl. (zust. RG. bei Holdheim 14, 233) ausgeführt ist, kann nicht angenommen werden, da insbesondere das Recht zur Vertretung eine persönliche Vertrauens- Anm. 14.

§ 139. sache ist und außerdem § 139 von der Nachfolge in dies Recht nicht spricht (ebenso Lehmann-Ring Nr. 10a).

Anm. 15. c) **Wird der Erbe innerhalb der Frist Kommanditist**, indem er dies den Gesellschaftern angetragen und diese den Antrag angenommen haben, so treten folgende Rechtsverhältnisse ein. Seine Kommanditeinlage wird gebildet durch den „auf ihn entfallenden Anteil der Einlage des Erblassers", wie Abs. 1 unseres Paragraphen sagt. Mit dieser Kommanditeinlage wird er Kommanditist. Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Beteiligung mit der Einlage zu Unbilligkeiten führen kann. Immerhin aber darf die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes, das von „Einlage" spricht (vgl. Anm. 3), nicht dahin verstanden werden, daß dies Kapitalsguthaben bedeuten soll (so Cosack § 110 II 2; Lehmann-Ring Nr. 10b; Goldmann Anm. 16; dagegen 6./7. Aufl. und Pinkernelle 58).

Anm. 16. Was den Gewinnanteil betrifft, der dem Erben zufällt, wenn er Kommanditist wird, so sagt unser Absatz 1, daß er in der Gesellschaft verbleibt „unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils". Handelt es sich um einen von mehreren Erben, so kann selbstverständlich nicht jedem einzelnen Erben der ganze bisherige Gewinnanteil verbleiben, sondern jedem ein Gewinnanteil, wie er dem Verhältnis seines Anteils an der Einlage des Erblassers entspricht.

Anm. 17. Desgleichen setzen sich alle übrigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages fort, nur mit den Änderungen, die sich aus der Stellung des Kommanditisten im Gesetz zu der vom Erblasser eingenommenen Stellung eines offenen Gesellschafters ergeben. An der Geschäftsführung nimmt er z. B. fortan nicht teil (§ 164 HGB.). — Für die bis zu dem Zeitpunkte, in dem seine Kommanditisteneigenschaft beginnt, entstandenen Gesellschaftsschulden haftet er solidarisch mit seinen Mitgesellschaftern, aber nur wie ein Erbe, also nach Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohltat des Inventars nicht verloren hat (Abs. 4). Der § 173 ist dadurch hier von der Anwendung ausgeschlossen. Für die Schulden, die seit dem Zeitpunkte entstehen, in dem er Kommanditist geworden ist, haftet er ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses, aber nur bis zur Grenze seiner Kommanditeinlage. § 171 HGB. greift hier Platz. Aber der Erbe muß dafür sorgen, daß seine Kommanditistenbeteiligung schleunigst zur Eintragung gelange; sonst ist er von dem Augenblicke an, wo ihm die Stellung als Kommanditist eingeräumt ist, ein nichteingetragener Kommanditist und haftet daher von diesem Augenblicke an bis zur Eintragung nach Maßgabe des § 176 HGB., d. h. mit seinem ganzen Vermögen, wie ein offener Gesellschafter, ohne Beschränkung auf die Kommanditeinlage. Kommt er auf Grund dieser seiner Haftung gegenüber den Gläubigern in die Lage, Gesellschaftsschulden zu bezahlen und dadurch Auslagen zu machen, die seine Kommanditistenbeteiligung übersteigen, so darf er nach §§ 110, 161 Abs. 2 HGB. gegen die Gesellschaft Regreß nehmen. — *In dieser Umwandlung der Rechtsstellung eines Gesellschafters liegt keine Neubildung einer Gesellschaft*, sondern nur die Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft bei Wahrung ihrer Identität vor, es wird also keine Übertragung des Gesellschaftsvermögens erforderlich und es werden die früheren Gesellschaftsgläubiger von der Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht ausgeschlossen (vgl. hierüber Erl. zu § 162; Anm. 49b zu § 105 und KGJ. 26 A 220; RG. 55, 126; Gareis in DJZ. 04, 578).

Anm. 18. Alles dies gilt nur, wenn der Erbe innerhalb der im Abs. 3 gedachten Frist Kommanditist wird. *Wird er nach Ablauf dieser Frist Kommanditist*, so ist dies eine Vereinbarung gewöhnlicher Art, welche nicht die besonderen Folgen des vorliegenden Paragraphen hat. Auch hier aber wird die Identität der Gesellschaft gewahrt (vgl. Anm. 49c zu § 105, Anm. 6 zu § 162). Es haftet der Erbe für die Zeit bis zu seinem Eintritt mit seinem ganzen Vermögen als offener Gesellschafter. Denn er setzt bis zur Umwandlung seiner Rechtsstellung in die eines Kommanditisten die Rechtsstellung seines Erblassers als offener Gesellschafter fort. Für die spätere Zeit haftet er als Kommanditist (§ 171), unter Umständen, nämlich unter den Voraussetzungen des § 176 Abs. 2, allerdings mit seinem ganzen Vermögen.

d) **Scheidet der Erbe innerhalb der Frist aus**, indem die Gesellschafter seinen Antrag, in der Gesellschaft als Kommanditist zu verbleiben, nicht angenommen haben, und infolgedessen der Erbe von der Ausscheidungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, so hat er, falls die Gesellschaft von den andern Gesellschaftern fortgesetzt wird (vgl. Anm. 20), die Auszahlung seines Anteils am Aktivsaldo seines Erblassers zu beanspruchen, in diesem Falle aber auf Grund einer solchen Berechnung, wie man ein Auseinandersetzungsguthaben berechnet (vgl. Anm. 5 im Exk. zu § 141). Für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten haftet er zwar den Gläubigern solidarisch mit den übrigen Gesellschaftern, aber nur wie ein Erbe, also nach Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohltat des Inventars nicht verloren hat. Von dem Augenblicke an, wo er ausgeschieden ist, haftet er für die nunmehrigen Schulden nicht mehr, da er eben ausgeschieden ist, und von den bisherigen müssen ihn die verbleibenden Gesellschafter befreien (§ 738 BGB.). Freilich setzt das Aufhören seiner Haftung gegenüber den Gläubigern voraus, daß sein Ausscheiden eingetragen wird. Sonst haftet er für die von seinem tatsächlichen Ausscheiden bis zur Eintragung eingegangenen Schulden gutgläubigen Dritten, wie ein offener Gesellschafter ohne Beschränkung auf die Rechtswohltat des Inventars. Das folgt aus § 15. Denn durch den Tod des Erblassers ist der Erbe offener Gesellschafter geworden. Der vorläufige Zustand aber und das damit verbundene Vorrecht der Haftung mit der Rechtswohltat des Inventars erreicht damit sein Ende, daß das Ausscheiden erfolgt ist. Von da ab treten die Rechtswirkungen des § 15 HGB. wieder in vollem Umfange ein. Er wird also auch hier die Eintragung seines Ausscheidens zu beschleunigen haben.

§ 139. Anm. 19.

Wenn außer dem Erblasser nur ein Gesellschafter vorhanden war, so kann es kommen, daß infolge des sogenannten Ausscheidens des einzigen oder aller Erben die Gesellschaft aufhört, eine Gesellschaft zu sein. Dieser Fall ist hier mitgetroffen. In diesem Falle tritt die Rechtserscheinung ein, die das neue HGB. auch sonst entsprechend dem Ausscheiden behandelt (vgl. § 142) und die der Absicht einer solchen Vereinbarung der Fortsetzung, der Erhaltung des Geschäfts in der Hand des überlebenden Gesellschafters — denn auch in dessen Interesse ist solche Vereinbarung der Fortsetzung getroffen, vgl. D. 107 — am nächsten kommt: das Geschäft geht auf den anderen Gesellschafter über und der abgehende Gesellschafter erhält sein Auseinandersetzungsguthaben (hierüber s. Anm. 3 zu § 142). Über die Haftung des Ausscheidenden in diesem Falle gilt das für den Fall der Auflösung Gesagte (s. Anm. 21).

Anm. 20.

Bleiben nach dem Ausscheiden der Erben noch mindestens zwei Gesellschafter übrig, so setzen diese die Gesellschaft fort, falls dies im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, oder, falls sie, was zulässig ist, nach dem Ausscheiden des Erben eine Vereinbarung über Fortsetzung der Gesellschaft treffen. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, so wird die Gesellschaft aufgelöst. Auflösungsgrund ist der Tod des Gesellschafters. Die Vereinbarung, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll, ist hinfällig geworden; für die Vorschrift des § 139 ist daher kein Raum. Es ist demnach auch anzunehmen, daß in diesem Fall der Erbe nicht sein Guthaben erhält (Anm. 19), vielmehr Liquidation eintritt, und nach deren Vorschriften das Guthaben aller Gesellschafter, also auch des Vorstorbenen, flüssig gemacht und beglichen wird.

5. **Wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst**, was durch verschiedene Umstände erfolgen kann (Konkurs der Gesellschaft, Tod des anderen Gesellschafters, Ablauf des Gesellschaftsvertrages usw.), so kann der Erbe nicht mehr Kommanditist werden. Hierfür gibt es alsdann keinen Raum mehr. Die Gesellschaft tritt vielmehr in Liquidation oder es wird die Liquidation durch irgend welche Vereinbarung beseitigt. Im Falle der Liquidation haftet der Erbe für die weiteren Verbindlichkeiten, die der Liquidator eingeht, wie ein offener Gesellschafter, ohne Beschränkung auf das Nachlaßvermögen; denn er ist ja eben offener Gesellschafter geblieben die Umwandlung seiner Stellung in die eines Kommanditisten aber ist nicht bewirkt (dagegen Lehmann-Ring Nr. 9; Goldmann Anm. 34). Für die bis zur Auflösung entstandenen Verbindlichkeiten haftet er zwar auch wie ein offener Gesellschafter, aber nur als Erbe, d. h. mit den Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohltat des In-

Anm. 21.

§ 139. ventars nicht verloren hat (Abs. 4). Wenn aber die Auflösung nicht eingetragen wird, so beginnt auch hier nach Maßgabe des § 15 HGB. von da ab, wo sie eingetreten ist, eine Vollhaftung (ohne Rechtswohltat des Inventars) für die nunmehr entstehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Anm. 22. 6. (Abs. 5.) **Entgegenstehende Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages sind nichtig.** Das Gesetz will für den Erben sorgen, und es soll den lebenden Gesellschaftern nicht gestattet sein, diese Fürsorge zu durchkreuzen. Auch die Gläubiger sind an der Einhaltung dieser Vorschrift interessiert. Doch gestattet das Gesetz, daß der Gewinnanteil des Erben, wenn derselbe Kommanditist wird, im Gesellschaftsvertrage anders bestimmt wird, als der des Erblassers es war. „Da der Kommanditist zur Geschäftsführung nicht verpflichtet ist, bei der Regelung der Gewinnverteilung aber neben dem Betrage der Kapitaleinlage des einzelnen Gesellschafters auch dessen persönliche Tätigkeit in Betracht kommt, so erscheint es als eine Forderung der Billigkeit, daß der Gesellschaftsvertrag für den Erben, der als Kommanditist eintritt, einen geringeren Anteil festsetzt, als für den Erblasser" (D. 108). Indessen sagt das Gesetz nicht, daß der Anteil nur geringer festgesetzt werden darf; er kann „anders", also auch höher festgesetzt werden. Doch wird das letztere kaum vorkommen.

Anm. 23. Gleichzeitig ergibt sich hieraus, daß andere Abweichungen nicht vereinbart werden dürfen. Es kann also z. B. nicht gültigerweise vereinbart werden, daß der Erbe stiller Gesellschafter werden solle oder daß die Kommanditeinlage des Erben geringer sein soll, als die Einlage des Erblassers war. Wohl aber kann vereinbart werden, daß, wenn der Gesellschafter auf Grund des Abs. 2 ausscheidet, sein Gesellschaftsguthaben nur in Raten ausgezahlt zu werden braucht. Diese Vereinbarung ist zulässig, weil sie keine Abweichung von Abs. 1—4 enthält, denn diese Absätze bestimmen hierüber nichts. Der Gesellschaftsvertrag kann aber wiederum nicht bestimmen, daß der Erbe das Wahlrecht nicht haben soll, oder daß er es binnen kürzerer Frist ausüben muß, oder daß er eine längere Frist haben soll (auch das letztere ist nicht gestattet, weil der Schwebezustand unvermeidliche Mißstände im Gefolge hat, die schon im Interesse der Gläubiger auf eine möglichst kurze Frist zu beschränken sind), oder daß unter allen Umständen nur alle Erben gemeinschaftlich die Erklärung abgeben dürfen. Denn alle solche Vereinbarungen würden die Anwendung der Abs. 1—4 ausschließen, wenn auch nicht in aller und jeder Hinsicht, so doch in dem betreffenden Punkte, und die Anwendung dieser Absätze soll überhaupt nicht ausgeschlossen werden, bis auf den einen in Abs. 5 behandelten Punkt.

Anm. 24. Doch nur entgegenstehende Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages sind hier verboten. Inwieweit durch letztwillige Verfügungen dem Erben das Wahlrecht verschränkt werden kann (z. B. geboten werden kann, offener Gesellschafter zu bleiben oder stiller Gesellschafter zu bleiben oder auszuscheiden, wenn er nicht Kommanditist wird), das richtet sich nach den Regeln des Erbrechts. Unser Paragraph behandelt nur das Verhältnis des Erben zu den anderen Gesellschaftern.

Anm. 25 7. **Welcher rechtliche Zustand besteht in der Schwebezeit,** d. h. in der Zeit, bis sich entschieden hat, ob der Erbe offener Gesellschafter wird oder Kommanditist wird oder ausscheidet? Es ist anzunehmen, daß in dieser Schwebezeit eine o. H. G. mit dem Erben besteht. Denn nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages und nach § 131 Nr. 4 HGB. soll die o. H. G. in solchem Falle nicht aufgelöst, sondern fortgesetzt werden. Die Gesellschaft ist also nicht aufgelöst, und der Erbe ist schon von dem Erbfall an Erbe (§ 1922 BGB.), tritt also ohne weiteres in das Rechtsverhältnis des Erblassers ein. Kann er auch die Erbschaft nachträglich ausschlagen, so ist er doch inzwischen Erbe geworden. Die Umwandlung seiner rechtlichen Stellung in die eines Kommanditisten oder sein Ausscheiden sind Tatsachen, die doch erst eintreten müssen und von ihrem Eintritt ab auf die rechtliche Stellung des Erben verändernd wirken, und wenn es in Abs. 1 heißt: der Erbe kann „sein Verbleiben" davon abhängig machen, daß er Kommanditist wird, so will das hiernach nichts weiter besagen, als daß der durch den Tod des Erblassers Mitglied der o. H. G. gewordene Erbe sein weiteres Verbleiben abhängig machen kann von der gedachten Bedingung.

Das Handelsregister bleibt während dieser Schwebezeit unverändert. Eine der Veränderungen, deren Eintragung § 107 HGB. ausdrücklich vorschreibt, liegt nicht vor; denn darin, daß an die Stelle eines Gesellschafters sein Erbe tritt, liegt nicht der Eintritt eines neuen Gesellschafters im Sinne des § 107. Aber es ist auch nicht anzunehmen, daß eine solche Tatsache vorliegt, deren Eintragungsbedürftigkeit das Gesetz als selbstverständlich voraussetzt. Es ist im Gegenteil anzunehmen, daß der Schwebezustand seiner Kürze und Ungewißheit wegen vom Gesetz als nicht eintragungsbedürftig gedacht ist. Aber die Eintragung ist zulässig. Geschieht sie, so muß doch zur Vermeidung der Folgen des § 15 der Charakter der einstweiligen Fortführung zum Ausdruck gebracht werden (vgl. Anm. 16 zu § 27). — § 139. Anm. 26.

Zusatz. Übergangsfrage. Es muß mit Lehmann in ZHR. 48, 82 (gegen 6./7. Aufl.) angenommen werden, daß Art. 213 EG. z. BGB. entscheidet. § 139 regelt die Rechtsverhältnisse der Erben eines Gesellschafters, also „erbrechtliche Verhältnisse" in betreff eines bestimmten Geschäftskreises des Erblassers. Es finden daher die Vorschriften des § 139 Anwendung, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist (ebenso Lehmann-Ring Nr. 13; Goldmann Anm. 40). — Anm. 27.

§ 140.

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gericht anstatt der Auflösung die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden, sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen. — § 140.

Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist.

Der Paragraph behandelt die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters anstatt der Auflösung der ganzen Gesellschaft. Er findet nur Anwendung bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft und wenn mindestens zwei Personen übrig bleiben (ROHG. 11, 160; RG. 7, 121). Über den Fall, daß nur zwei Personen vorhanden sind, bestimmt jetzt § 142. — In einem zweiten Absatze wird eine Sonderbestimmung über die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens gegeben. — Einleitung.

I. (Abs. 1.) **Die Modalitäten der Ausschließung.**

1. **Die Voraussetzung der Ausschließung** ist ein begründeter Antrag aller übrigen Gesellschafter. — Anm. 1.

a) **Ein Antrag aller übrigen Gesellschafter. Von allen übrigen Gesellschaftern** muß der Antrag ausgehen, während die Auflösung von jedem Gesellschafter verlangt werden kann. **Der Antrag wird gestellt durch Erhebung einer Klage** (vgl. Abs. 2), deren Klageantrag gerade auf Ausschließung gerichtet sein muß. Werden mehrere Mitglieder verklagt, so kann das in einer Klage geschehen (§§ 59, 60 CPO.; dagegen Lehmann-Ring Nr. 2). Vorherige Aufforderung der Gesellschafter ist nicht nötig, auch nicht des Kostenpunktes wegen (vgl. Anm. 5 zu § 133). In dem Antrage auf Auflösung ist der Antrag auf Ausschließung nicht mit enthalten, und ebenso nicht umgekehrt, die beiden Anträge verhalten sich nicht wie majus und minus, sondern sind verschiedene Dinge (RG. 24, 140); die Umwandlung des einen Antrags in den andern ist daher Klageänderung. Dagegen kann in erster Linie auf Ausschließung und ev. auf Auflösung angetragen werden (Puchelt Anm. 3 zu Art. 128). Ferner kann die Ausschließungsklage als Widerklage gegenüber der Auflösungsklage erhoben werden. Durch Aufkündigung wird die Möglichkeit der Ausschließung nicht beseitigt (ROHG. 6, 112). Der Antrag muß zwar nicht gerade auf der Stelle unverzüglich nach Eintritt des Ausschließungs-

§ 140. grundes gestellt werden, doch empfiehlt sich dies, da in der Fortsetzung des Verhältnisses trotz Kenntnis des Ausschließungsgrundes leicht ein Verzicht auf den Ausschluß gefunden werden kann (ROHG. 6, 112; RG. 51, 91). **Zuständig** ist das Gericht am Wohnsitze des auszuschließenden Gesellschafters, außerdem aber auch nach § 22 CPO. das Gericht am Sitze der Gesellschaft.

Anm. 2. b) **Ein begründeter Antrag.** Eine Anweisung für das Gericht, wann dem Ausschließungsantrage stattgegeben werden soll, hat das Gesetz nicht erteilt, nicht einmal durch Beispiele; vielmehr ist nur auf die Auflösungsgründe des § 133 verwiesen und im übrigen alles in das freie Ermessen des Gerichts gestellt.

α) Es ist nur auf die Auflösungsgründe des § 133 verwiesen. Nicht herangezogen ist der § 131. Schon deshalb fallen die dort aufgezählten Auflösungsgründe nicht unter den vorliegenden Paragraphen. Abgesehen davon ist die Hineinziehung des § 131 schon begrifflich unmöglich, weil die dort aufgezählten Gründe die Gesellschaft ipso jure auflösen, so daß die Frage, ob bei ihrem Vorhandensein die Ausschließung gefordert werden darf, ja gar nicht mehr erwogen werden kann (vgl. v. Hahn § 2 zu Art. 128; Behrend § 80 Anm. 5; Puchelt Anm. 2 zu Art. 128).

Anm. 3. β) Als Richtschnur für das freie richterliche Ermessen gilt das, was das Reichsgericht (24, 136 ff.) ausgeführt hat: Es ist zunächst zu prüfen, ob ein in der Person des Auszuschließenden liegender Grund zur Auflösung nach Art. 125 (jetzt § 133, vorliegt. Ist diese Frage bejaht (hierfür die Ausführungen in Anm. 13 zu § 133), so muß nicht etwa, sondern es „kann" die Ausschließung geeignetenfalls erfolgen (ROHG. 18, 396). Ev. ist, wie das ROHG. a. a. O. weiter ausführt, zu erörtern, ob für die Anwendung des Art. 128, jetzt § 140, ein besonderer Grund vorliegt. In dieser Hinsicht schreibt das Gesetz nicht vor, daß ein Verschulden vorliegen muß, sondern nur, daß in der Person des Auszuschließenden ein Grund vorliegen müsse (Behrend § 80 Anm. 5). Aber bei der Schwere der Maßregel und dem fast strafartigen Charakter derselben wird im allgemeinen ein unverschuldeter Grund zur Ausschließung nicht wichtig genug sein. Auch Verfehlungen der anderen Gesellschafter werden zur Beleuchtung der Handlungsweise des Auszuschließenden und zur Würdigung der Schwere der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Betracht zu ziehen sein. Andererseits darf man den Antragstellern nicht etwa grundsätzlich den Beweis alleiniger Verschuldung des Auszuschließenden auferlegen. Auch muß nicht gerade eine Schädigung der Gesellschaft erfolgt, vielmehr kann dieselbe durch Dazwischentreten von Umständen abgewendet werden oder überhaupt kein Schade in Frage kommen und doch ein Ausschließungsgrund gegeben sein (vgl. auch RG. 24, 136). Und endlich kann es sehr wohl auch Fälle geben, wo sonstige Gründe, nicht gerade grobe Verfehlungen, einen ausreichenden Ausschließungsgrund geben, so z. B. schwere Krankheit eines Gesellschafters (vgl. RG. in JW. 00, 413[10]), Ausweisung desselben aus dem Lande, Berufung desselben zu einem Staatsamte, welches ihn dem Gesellschaftsgeschäft völlig entzieht usw.

Anm. 4. γ) **Der Gesellschaftsvertrag kann auch absolute Ausschließungsgründe festsetzen** (RG. 24, 140), oder sonst anordnen, was in bezug auf die Wichtigkeit von Gründen zwischen den Gesellschaftern als Rechtens gelten soll, bis an die Grenze, welche die Verbotsgesetze und die guten Sitten ziehen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber nicht die Anrufung richterlicher Entscheidung versagen und statt dessen einen bloßen Gesellschaftsbeschluß zur Ausschließung für genügend erklären (vgl. Anm. 6). Wohl aber kann der Gesellschaftsvertrag die Ausschließung ganz versagen (D. 108 „versteht sich von selbst"); der § 133 Abs. 3, wonach jede das gesetzliche Ausschließungsrecht aufhebende oder einschränkende Vereinbarung nichtig wäre, ist hier nicht anwendbar.

Anm. 5. δ) **Beispiele von wichtigen Ausschließungsgründen aus der Praxis.** Als wichtiger Ausschließungsgrund wurde angesehen die vertragswidrige Unterlassung der Aufstellung von Inventur und Bilanz durch den tatsächlich allein geschäftsführenden Gesellschafter, sowie der

Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgingen (ROHG. 20, 244). Dagegen wurde vom Reichsgericht (Bolze 9 Nr. 465 und 466) für nicht wichtig angesehen, daß der Gesellschafter vertragswidrig Geschäfte über 3000 M. abgeschlossen hatte; daß er 5000 M. aus der Gesellschaftskasse entnommen, obwohl er nur 3000 M. zu entnehmen hatte; daß er mehr Pferde auf Kosten der Gesellschaft gehalten, als er hätte halten dürfen; daß er endlich sich weigerte, einen Eid für die Gesellschaft zu leisten; das letztere sei reine Gewissenssache. In letzterer Hinsicht ist dem Reichsgericht zuzustimmen, die übrigen Gründe aber erscheinen als so grobe Pflichtverletzungen und Gefährdungen des Gesellschaftsbestandes, daß der Antrag auf Ausschließung doch wohl gerechtfertigt hätte erscheinen sollen. Für nicht genügend wurde ferner erachtet unordentliche Führung der Bücher, weil die übrigen Gesellschafter die Überwachungspflicht haben (ROHG. 18, 393). **§ 140.**

2. **Die Ausschließung erfolgt durch richterliches Urteil.** Sie kann **nicht erfolgen durch Mehrheitsbeschluß** der übrigen Gesellschafter, auch wenn der Gesellschaftsvertrag für die Regelung von Gesellschaftsangelegenheiten Mehrheitsbeschlüsse für genügend erachtet. Auch ein Beschluß aller anderen Gesellschafter genügt nicht, selbst dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag dies mit Ausschluß des Rechtsweges gestatten sollte (ROHG. 21, 84; RG. 38, 121; vgl. Anm. 5 zu § 119). Das rechtskräftige Urteil ist es, das die Ausschließung bewirkt. Der Ansicht von Lehmann-Ring (Nr. 10), nach der in entsprechender Anwendung des § 737 BGB. die Bestimmung im Gesellschaftsvertrage zulässig ist, daß der Ausschluß durch Beschluß vorbehaltlich Beschreitung des Rechtsweges geschehen dürfe, kann gerade wegen der vom § 737 abweichenden Fassung des § 140 nicht beigetreten werden (ebenso Goldmann Anm. 16). Das Urteil hat **demnach konstitutive, nicht deklarative Bedeutung,** wie das auch bezüglich des Urteils auf Auflösung gilt (vgl. § 133; übereinst. Plathner bei Gruchot 37, 82). Nicht entgegen steht hier der Abs. 2 unseres Paragraphen, nach welchem für die Vermögensauseinandersetzung die Vermögenslage zur Zeit der Klageerhebung zugrunde zu legen ist. Letzteres folgt daraus, daß aus der Verzögerung der richterlichen Entscheidung der Ausgeschlossene kein Recht herleiten darf. So faßt offensichtlich auch die D. 108 die Sache auf. **Bis zum rechtskräftigen Urteil ist der Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung befugt** (RG. 15, 82). Ein entgegengesetzter Antrag ist bei der Beratung des alten HGB. abgelehnt worden (P. 238, 242). Anm. 6.

Doch kann durch **einstweilige Verfügung,** auf die bei der Beratung des alten HGB. ausdrücklich hingewiesen wurde, der einstweilige Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung — welche von beiden Maßregeln beantragt und angeordnet ist, ist wohl zu unterscheiden — erfolgen. Solche einstweilige Verfügungen richten sich jetzt nach §§ 935 bis 940 CPO. (vgl. hierüber Anm. 6 zu § 117 und Anm. 7 zu § 127; sowie OLG. Dresden bei Bauer 11, 188). Ob und auf welchem Wege sie zur Eintragung führen, darüber vgl. Anm. 2ff. zu § 16. Anm. 7.

3. **Die Wirkung der Ausschließung** ist, daß die Gesellschaft in Gemäßheit des § 138 **fortbestehen bleibt** (RG. 24, 138; vgl. über Fortführung der Firma § 29 Anm. 2). Vermieden wird dadurch die Liquidation. Die Gesellschaftsrechte und Gesellschaftsverbindlichkeiten, das Gesellschaftsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven gehen auf die fortgesetzte Gesellschaft über, auch der Gesellschaftsvertrag bleibt mutatis mutandis bestehen, und endlich geht auch die Firma auf die fortgesetzte Gesellschaft ohne weiteres über, soweit nicht nach § 24 noch außerdem die Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters hierzu erforderlich ist. Für die Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden ist § 738 BGB. maßgebend (vgl. Anm. 9). Nicht notwendig hat die Ausschließung **die Verpflichtung zum Schadensersatze** zur Folge, vielmehr entscheidet hierüber das bürgerliche Recht (ROHG. 17, 367). Doch wird eine Verpflichtung zum Schadensersatze meist vorliegen, weil ein wichtiger Grund zur Ausschließung nur bei schweren Verschuldungen angenommen wird. (Über die Verpflichtung zum Schadensersatz als Folge schuldhafter Vertragsverletzung s. Erl. zu § 347.) Anm. 8.

§ 140. II. (Abs. 2.) Die Sondervorschrift über die Auseinandersetzung.

Anm. 9. Der Regel nach ist für die Auseinandersetzung mit einem ausscheidenden Gesellschafter der Zeitpunkt des Ausscheidens maßgebend (§ 738 BGB.). Das wäre hier die Rechtskraft des Ausschließungsurteils; dies würde aber hier nicht der Rechtslage entsprechen (vgl. Anm. 6).

Im übrigen siehe über die Auseinandersetzung, die Berechnung hierbei usw. den Erl. zu § 141.

Anm. 10. **Zusatz. Übergangsfrage.** Die Vorschrift berührt das innere Verhältnis der Gesellschafter und greift daher in bestehende Verträge nicht ein (vgl. Anm. 46 zu § 105 u. Anm. 22 zu § 109).

§ 141.

§ 141. Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahrs aus der Gesellschaft aus.

Diese Vorschriften finden im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters mit der Maßgabe Anwendung, daß die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen hat und daß der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt den Gesellschaftern in zwei Fällen die Möglichkeit an die Hand, um die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich selbst zu ermöglichen, wenn ein die Auflösung veranlassender Grund in der Person eines anderen Gesellschafters eintritt.**

Wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß trotz Kündigung durch einen Pfändungsgläubiger eines Gesellschafters oder trotz des Konkurses eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll, so ist dies gültig (vgl. § 138 und Anm. 5 dazu).

Aber wenn der Gesellschaftsvertrag das auch nicht bestimmt, so sollen es nach der vorliegenden (im früheren HGB. nicht enthaltenen) Bestimmung die Gesellschafter in der Hand haben, durch einen noch nachträglich, d. h. nach Eintritt der gedachten Auflösungstatsachen, vorzunehmenden Rechtsakt die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich, anstatt der Auflösung, zu bewirken.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Erster Fall: Der Pfändungsgläubiger eines Gesellschafters hat auf Grund des § 135 die Gesellschaft aufgekündigt.** In diesem Falle haben die übrigen Gesellschafter das Recht, einen Beschluß auf Fortsetzung zu fassen und dies dem Gläubiger zu erklären. Der Gesellschafter scheidet dadurch mit Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus.

a) **Die übrigen Gesellschafter haben das Recht zu beschließen.** Der Auszuschließende braucht also nicht gefragt zu werden. Der Beschluß der übrigen Gesellschafter folgt den Regeln des § 119, auch Mehrheitsbeschluß ist nicht unzulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht (vgl. die Erl. zu § 119). Der Beschluß kann gefaßt werden bis zum Eintritt der Auflösung, also bis zum Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem die Kündigung seitens des Gläubigers erfolgt ist, und wird wirksam in diesem Zeitpunkte, **wenn die übrigen Gesellschafter dies dem Gläubiger erklären.** Die übrigen Gesellschafter müssen es ihm also mitteilen, nicht die Gesellschaft. Daß die Erklärung gerade auf Grund des Beschlusses erfolgt, braucht nicht hinzugefügt zu werden. Das wird vermutet. Aber der Gläubiger kann einwenden, daß ein regelrechter Beschluß nicht vorliegt, denn dieser ist die Voraussetzung der Erklärung.

Ist die Erklärung bis zum Eintritt der Auflösung nicht abgegeben, so hat eine nachträgliche Vereinbarung unter den übrigen Gesellschaftern die hier in Rede stehende Wirkung nicht (hierüber Anm. 7 zu § 138).

b) **Die Wirkung** ist, daß der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft ausscheidet. (Unter Umständen kann es auch ein früherer Zeitpunkt sein; vgl. Anm. 5 zu § 135.) Der Pfändungsgläubiger kann sich nunmehr an das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters halten. (Über die Berechnung desselben und sonstige Auseinandersetzungsfragen s. den Exk. zu § 141.) Zum Zwecke der Realisierung desselben hat er einen Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung an die übrigen Gesellschafter (vgl. Anm. 7 zu § 135). Der etwaige Überschuß über das, was der Gläubiger zu fordern hat, gehört dem ausscheidenden Gesellschafter. Deswegen und weil der Gesellschafter bei der Verwendung seines Guthabens zur Befriedigung seines Gläubigers erheblich interessiert ist, hat er neben dem Gläubiger das Recht auf Rechenschaft wie jeder ausscheidende Gesellschafter. Das Geschäft geht mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch mit dem Firmenrecht auf die übrigen Gesellschafter über.

§ 141. Anm. 2.

2. (Abs. 2.) **Ein Gesellschafter ist in Konkurs geraten.** In diesem Falle haben die übrigen Gesellschafter das gleiche Recht. Es ist dies eine Ausnahme und eine Abweichung von der juristischen Konsequenz, da durch den Konkurs die Gesellschaft aufgelöst ist und deshalb eine unmittelbare Fortsetzung der Gesellschaft als o. H. G. eigentlich nicht mehr möglich ist (vgl. darüber Anm. 7 zu § 138).

Anm. 3.

a) **Auch hier können sie beschließen, die Gesellschaft unter sich fortzusetzen.** Über diesen Beschluß gilt auch hier das zu § 119 Gesagte, also auch hier ist Mehrheitsbeschluß zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies gestattet. Erklären müssen sie dies dem Konkursverwalter gegenüber, wie dies ausdrücklich gesagt ist und sich überdies auch von selbst verstehen würde. Aber fraglich ist, wann sie dies Recht ausüben können. Sie können es erst ausüben nach eingetretener Auflösung, da der Konkurs des Gesellschafters ipso jure die Gesellschaft auflöst (§ 131 Nr. 5). Aber es ist anzunehmen, daß sie unverzüglich nach Eintritt des Konkurses die Erklärung abgeben müssen und daß ihnen schuldhafte Verzögerung dieses Recht nimmt. Denn es ist schon an sich eine Abweichung von der juristischen Konsequenz, daß eine aufgelöste Gesellschaft von einzelnen Gesellschaftern fortgesetzt wird, und noch dazu derart, daß sie als überhaupt nicht aufgelöst gewesene o. H. G. betrachtet wird. Und das letztere soll ja der Fall sein, denn der Gemeinschuldner soll im Augenblicke der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden, die o. H. G. also als gar nicht aufgelöst gelten. Läßt nun aber der Gesetzgeber eine Begriffswidrigkeit zu, dann will er sie sicherlich nur in den engsten Grenzen zulassen, und man trifft nur dann seine Absicht, wenn man die tatsächlich unvermeidliche, juristisch nicht zu beachtende Frist von dem Eintritt des Konkurses ab bis zur Fortsetzungserklärung an den Konkursverwalter so eng bemißt, als nur irgend möglich. Daraus ergibt sich, daß die Gesellschafter sich so schnell als möglich erklären müssen, jede ungebührliche Verzögerung nimmt ihnen das Recht. Bestätigt wird diese Auffassung durch § 145 Abs. 2; nach Eintritt der Auflösung, ist diese definitiv eingetreten, ist zu einer nunmehrigen Vereinbarung, nach welcher die Liquidation unterbleiben soll, die Zustimmung des Konkursverwalters erforderlich. Makower will die Vorschriften über Wahlobligation (§§ 262 ff. BGB.) entsprechend anwenden und dem Konkursverwalter demgemäß das Recht geben und die Pflicht auferlegen, die anderen Gesellschafter zu einer Erklärung aufzufordern und auf diese Weise in Verzug zu setzen. Es muß Bedenken getragen werden, den Gesellschaftern auch nur soweit entgegenzukommen.

Anm. 4.

b) **Die Wirkung** ist auch hier, daß der Gesellschafter ausscheidet und das Geschäft mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht auf die übrigen Gesellschafter übergeht. Der Gesellschafter gilt als ausgeschieden mit der Konkurseröffnung. Über die Auseinandersetzung s. den Exk. zu § 141. Das Auseinandersetzungsguthaben ist ein Bestandteil der Masse. Der Anspruch auf Rechnungslegung (s. Anm. 2) steht dem Konkursverwalter zu. Hat der ausgeschiedene Gesellschafter einen Passivsaldo, so meldet die Gesellschaft ihn als Konkursforderung zur Masse an.

Anm. 5.

Exl. zu § 141.

Exkurs zu § 141.

Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter.

Anm. 1. **Vorbemerkung.** Dieser Gegenstand ist in den §§ 738, 739 und 740 BGB. geregelt. Früher geschah dies in den Art. 130 und 131 HGB. Die Regelung ist im wesentlichen dieselbe geblieben.

Sie erfolgt in diesen drei Paragraphen nach drei Gesichtspunkten: 1. im § 738 BGB. sind die Rechte behandelt, welche die übrigen Gesellschafter durch das Ausscheiden erlangen, sowie die Rechte des Ausscheidenden auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen und Befreiung von Verbindlichkeiten, im § 739 BGB. ist die Verpflichtung des Ausscheidenden zum Ersatze eines Fehlbetrages, im § 740 BGB. sind die Rechte des Ausscheidenden bei schwebenden Geschäften behandelt.

Anm. 2. Die Vorschriften beziehen sich auf alle Fälle, in denen ein Gesellschafter ausscheidet und die Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter fortgesetzt wird (§§ 140, 141, 138). Auf die Fälle, in denen ein Gesellschafter ausscheidet und nur noch einer übrig bleibt, auf welchen das Geschäft übergeht, sind die Vorschriften entsprechend anwendbar (vgl. Anm. 32).

I. Die Rechte der verbleibenden Gesellschafter und die Rechte des Ausscheidenden auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen.

1. Dies ist, wie gesagt, im § 738 BGB. abgehandelt. Derselbe lautet:

> Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.
>
> Der Werth des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln."

Anm. 3. 2. **Die Rechte der verbleibenden Gesellschafter infolge Ausscheidens eines Gesellschafters.** Kurz und bündig drückt sich in dieser Hinsicht der § 738 BGB. dahin aus: der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu. Das Gesellschaftsvermögen, welches vorher im Gesamteigentum aller Gesellschafter, einschließlich des Ausscheidenden, stand, ist nunmehr nur noch Gesamteigentum der verbleibenden Gesellschafter. Eine Veräußerung von Vermögensgegenständen liegt darin schon deshalb nicht, weil nach dem Willen des Gesetzes die Identität der Gesellschaft gewahrt bleibt. Die Gesellschaft wird ja fortgesetzt, das Rechtssubjekt, welchem dies Gesellschaftsvermögen gehört, wechselt also nicht (vgl. Anm. 50 zu § 105). Es ist daher in solchen Fällen nicht Auflassung des Gesellschaftsgrundstücks erforderlich (RG. 25, 256). Überdies würde ja in manchen dieser Fälle die Auflassung schon deshalb nicht nötig sein, weil keine freiwillige Veräußerung vorliegen würde, z. B. im § 140 (Ausschließung des Gesellschafters) oder § 141 (Ausscheiden eines Gesellschafters durch Erklärung der anderen). Die fortgesetzte Gesellschaft setzt das Geschäft mit Aktiven und Passiven fort und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht. Soweit Rechte im Grundbuch nicht auf den Namen der Gesellschaft einzutragen sind, hat Grundbuchberichtigung (§ 895 BGB.) zu erfolgen.

Anm. 4. 3. **Die Rechte des ausscheidenden Gesellschafters auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen und Befreiung von Verbindlichkeiten.**

a) Gegenstände, die er der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hat, kann er in natura zurückverlangen. Ist ein Gegenstand durch Zufall untergegangen oder schlechter geworden, so kann er hierfür nicht Ersatz verlangen. Alles das schreibt § 738 in Verbindung mit § 732 und § 733 Abs. 2 BGB. vor. Für diejenigen Beiträge, welche in Diensten bestehen, kann er ebenfalls keinen Ersatz beanspruchen (§§ 738, 733 Abs. 2 BGB.).

b) Im übrigen kann er Abfindung in Geld beanspruchen. Er ist berechtigt, dies zu Erl. zu fordern und verpflichtet, sich dies gefallen zu lassen. Beides ergibt mit voller Deutlichkeit der § 141. Wortlaut des § 738 BGB., der die Grenzen seines Befriedigungsanspruchs bestimmt festsetzt. Anm. 5. Insbesondere kann daher der Ausscheidende nicht den Verkauf der der Gesellschaft gehörenden Gegenstände fordern.

α) Die Grundlage, welche der Berechnung dieser Abfindung zugrunde zu legen ist, ist die Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens (im Falle der Ausschließung die Vermögenslage zur Zeit der Erhebung der Klage — § 140 Abs. 2). Die Feststellung dieser Vermögenslage erfolgt in derselben Weise, wie die alljährliche Bilanz zum Zwecke der Gewinnverteilung. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß die bestehende Gesellschaft von anderen Gesichtspunkten und Interessen bei der Aufstellung der Bilanz geleitet wird, als sie bei der Auseinandersetzung obwalten. Bei bestehender Gesellschaft werden die Vermögensgegenstände oft unter ihrem wahren Wert angegeben, damit der bilanzmäßige Gewinn sich kleiner darstellt und nicht zu viel Gewinn verteilt werde, sondern möglichst viel dem Geschäft verbleibt und so das Geschäft lebensfähig erhalten und ausgedehnt werde (vgl. RG. im SächsA. 1, 499). Gerade große und solide Geschäfte setzen einen Stolz darein, daß ihr ganzes Inventar mit einer Mark zu Buche steht, und Gesellschaftsverträge bestimmen oft von vornherein, daß alljährlich bestimmte Prozente abgeschrieben werden. Solche Motive fallen bei der Auseinandersetzung weg. Hier soll der Ausscheidende an den wahren Werten teilnehmen. Deshalb kommen solche willkürliche Wertansätze, die von der Sachlage abweichen, hier nicht zur Geltung (vgl. Bolze 3 Nr. 778). Es müßte denn sein, daß die Abrede hierauf gerichtet war (vgl. Anm. 13). Zugrunde zu legen ist, wenn keine anderweite Abrede entgegensteht, überall der wahre Wert (RG. in JW. 99, 395[8] und 02, 590[14]). Bestätigt wird diese Auffassung durch den Abs. 2 des § 738 BGB., wonach der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Im vorliegenden Fall, wo das Geschäft von den die Aktiven übernehmenden Gesellschaftern fortgesetzt werden soll, ist es der Wert des lebenden Geschäfts, der maßgebend ist. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß es im § 738 BGB. heißt, der Ausscheidende habe das zu fordern, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst werden würde. Damit ist nicht gemeint der Wert, der sich bei einer allgemeinen Versilberung der einzelnen Vermögensgegenstände ergibt, sondern der Erlös, der sich ergeben würde bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vorteilhaften Verwertung des Gesellschaftsvermögens, hier also bei einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des ganzen Geschäfts.

β) Die Feststellung der Abfindungssumme ist Sache aller Gesellschafter. Das Anm. 6. HGB. sagt darüber nichts. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber müssen alle bisherigen Gesellschafter, einschließlich des Ausscheidenden, an den erforderlichen Arbeiten mitwirken, wenn nicht aus dem bisherigen Vertragsverhältnisse etwas anderes hervorgeht (RG. 15, 80; vgl. auch JW. 86, 197[19]). Die Zuziehung eines Sachverständigen kann dem ausscheidenden Gesellschafter dabei regelmäßig nicht verwehrt werden (RG. 25, 88). Läßt sich eine Verständigung über die gemeinschaftliche Erledigung dieser Arbeiten nicht erzielen, so muß die Aufnahme auf Kosten der Gesellschaft durch einen Sachverständigen erfolgen, dessen Ernennung ev. unter entsprechender Anwendung des § 146 Abs. 2 durch das Gericht erfolgen muß (RG. 15, 80) und zwar hier im ordentlichen Rechtswege (RG. 13, 155). Erben haben einen gemeinschaftlichen Vertreter ihrer Rechte zu bestellen entsprechend § 146 Abs. 1. — Daß die Schätzung durch bestimmte Sachverständige erfolgen soll, kann gültig auch schon im Vertrage vereinbart sein (ROHG. 16, 427; § 317 BGB.); auch Gesellschafter können dies sein (ROHG. 16, 427; § 315 BGB.). Richterliche Nachprüfung ist in solchen Fällen aber vorbehalten.

γ) Der rechtliche Charakter des Abfindungsguthabens. Es ist ein reines Forderungs- Anm. 7. recht auf Auszahlung der festgestellten Summe, das den Gesellschafter z. B. auch zur Teil-

Erl. zu § 141.

nahme am Konkurse der fortgesetzten Gesellschaft als gewöhnlicher Gläubiger berechtigt (ROHG. 10, 57); es ist ein Passivum der fortgesetzten Gesellschaft, für welches sowohl diese, als auch die einzelnen Mitglieder nach § 128 solidarisch haften, und zwar mit der Verjährungsfrist aus § 159 (RG. 7, 94). Der Grund einer solchen Klage aber ist das Gesellschaftsverhältnis, die Klage ist eine actio pro socio (vgl. RG. in JW. 85, 298[4]). Gegenüber dem Reichsgericht (7, 95), das diesen Charakter des Klagegrundes leugnet, fragt Behrend § 80 Anm. 21 mit Recht, was es denn sonst für eine Klage sein solle? Ihre Eigentümlichkeiten erklären sich zur Genüge daraus, daß sie nach Beendigung der Gesellschaft angestellt wird. — Der ausscheidende Gesellschafter kann seinen Auseinandersetzungsanspruch auch veräußern (und zwar im Wege der Abtretung; vgl. RG. 18, 43), nicht aber auch die in seinem Gesellschaftsverhältnisse wurzelnden Rechte auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung und auf Rechenschaft über die schwebenden Geschäfte (vgl. Anm. 11 ff. zu § 109).

Anm. 8. δ) Die Möglichkeit, die Berechnung des Abfindungsguthabens anzufechten. Die Berechnung des Guthabens kann, auch wenn sie gemeinschaftlich erfolgte, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefochten werden, indem z. B. dargetan wird, daß die Passiva, welche dem Ausscheidenden angerechnet wurden, in Wahrheit nicht vorhanden, oder umgekehrt in größerer Zahl vorhanden waren. Das berechtigt zur Anfechtung wegen Irrtums, eine Anfechtung, die im Einzelfall dadurch ausgeschlossen sein mag, daß schließlich nicht die Summe der Einzelposten als Abfindungssumme festgestellt wurde, sondern eine Pauschalsumme; eine solche Vereinbarung kann nur noch wie ein Vergleich angefochten werden, nicht einfach dadurch, daß man einen einzelnen Posten der Berechnung anficht. Was die Wertansätze betrifft, so hat die Vorschrift des § 738 Abs. 2: der Wert ist erforderlichenfalls durch Schätzung zu ermitteln, den Zweck, eine endgültige Grundlage für die Auseinandersetzung zu schaffen. Erfolgt daher die Wertansetzung in Gemäßheit des Vertrages oder gemeinschaftlich durch die Gesellschafter (vgl. Anm. 6), so kann eine Anfechtung nicht deshalb erfolgen, weil der Wert sich nachträglich als zu hoch oder zu niedrig herausgestellt habe. Es kann z. B. nicht nachgefordert werden, wenn Außenstände, die man für uneinziehbar hielt, ganz oder zum Teil eingehen oder umgekehrt Außenstände, die man für einziehbar hielt, sich nachträglich als uneinziehbar herausgestellt haben.

Anm. 9. ε) Die Zeit der Auszahlung ist im Gesetze nicht bestimmt. Es entscheidet daher § 271 Abs. 1 BGB. Danach muß zunächst aus den Umständen entnommen werden, ob sich aus diesen nicht eine Zeit für die Leistung ergibt (§ 271 BGB.). Hierbei kommt in Betracht, daß die Gesellschaft, die doch fortbestehen soll, durch die Auskehrung in ihrer Existenz nicht gefährdet werden darf. Das Gericht wird also in der Lage sein, angemessene kurze Fristen zu bestimmen.

ζ) Eine Sicherheit für pünktliche Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens zu fordern, ist der ausscheidende Gesellschafter nicht berechtigt; ebensowenig hat er wegen seiner Abfindungsforderung ein Zurückbehaltungsrecht an der Gesellschaft gehörigen Gegenständen (OLG. Stuttgart in DJZ. 02, 276, welche Entscheidung allerdings für den dort behandelten Fall, der Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter, nicht gebilligt werden kann, in ihren Gründen aber für den Fall der Abfindung eines aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters richtig ist).

Anm. 10. 4. **Die Gesellschaftsschulden** gehen im Innenverhältnis auf die verbleibenden Gesellschafter über. Der Ausscheidende kann verlangen, daß er von den Gesellschaftsschulden befreit werde, also nicht nur, daß er nicht in Anspruch genommen werde, sondern eine ausdrückliche Befreiung von den Schulden (§ 738 Abs. 1 BGB.). Die Gesellschaft ist daher zwar nicht verpflichtet, die Schulden zu bezahlen, muß aber entweder dem Ausscheidenden den Verzicht des Gläubigers auf die Forderung gegen ihn verschaffen oder es können ihm die verbleibenden Gesellschafter statt der Befreiung Sicherheit bestellen, daß er nicht in Anspruch genommen werde. Dasselbe muß für streitige Schulden gelten (Dernburg II § 362 II 2; Planck Anm. zu § 738;

dagegen Goldmann-Lilienthal Anm. 19 zu § 200). Diese Vorschriften können zu großen Belästigungen führen und es wird daher Sache vorsorglicher Vertragsschließung sein, den verbleibenden Gesellschaftern in diesem Punkte Erleichterungen zu verschaffen. Erl. zu § 141.

Die Verpflichtung zur Befreiung und eventuellen Sicherheitsleistung besteht auch dann, wenn sich zu Lasten des ausscheidenden Gesellschafters ein Passivsaldo ergibt. Er hat zwar diesen an die Gesellschaft zu zahlen, aber die Gesellschafter werden dadurch ihrer Verpflichtung, ihn von den Schulden zu befreien oder ihn sicher zu stellen, nicht ledig. Anm. 11.

Haben die Gesellschafter ihrer Verpflichtung nicht genügt, und ist der Ausscheidende dadurch auf Grund seiner Solidarhaft in die Lage gekommen, einen Gläubiger zu bezahlen, so kann er Regreß nehmen gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter (RG. 11, 130), und dies ändert sich auch dadurch nicht, daß der ausscheidende Gesellschafter in Gemeinschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern ein constitutum debiti den Gläubigern gegenüber eingegangen ist (RG. 11, 130). Scheidet der Gesellschafter mit einem Passivsaldo aus, so können die Regreßansprüche einerseits und der Anspruch gegen den ausscheidenden Gesellschafter andererseits gegeneinander aufgerechnet werden. Geraten die verbleibenden Gesellschafter nach dem Ausscheiden des einen in Konkurs, so ist der Regreßanspruch des letzteren dadurch schlecht gestellt, daß er im Konkurse neben dem Anspruch des Gläubigers nicht angemeldet werden kann und nach Abschluß eines Zwangsvergleichs insoweit beseitigt ist, als der Gläubiger in Gemäßheit des Zwangsvergleichs befriedigt ist; wegen des Ausfalls, den der ausscheidende Gesellschafter infolge seiner Solidarhaft über die Akkordquote hinaus an den Gläubiger zahlt, besteht kein Regreßanspruch für ihn (RG. 14, 178). Andererseits ermäßigt der Zwangsvergleich, welchen die verbleibenden Gesellschafter schließen, die Verpflichtungen des Ausgeschiedenen nicht (RG. 29, 39; vgl. Anm. 28 zu § 128 und Anm. 18 zu § 129). Anm. 12.

Zusatz 1. Die Gesellschafter können Abweichendes vereinbaren. Die Bestimmungen des § 738 BGB. sind dispositiv (ebenso Goldmann-Lilienthal Anm. 25 zu § 200; Planck Anm. zu § 738). Sie können z. B. hinsichtlich der Grundlage der Berechnung (Anm. 5) vereinbaren, daß die Buchwerte maßgebend sein sollen; es kann sich dies auch schon aus dem Gesellschaftsvertrage oder aus der Betätigung der Gesellschaftsrechte ergeben; die Gesellschafter können Abfindungen in bestimmten Gegenständen oder umgekehrt Abfindungen für Gegenstände, die der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen sind, in Geld vereinbaren usw. Anm. 13.

Zusatz 2. Das Verhältnis des ausscheidenden Gesellschafters gegenüber den Gläubigern ist hier nicht erörtert. Hierüber §§ 128, 129 (vgl. Anm. 13ff. zu § 129) und 159. Über die Haftung aus zweiseitigen Verträgen, die der Gläubiger erst nach seinem Ausscheiden zu Händen der Gesellschaft erfüllt, s. Anm. 1 zu § 26. Anm. 14.

Zusatz 3. Häufig werden dem ausscheidenden Gesellschafter auch Konkurrenzverbote auferlegt. Hierüber s. Anm. 33ff. zu § 22, dazu aber noch Anm. 8 zu § 112. Anm. 15.

II. Die Verpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters zum Ersatze eines Fehlbetrages. Anm. 16.

Dies ist im § 739 BGB. behandelt. Derselbe lautet:

„Reicht der Werth des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Antheils am Verlust aufzukommen."

1. Diese Passivseite war vom alten HGB. nicht berücksichtigt. Die Vorschrift des BGB., welche diese Lücke ausfüllen soll, paßt für die o. H. G. insofern nicht ganz, als hier die Verteilung des Verlustes auf die einzelnen Gesellschafter nicht erst am Schlusse der Gesellschaft, sondern in jedem Jahre stattfindet. Am Schlusse der Gesellschaft, also hier beim Ausscheiden, werden bei der o. H. G. die Konten in derselben Weise reguliert, wie bei jeder Jahresbilanz (vgl. § 154 u. Erl. dazu). Der Verlust wird unter alle Gesellschafter verteilt nach Maßgabe ihres vertragsmäßigen Anteils am Verluste. Anm. 17.

2. Ergibt sich hiernach für den ausscheidenden Gesellschafter ein Passivsaldo, so ist dies eine reine Geldschuld des Ausscheidenden an die Gesellschaft. Auf sein Recht auf Befreiung von Anm. 18.

Erl. zu § 141. den Verbindlichkeiten der Gesellschaft hat das Vorhandensein eines Passivsaldos keinen Einfluß (vgl. Anm. 11).

Anm. 19. 3. Außer diesem Passivsaldo hat er alles zu zahlen, was er sonst der Gesellschaft schuldet, so z. B., wenn er unbefugt Geld der Gesellschaftskasse entnommen hat. Auch hierfür haftet er als persönlicher Schuldner. Er ist nicht berechtigt, zu verlangen, daß diese Schulden von seinem Aktivsaldo abgezogen werden, muß sie vielmehr, wenn sein Gesellschaftsguthaben noch nicht fällig ist, unbekümmert um dessen Höhe an die Gesellschaftskasse zahlen (ROHG. 24, 48).

Anm. 20. 4. Eine dem Satz 2 des § 735 entsprechende Vorschrift, daß, wenn von einem Gesellschafter der auf ihn enfallende Betrag nicht erlangt werden kann, die übrigen Gesellschafter den Ausfall zu tragen haben, ist hier nicht gegeben.

III. Die Rechte des Ausscheidenden in bezug auf schwebende Geschäfte.

Anm. 21. Hierüber bestimmt § 740 BGB. Derselbe lautet:

„Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste Theil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen."

1. Rechtliche Beteiligung an den Abwicklungsgeschäften, Ausschluß von der Beteiligung an den sonstigen Geschäften.

Anm. 22. a) Durch diese Bestimmung der Teilnahme an den Abwicklungsgeschäften soll keinerlei Gesellschaft begründet werden oder als fortgesetzt gelten (Behrend § 80 Anm. 22). Die Vorschrift hat nichts weiter zu bedeuten, als daß dem ausscheidenden Gesellschafter bei der definitiven Berechnung und Auszahlung seines Guthabens das Ergebnis der Abwicklungsgeschäfte anteilsweise gut gerechnet oder zu Lasten geschrieben wird. Aber er hat aufgehört Gesellschafter zu sein und hat daher auch bei den Geschäften, an denen er beteiligt bleibt, nicht die Stellung eines Gesellschaftsmitgliedes: weder hat er die Rechte in betreff der Geschäftsführung, noch das Kontrollrecht des § 118 (Goldschmidt in ZHR. 29, 377), andererseits hat er auch keine Pflicht zur Mittätigkeit, und ist auch nicht mehr dem Konkurrenzverbot aus § 112 unterworfen. Daß er für schwebende Verbindlichkeiten Sicherheit zu leisten habe, ist nicht anzunehmen.

Anm. 23. b) Die Vorschrift betrifft nur das Verhältnis nach innen. Nach außen haftet er für die später entstehenden Verbindlichkeiten nicht, wenn nur die Voraussetzungen des § 15 vorliegen (RG. in JW. 00, 663[17]); insbesondere also tritt keine Haftung für Prolongationswechsel, die nach dem Austritt gegeben sind, ein (RG. in JW. 02, 445[10]). Auch die notwendigen Abwicklungsgeschäfte, welche in diesem Absatz vorgesehen sind, werden zwar mit für seine Rechnung, aber nicht in seinem Namen gemacht. Er haftet daher aus ihnen dem Dritten nicht (Behrend § 80 Anm. 27; Hahn § 4 zu Art. 130). Daraus folgt umgekehrt, daß er sich dem Dritten gegenüber auf diese Rechtsgeschäfte nicht ohne weiteres berufen kann. so z. B. wenn die fortgesetzte Gesellschaft vergleichsweise einen Schuldnachlaß erwirkt hätte, Vielmehr entscheiden hierüber entsprechend die Bestimmungen für Korrealobligationen; vgl. über diese Anm. 6 ff. zu § 128 (anders ROHG. 15, 204; Behrend § 80 Anm. 27). Behrend ist in dieser Hinsicht nicht folgerichtig. Puchelt (Anm. 7 zu Art. 130) nimmt in beiden Hinsichten (Haftung und Vorteil) das Gegenteil an. Das ist konsequent, jedoch nicht zutreffend. Über den Fall des Zwangsvergleichs der fortgesetzten o. H. G. s. oben Anm. 12.

Anm. 24. c) Die Vorschrift betrifft die Geschäfte, die die unmittelbare Folge dessen darstellen, was schon geschehen ist; es muß sich das, was nunmehr geschieht, als Abwicklung eines bereits schwebenden Geschäfts darstellen, so z. B. wenn Differenzen über ein Geschäft durch Vergleich beigelegt werden (ROHG. 15, 204).

Anm. 25. d) Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf die notwendigen Abwicklungsgeschäfte. Sonstige spätere Geschäfte gehen den Ausgeschiedenen nichts an, und es ist nicht richtig, wenn

Gareis-Fuchsberger (263 Note 197) behaupten: er nehme noch an den Geschäften teil, welche von einem geschäftsführenden Gesellschafter vor erlangter Kunde von dem Ausscheiden oder dem Ausschlusse für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen seien. Auf dieses Moment kommt es in keiner Weise an. **Erl. zu § 141.**

e) Als schwebende Geschäfte gelten z. B. auch Lieferungsverträge, die zur Zeit des Austritts abgeschlossen, aber noch nicht ausgeführt sind (RG. 56, 16). Anm. 26.

2. **Erledigung der Abwicklungsgeschäfte durch die verbleibenden Gesellschafter.** Hinsichtlich der noch schwebenden Geschäfte werden die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters durch die verbleibenden gewahrt. Ihrer Geschäftsführung ist er unterworfen (RG. 15, 81), jedoch nur ihrem vernünftigen Ermessen; böser Wille oder Willkür darf sie nicht leiten. Daß sie sorgfältig und nicht willkürlich zu verfahren haben, folgt schon aus der im Abs. 2 erwähnten Rechnungslegungspflicht, desgleichen folgt hieraus ihre diesbezügliche Beweispflicht. Eine Vergütung für ihre Abwicklungstätigkeit können die verbleibenden Gesellschafter nicht fordern. Die Tätigkeit ist ein gesetzlicher Teil ihrer Gesellschaftereigenschaft. Daraus folgt zugleich, daß sie, wie Gesellschafter, für diligentia quam suis haften (Puchelt Anm. 8 zu Art. 130). Anm. 27.

3. **Anspruch auf jährliche Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte.** Anm. 28.

a) **Rechenschaft über die beendigten Geschäfte.** Die Rechenschaft muß den Erfordernissen des § 259 BGB. entsprechen. Durch die Vorlegung der ordnungsmäßig geführten Bücher und Schriften wird diesem Erfordernisse wohl meist genügt sein (ROHG. 25, 344), womit aber nicht gesagt sein soll, daß der ausgeschiedene Gesellschafter ein unbedingtes Recht auf Vorlegung der Bücher hat. Dieses hat er vielmehr nicht, da er nicht mehr Gesellschafter ist, und wenn ihm die Gesellschafter nur sonst ordnungsmäßig und erschöpfend Rechnung legen, so können sie dies auch auf andere Weise tun (ROHG. 25, 344). So auch RG. 15, 80, welches Urteil dem Gesellschafter das Recht auf Vorlegung der Inventare und Bilanzen, die bis zu seinem Ausscheiden aufgenommen sind, versagt.

b) **Auszahlung des Guthabens aus dem beendigten Geschäfte.** Die Höhe desselben wird er wohl meist der gelegten Rechnung entnehmen, und gerade dazu dient die Rechnungslegung. Allein, wenn er das Guthaben anderweit berechnen kann, so ist er berechtigt, es auch ohne dies einzuklagen (vgl. Bolze 4 Nr. 795, 13 Nr. 490, 17 Nr. 513). Auch kann er auf Rechnungslegung klagen und im Prozesse den Antrag umändern in einen Antrag auf Zahlung (vgl. RG. in JW. 97, 603), auch kann er endlich auf Rechnungslegung und Zahlung dessen, was die Rechnung ergeben werde, klagen (§ 254 CPO.). Anm. 29.

c) **Auskunft über die noch schwebenden Geschäfte.** Hier kann er nicht Rechnungslegung, sondern nur Auskunft verlangen. Anm. 30.

Zusatz 1. Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters werden häufig Konkurrenzverbote vereinbart. Über diese siehe Anm. 15. Anm. 31.

Zusatz 2. Entsprechende Grundsätze, wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters, greifen **Platz: in dem Falle, wo ein Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt** (vgl. § 142 Abs. 3 und RG. 56, 16). Hierüber Anm. 4 zu § 142. Anm. 32.

Zusatz 3. Stempelfrage. Nach dem preußischen Stempelgesetz, Tarifnummer 25d ist der Abfindungsvertrag mit einem Gesellschafter mit 1/50 %, wenn aber hierbei Grundstücke, bewegliche Sachen oder Forderungen überlassen werden, mit 1 %, 1/3 %, 1/50 % zu versteuern (vgl. RG. 45, 218). Anm. 33.

§ 142.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren **§ 142.**

§ 142. Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugniß Gebrauch, oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph eröffnet bei einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft dem einen Gesellschafter die Möglichkeit, auf Grund eigener Entschließung, ohne Vereinbarung mit dem anderen Teil, das Geschäft für sich zu behalten, wenn in der Person des anderen Gesellschafters sich Tatsachen ereignen, welche zur Auflösung Anlaß geben.**

Anm. 1. 1. **Der erste Fall ist, daß Ausschließungstatsachen vorliegen.** Näheres über den Inhalt und den Antrag der in solchem Falle zu erhebenden Klage, über die Begründung derselben, insbesondere die Ausschließungsgründe, hier Beseitigungsgründe, über die Frage, inwieweit der Gesellschaftsvertrag die gesetzlichen Erfordernisse, insbesondere die Ausschließungsgründe und die Zulässigkeit der Klage erweitern oder einschränken kann, über Beispiele von Ausschließungsgründen, über vorläufige Regelung der mißlichen Schwebezustände durch einstweilige Verfügungen s. Anm. 1 ff. zu § 140, wo alles dies bei der Ausschließungsklage im Falle des Verbleibens mehrerer Gesellschafter erörtert ist. Es gelten hier überall die entsprechenden Grundsätze. (Wegen des Klageantrages vgl. jedoch unten Anm. 2.) Das gleiche gilt von den Wirkungen der Ausschließung (insbesondere auch von der etwaigen Verpflichtung zum Schadensersatze) und von der Art der Auseinandersetzung. Auch hier gelten die zu § 140 und im Exk. zu § 141 erörterten Grundsätze entsprechend; doch ist in dieser Hinsicht, also in bezug auf die Wirkungen der Beseitigung eines Gesellschafters und der Art der Auseinandersetzung mit ihm noch folgendes zu bemerken:

Anm. 2. In solchem Falle ist der unschuldige Teil berechtigt, statt auf Auflösung, auf Geschäftsübernahme zu klagen. Der Antrag geht dahin: zu erkennen, daß Kläger berechtigt ist, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Das bedeutet nicht etwa, wie Makower I 279, und Lehmann-Ring Nr. 4 annehmen, daß der Kläger nunmehr noch das Recht hat, zu erklären, ob er das Geschäft übernehmen will oder nicht. Vielmehr hat er dieses Recht durch die Erhebung der Klage ausgeübt, und durch den Urteilsspruch ist ihm dieses Recht zugesprochen. Damit ist der von ihm gewollte Zustand eingetreten und auf die hieraus entstandenen Rechtsfolgen hat auch der beseitigte Gesellschafter ein Recht und ein Interesse; denn er erhält nunmehr das Recht, sein Auseinandersetzungsguthaben zu verlangen. Was die Firma betrifft, so regelt es sich nach § 24, ob der Übernehmer berechtigt ist, sie zu behalten.

Anm. 3. Streitig ist die Frage, wie rechtlich die Übernahme des Geschäfts gemäß § 142 zu konstruieren ist. In der 6./7. Aufl. ist in Übereinstimmung mit Goldmann (Anm. 15); Lastig (31 ff.); OLG. Stuttgart (in DJZ. 02, 276) eine Universalrechtsnachfolge angenommen, was das RG. (J. 24 A. 113), allerdings, ohne sich zu entscheiden, für sehr zweifelhaft erklärt. Lehmann-Ring (Nr. 4); Lehmann (in ZHR. 50, 36) bekämpfen diese Ansicht und nehmen an, daß zur Übertragung der einzelnen Vermögensstücke besondere Übertragungsakte nötig sind. Das Gesetz gibt eine zweifelsfreie Entscheidung nicht. Nach Abs. 1 ist der Über-

nehmer „für berechtigt erklärt, das Geschäft zu übernehmen". Dieser Wortlaut spricht gegen die Universalnachfolge. Eine solche tritt kraft Gesetzes ein; gibt dagegen das Gesetz nur das Recht auf Übernahme, so tritt diese erst durch die Erklärung des Übernehmenden und die durch den Richter ergänzte Erklärung des Übertragenden, also durch Willenseinigung, ein. **§ 142.**

Dagegen kann für die Universalnachfolge Abs. 3 angeführt werden; denn nach diesem sollen die Vorschriften über Auseinandersetzung mit einem Ausscheidenden entsprechende Anwendung finden. Zu diesen Vorschriften gehört aber § 738 BGB., nach dem der Anteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Dem gegenüber ist aber auf das Wort „entsprechende" hinzuweisen. Die Vorschriften über Auseinandersetzung sollen nur soweit gelten, als sie für § 142 anwendbar sind. § 738 aber spricht ausdrücklich von einem Ausscheiden aus einer Gesellschaft, setzt also voraus, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben (vgl. auch Goldmann-Lilienthal 780 Anm. 16; OLG. Dresden in sächs. OLG. 25, 35).

Mit Rücksicht hierauf, sowie in Erwägung, daß eine Universalrechtsnachfolge eine Ausnahme bildet, die das Gesetz ausdrücklich bestimmen muß, daß ferner für den Fall der vereinbarten Übertragung des Geschäfts an einen Gesellschafter die Praxis jetzt ziemlich einstimmig die Annahme einer Universalsukzession verwirft (Anm. 9 zu § 145), muß auch hier von einer solchen abgesehen werden. Es ist daher eine Übertragung der einzelnen Objekte durch Abtretung, Übergabe, Auflassung erforderlich (so für früheres Recht KGJ. 11, 126 ff.).

Anm. 4. Im übrigen macht die entsprechende Anwendung der für das Ausscheiden des Gesellschafters gegebenen Auseinandersetzungsvorschriften keine Schwierigkeiten. Diese sind im Erl. zu § 141 dargelegt. Auch hier ist der Wert des gemeinschaftlichen Vermögens zur Zeit der Erhebung der Klage zugrunde zu legen, wobei der wahre Wert, nicht etwa der Buchwert zugrunde zu legen ist (Anm. 5 im gedachten Erl.), der Anspruch auf die Abfindungssumme ist eine reine Geldschuld des Übernehmens (Anm. 7 daselbst), es besteht unter Umständen die Anfechtungsmöglichkeit (Anm. 8 daselbst), es gilt das gleiche hinsichtlich der Zeit der Auszahlung (Anm. 9 daselbst) über die Verpflichtung zur Befreiung des Ausscheidenden von den Gesellschaftsschulden (Anm. 10 daselbst), über das Verhältnis des Ausscheidenden zu den Gläubigern (Anm. 14 daselbst), über die Verpflichtung zur Erstattung eines Fehlbetrages (Anm. 16 daselbst), und über das Verhältnis bei schwebenden Geschäften (Anm. 21 daselbst). Über die Beibehaltung der Firma vgl. Anm. 2 zu § 24.

Anm. 5. 2. **Zweiter Fall oder vielmehr zweiter und dritter Fall:** Ein Gläubiger eines Gesellschafters kündigt die Gesellschaft auf Grund des § 135 und ein Gesellschafter gerät in Konkurs. Auch in diesen beiden Fällen ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft zu übernehmen mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht. Die Übernahme erfolgt hier durch eine einfache Erklärung entsprechend § 141, nicht erst durch gerichtliche Entscheidung. Ist diese Erklärung abgegeben, so vollzieht sich der Eigentumserwerb durch Übergabe der beweglichen Sachen, Abtretung der Forderungen, Indossierung der Wechsel, Auflassung der Grundstücke.

Darüber, in welchen Zeitpunkten diese Erklärung abzugeben ist, gilt dasselbe, wie zu § 141 (vgl. daher Anm. 1 u. 4 zu § 141).

Für die Einzelheiten der Auseinandersetzung gilt auch hier das im § 141 Gesagte (vgl. Anm. 4). Dabei ist die Vermögenslage zugrunde zu legen, die auch im Falle des § 141 maßgebend ist. Insoweit soll § 141 offensichtlich entsprechende Anwendung finden (vgl. Makower I 280).

Anm. 6. Für den Fall, daß ein Gesellschafter kündigt, ist eine dem § 142 entsprechende Vorschrift nicht gegeben.

Anm. 7. **Zusatz. Übergangsfrage.** Die Vorschriften betreffen das innere Verhältnis der Gesellschaft und haben keinen ausschließenden Charakter. Sie gelten daher für die am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaftsverträge nicht ohne weiteres (vgl. Anm. 46 zu § 105 und Anm. 22 zu § 109, sowie OLG. Dresden bei Bauer 10, 40 und RG. in OLGR. 3, 342).

§ 143.

§ 143. Die Auflösung der Gesellschaft ist, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft eintritt, von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt von dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

Ist anzunehmen, daß der Tod eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge gehabt hat, so kann, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, die Eintragung erfolgen, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Auflösung und des Ausscheidens zum Handelsregister an.

Anm. 1. 1. Vorweg ist zu bemerken, daß die Vorschrift zunächst allerdings einen rechtspolizeilichen Charakter hat, daß aber auch die Parteien gegeneinander ein Zivilrecht auf Bewirkung der Anmeldung haben. Dieses Zivilrecht kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft nicht eingetragen war; auch in diesem Falle besteht ein großes Interesse daran, daß die Auflösung eingetragen werde, um die sich aus § 15 ergebenden mißlichen Folgen der nicht erfolgten Eintragung der Auflösung zu beseitigen und um die Verjährung aus § 159 beginnen zu lassen (ROHG. 22, 201; 23, 227; weitere Zitate in Anm. 4 zu § 15). Da das Recht auf Eintragung im öffentlichen Rechte wurzelt und es sich nicht um synallagmatische Verpflichtungen handelt, so kann der andere Gesellschafter die verlangte Mitwirkung bei der Eintragung nicht mit dem Hinweis darauf verweigern, daß der sie verlangende Gesellschafter seine Zahlungsverpflichtung nicht erfüllt habe. Über die Eintragung auf Grund einer Entscheidung siehe § 16.

Anm. 2. 2. **Was ist einzutragen?** Nach Abs. 1 die Auflösung, nach Abs. 2 das Ausscheiden eines Gesellschafters. Unter der Auflösung ist auch die Auflösung nach Ablauf der Zeit zu verstehen, auch wenn der Endpunkt der Gesellschaft bereits eingetragen war. Das ist selbstverständlich und ist deshalb nicht mehr, wie früher, hervorgehoben worden (D. 109). Das Ausscheiden umfaßt das freiwillige und unfreiwillige Ausscheiden, die Ausschließung ist nicht besonders hervorgehoben. Im Falle des Konkurses der Gesellschaft ist die Auflösung nicht anzumelden, die Eröffnung des Konkurses wird von Amts wegen eingetragen (§§ 6 und 32 HGB.; § 112 KO.). Gemeint ist aber nur der Fall, wo der Konkurs der Gesellschaft die Auflösung zur Folge hat, nicht auch der Fall, wo der Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge hat; hier greift vielmehr die Vorschrift der Anmeldung wieder Platz.

In allen jenen Fällen, in denen die Gesellschaft aufgelöst wird, das Geschäft aber auf einen der Gesellschafter übergeht (z. B. § 142; vgl. Anm. 6 zu § 138; auch Anm. 9 zu § 145) ist die Auflösung der Gesellschaft einzutragen und ferner, daß das Handelsgeschäft auf einen der Gesellschafter übergegangen ist, der es nunmehr unter der Firma N. N. fortsetzt. Die Fassung der Eintragung, daß der eine Gesellschafter ausscheidet, ist in diesem Falle nicht korrekt, aber auch nicht gerade wirkungslos, weil ersichtlich ist, was gemeint ist (ROHG. 21, 193).

Die Übertragung ist auch dann einzutragen, wenn die Gesellschaft selbst nicht eingetragen war (vgl. Anm. 1).

Anm. 3. 3. **Wer hat die Anmeldung zu bewirken?** Regelmäßig alle Gesellschafter, auch der Ausscheidende (D. 110), auch die Erben eines verstorbenen Gesellschafters. In letzterer Hinsicht schafft Abs. 3 eine Erleichterung: soweit der Mitwirkung eines Erben besondere Hindernisse entgegenstehen, kann die Eintragung ohne diese Mitwirkung erfolgen. Vorausgesetzt ist dabei, daß der Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen und im übrigen die Tatsache der Auflösung

Zweifeln nicht unterliegt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so muß von der Mitwirkung § 143.
des besonders behinderten Erben abgesehen werden. Denn das Wort „kann" bedeutet, daß, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die Behörde so verfahren muß (Planck I Einl. 27). Ist von mehreren Erben der eine verhindert, so ist nur von dessen Mitwirkung abzusehen. Über den Fall, daß ein Gesellschafter zur Mitwirkung verurteilt ist, siehe § 16. Wenn die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird, so tritt diese Erleichterung nicht ein.

4. **Über die Form der Anmeldung und sonstige Modalitäten derselben** s. §§ 12—14. Anm. 4.

Der Registerrichter ist auch berechtigt, das Zwangsverfahren gegen einzelne Gesellschafter einzuleiten, wenn diese die Anmeldung weigern, die andern aber hierzu bereit sind (LG. Hamburg bei Holdheim 13, 198); nicht aber dann, wenn gegen einzelne Gesellschafter etwa wegen Nichtkenntnis des Aufenthalts das Verfahren nicht möglich ist (Marcus eb. 30).

Zusatz 1. Über die Wirkungen der Nichteintragung und der Eintragung der Auflösung und des Ausscheidens läßt sich dieser Paragraph im Gegensatz zum früheren Art. 129 nicht aus. Das war jetzt überflüssig, weil der § 15 diesen Gegenstand jetzt allgemein regelt. Doch soll dieser Gegenstand hier speziell mit bezug auf die Auflösung der o. H. G. kurz erörtert werden: Anm. 5.

a) **Die nicht erfolgte Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung oder des Ausscheidens** hat auf das Rechtsverhältnis selbst keinen Einfluß. Die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Die Auflösung wirkt aber nicht gegen Dritte, außer wenn diese sie gekannt haben.

α) Die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Das gilt insbesondere für das innere Verhältnis unter den Gesellschaftern. Und es gilt dies ferner für das Verhältnis der Gesellschafter gegenüber dem öffentlichen Recht, z. B. in bezug auf die Pflicht zur Buchführung. Anm. 6.

β) Aber im Verhältnis zu Dritten, welche mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr treten, gilt das eingetragene oder sonst kundgewordene Gesellschaftsverhältnis als fortbestehend. Es haften daher z. B. die Erben des verstorbenen Gesellschafters für die nach dem Tode ihres Erblassers kontrahierten Gesellschaftsschulden gegenüber dem Gläubiger, der den Tod und also die dadurch erfolgte Auflösung der Gesellschaft nicht gekannt hat. Dagegen geht die Wirkung der Eintragung nicht soweit, daß Verträge, die ein ausgeschiedener Gesellschafter vor Eintragung seines Ausscheidens für seine Person abgeschlossen hat, als solche gelten, die er als Mitgesellschafter abschloß. Die Wirkung des § 15 Dritten gegenüber beschränkt sich vielmehr nur auf für die Gesellschaft abgeschlossene Verträge. Aus ihnen haftet die Gesellschaft, falls sie der Ausgeschiedene abgeschlossen und der Ausgeschiedene, falls die Gesellschaft sie abgeschlossen hat (RG. in JW. 00, 253[8]). Anm. 7.

Auch auf nicht eingetragene Gesellschaften finden die Vorschriften Anwendung. Auch nicht eingetragene Handelsgesellschaften müssen sich nachträglich anmelden und alsdann löschen lassen (s. Anm. 1), widrigenfalls die Handelsgesellschaft als fortbestehend gilt und die früheren Inhaber derselben trotz ihres Ausscheidens für die unter der Gesellschaftsfirma nachträglich kontrahierten Schulden fortgesetzt haften — und zwar bei Vertragsschulden ex contractu — (vgl. Anm. 12 zu § 15; Bolze 17 Nr. 516; RG. in KGBl. 91, 94 und KG. bei Bauer 9, 42).

γ) Das ändert sich erst, wenn der Dritte die Auflösung kannte. Es genügt nicht, daß er sie hat kennen müssen. Das Kennen aber braucht sich nur auf diejenigen Tatsachen zu beziehen, welche den Auflösungsgrund bilden; z. B. den Tod des Gesellschafters, es sei denn, daß der Dritte Veranlassung hatte, anzunehmen, es werde trotz des Eintritts des Auflösungsgrundes die Gesellschaft fortgesetzt (ROHG. 19, 17; 21, 374). Anm. 8.

Wann Kenntnis anzunehmen ist, ist Tatfrage. Man kann nicht sagen, wie dies von Behrend § 78 Anm. 21 geschieht, daß die von einem Gesellschafter allein ausgehende Kenntnis in der Regel hierzu nicht ausreichend sei. Anm. 9.

Die Kenntnis des Gläubigers von der eingetretenen Auflösung oder dem erfolgten Ausscheiden befreit die ausscheidenden Gesellschafter von der Haftung für fernere Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Bei Schulden, die Anm. 10.

§ 143. zweifelsohne erst nach dieser Kenntnis zur Entstehung gelangen, bietet die Anwendung dieses Satzes keine Schwierigkeiten. Für zweifelhafte Fälle dienen folgende Beispiele: Ein Gläubiger, der einer offenen Handelsgesellschaft einen laufenden Kredit gewährt hat, sei es auch auf Grund eines allgemeinen Kreditversprechens, kann die ausgeschiedenen Gesellschafter für die nach ihrem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden von der Gesellschaft eingegangenen, jenem allgemeinen, Kreditverhältnisse, unterworfenen Verbindlichkeiten nicht haftbar machen (RG. 4, 82). Beläßt der Hinterleger von Wertpapieren nach dem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters den übrigen das Depot, so kann er sich wegen einer späteren Veruntreuung an den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht halten. Es liegt in solchem Verhalten das Einverständnis damit, daß die neue Gesellschaft fortan allein als Verwahrerin der Papiere zu betrachten sei (ROHG. 19, 18). Aber es ist das nicht auszudehnen auf den Fall, wo eine einfache Geldschuld den verbleibenden Gesellschaftern weiter kreditiert ist (vgl. hierüber Anm. 1 zu § 26 und Anm. 17 zu § 129).

Anm. 11. Die erlangte Kenntnis von der eingetretenen Auflösung steht aber in bezug auf die Frage der Verjährung der bereits bestehenden Verpflichtung nach § 159 der Eintragung nicht gleich.

Anm. 12. b) **Die erfolgte Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung** wirkt gegen jeden Dritten, sofern er nicht nachweist, daß er die Tatsache weder gekannt hat, noch habe kennen müssen (vgl. Anm. 7 zu § 15), ein Präjudiz, welches auf den Konkursfall nicht Platz greift. Die Konkurseröffnung hat ihre selbständige, in anderen Gesetzen geregelte Wirkung (§ 32 und die Erl. dazu).

Daß in der Verjährungsfrage die Eintragung allein entscheidend ist, darüber vgl. § 159.

Anm. 13. c) Die Wirkungen der nicht erfolgten Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung sind durch den § 5 nicht verändert oder verstärkt. Denn nach diesem Paragraphen kann ja der Einwand gemacht werden, daß der Eingetragene überhaupt kein Handelsgewerbe betreibt. Eine aufgelöste Handelsgesellschaft betreibt aber kein Handelsgewerbe. Die aufgelöste Handelsgesellschaft gilt also nicht etwa wegen des § 5 trotz Auflösung schlechtweg als o. H. G., sondern sie gilt es nur unter den Voraussetzungen des § 15 (vgl. hierüber noch den Erl. zu § 5).

Anm. 14. d) Daß die Anwendung des § 15 nicht nur die Bedeutung hat für solche Fälle, in denen die Kenntnis der Auflösung oder des Ausscheidens für das Verhalten des Dritten und die durch dieses Verhalten beeinflußten Rechte und Verbindlichkeiten von irgend welcher Bedeutung sein kann, darüber s. Anm. 3 zu § 15.

Anm. 15. **Zusatz 2. Verschieden von der Eintragung der Auflösung ist die Eintragung des Erlöschens der Firma.** Darüber s. zu § 157.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Die Vorschriften finden natürlich auch Anwendung auf offene Handelsgesellschaften, welche am 1. Januar 1900 bestehen. Denn sie betreffen das Verhältnis zu Dritten (vgl. Anm. 5 zu § 107).

§ 144.

§ 144. Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Die Fortsetzung ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der vorliegende Paragraph eröffnet die Möglichkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung derselben.

Anm. 1. 1. Diese Fortsetzung ist bereits in Anm. 2 zu § 131, 47 ff. zu § 105 behandelt. Sie kann nicht nur in den im vorliegenden Paragraphen bezeichneten Fällen, sondern

auch in anderen Fällen stattfinden, in welchen die o. H. G. durch irgend ein Ereignis aufgelöst ist. Dies ist bereits in Anm. 2 zu § 131 hervorgehoben worden. § 144.

2. Der Konkurs löst an sich die Gesellschaft auf und die Gesellschaft bleibt an sich aufgelöst, auch wenn der Konkurs nachträglich durch Einstellung oder Zwangsvergleich aufgehoben wird. Aber der vorliegende Paragraph eröffnet eben die Möglichkeit, die aufgelöste Gesellschaft fortzusetzen. Anm. 2.

3. Die Fortsetzung bewirkt, daß die Gesellschaft wieder in eine o. H. G. umgewandelt wird. Die „Fortsetzung" liegt darin, daß es dieselbe Gesellschaft ist, welche aus einer Abwicklungsgesellschaft nunmehr wieder in eine o. H. G. zurückverwandelt wird. Es bleibt also die Identität der Gesellschaft trotz Änderung ihres rechtlichen Charakters. Anm. 3.

Deshalb haftet sie auch für die Schulden der früheren Gesellschaft, insbesondere auch für die im Zwangsvergleich vereinbarte Vergleichssumme (RG. 28, 133). Die früheren Vertretungs- und Geschäftsführungsverhältnisse sind durch die eingetretene Auflösung beseitigt; sie müssen nunmehr von neuem geregelt werden oder aber es greifen die gesetzlichen Vorschriften hierüber Platz.

4. Der Beschluß folgt den Regeln des § 119, es ist also auch Mehrheitsbeschluß zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Andererseits genügt auch tatsächliche Fortsetzung mit Zustimmung aller Gesellschafter (RG. 28, 134). Anm. 4.

5. Die Anmeldung ist von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken (näheres über die Anmeldung §§ 12—14). Gültigkeitserfordernis ist dies nicht Die Gesellschaft ist vielmehr von dem Fortsetzungsbeschlusse an wiederum eine o. H. G., außer wenn es sich um eine o. H. G. auf Grund des § 2 oder des § 3 Abs. 2 handelt und die Firma bereits gelöscht ist. Anm. 5.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Vorschrift deckt sich mit dem, was nach früherem Recht angenommen wurde (vgl. 5. Aufl. § 1 zu Art. 123), weshalb für die Übergangszeit nichts zu bemerken ist. Anm. 6.

Fünfter Titel.

Liquidation der Gesellschaft.

§ 145.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist. § 145.

Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß die regelmäßige Folge der Auflösung die Liquidation ist, und ordnet an, wann sie unterbleibt und unterbleiben darf. Einleitung.

Vorauszuschicken ist der Erläuterung eine **Vorbemerkung** darüber, daß sich die Liquidation nicht auf den Einzelkaufmann bezieht, und ferner eine Betrachtung des **Wesens** in Liquidation.

1. **Daß sich die Bestimmungen über die Liquidation nicht auf den Einzelkaufmann beziehen,** brauchte eigentlich nicht besonders hervorgehoben zu werden (RG. 1, 265). Denn das Wesentliche der Liquidation liegt in der Abwicklung der gemeinsamen Rechtsbeziehungen, und dieses Charakteristikum fällt beim Einzelkaufmann fort. Die Geschäftswelt spricht dennoch von einem Liquidieren des Geschäfts auch bei Einzelfirmen. Eine Eintragung dieses Zustandes, z. B. dann, wenn der Einzelkaufmann die Liquidation seines Geschäfts einem Gläubigerausschuß überläßt, ist nicht zulässig (OLG. Nürnberg in BuschA. 24, 285). Die Rechtsstellung eines solchen Liquidators ist die eines Mandatars, und zwar eines Anm. 1.

§ 145. Mandatars des Gemeinschuldners, wenn dieser allein ihn bestellt hat, eines Mandatars des Gemeinschuldners **und** der Gläubiger, wenn er von beiden Teilen bestellt ist. Letzteres liegt in dem im Handelsverkehr sehr häufigen Fall vor, daß die Liquidation erfolgt auf Grund eines Arrangements mit den Gläubigern zum Zwecke der Abwendung des Konkurses. In solchem Falle ist der Liquidator sowohl dem Gemeinschuldner, als auch den Gläubigern, und zwar jedem einzeln, verantwortlich für die ordnungsmäßige Verwaltung und Verwertung der Masse und für gleichmäßige Verteilung der Masse an die Gläubiger. Ein derartiges Arrangement ist an sich widerruflich, jedoch kann auf Widerruf verzichtet werden.

Bei der **stillen Gesellschaft** nimmt das RG. (JW. 00, 19[31]) die Möglichkeit einer Liquidation an, falls solche vereinbart ist.

Anm. 2. 2. **Inhalt und juristisches Wesen der Liquidation.** Ihr **Inhalt** besteht darin, daß eine Abwickelung gewählt wird, bei welcher für gemeinschaftliche Rechnung und im gemeinsamen Namen die laufenden Geschäfte beendigt, die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt, die Forderungen derselben eingezogen und das Vermögen der Gesellschaft versilbert wird (§ 149). **Alles dies geschieht aber nicht in Form eines gerichtlichen Verfahrens.** Das Gericht hat dabei in keiner Weise mitzuwirken, und sei es auch nur durch Ausübung einer Aufsicht (Hahn § 2). Die in der Geschäftswelt oft gebrauchte Bezeichnung „gerichtliche Liquidation" ist daher nicht am Platze. **Auch kann eine wirklich gerichtliche Liquidation von keinem Gesellschafter gefordert werden, auch nicht im Streitfalle.**

Anm. 3. **Aus diesem Inhalte der Liquidation ergibt sich ihr juristisches Wesen.** Durch die Auflösung wird die produktive Tätigkeit der Gesellschaft beendet; der Personenverband, sowie die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens verbleibt dagegen (RG in JW 01, 654[13]; KGJ 27 A S. 276; 25 A S. 78; Lastig 44); es tritt durch die Liquidation lediglich eine Änderung in der Organisation der Gesellschaft ein, die im übrigen zum Zweck der Liquidation als fortbestehend gilt (vgl. § 730 Abs. 2 BGB., RG. 54, 281). Diese Liquidationsgesellschaft unterscheidet sich demnach von der o. H. G. nur dadurch, daß sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt oder wenigstens nur noch die letzten Akte desselben vornimmt (vgl. Anm. 25 zu § 1), und daraus folgt einmal, daß die Rechtssätze der o. H. G., die den Bestand des Handelsgewerbes voraussetzen, für sie nicht gelten, und andererseits die anderen Rechtssätze wohl für sie gelten, wie dies durch § 156 noch besonders angeordnet ist.

Anm. 4. **Zu den fortfallenden Rechtssätzen** gehören vor allem die Bestimmungen über die Geschäftsführung und die gesetzliche Vertretung (ROHG. 5, 390 und 7, 71). Deshalb trifft das Gesetz in erster Linie Fürsorge dafür, wer die Gesellschaft in diesem Stadium gesetzlich zu vertreten und ihre Geschäfte zu führen hat. Es bestimmt, daß dies durch Liquidatoren geschehe (§ 146). Dahin gehört ferner das Konkurrenzverbot (ROHG. 21, 144; vgl. Anm. 6 zu § 112). **Im übrigen bleibt aber sowohl die Personeneinheit bestehen,** weshalb z. B. der Nießbrauch einer o. H. G. durch den Konkurs nicht untergeht (RG. 16, 1), **als auch die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens** (RG. 54, 281). Das an diesem bestehende Gesamteigentum löst sich nicht etwa in eine Anzahl von Miteigentumsanteilen der einzelnen Gesellschafter auf, weshalb z. B., wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst ist, der Liquidator zur Verfügung über ein der Gesellschaft gehöriges Grundstück nicht der Genehmigung der Erben oder des Nachlaßverwalters bedarf (BayObLG. 6, 94). Die Aufrechnungsvorschriften, die für die o. H. G. gelten, gelten auch für das Stadium der Auflösung bis zur endgültigen Auseinandersetzung (vgl. Laband in ZHR. 31, 14ff.). Die Auflösung hat auch nicht etwa eine vorzeitige Fälligkeit der Gesellschaftsschulden zur Folge (vgl. Anm. 6 zu § 155); auch bestehende Dienstverträge werden durch die Auflösung der Gesellschaft nicht ohne weiteres aufgelöst (vgl. RG. 24, 72); die Auflösung dieser richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Und endlich hört durch die Auflösung die solidarische Haft nicht auf, wie dies übrigens auch noch aus §§ 156 und 159 hervorgeht (vgl. überhaupt alle über diese Punkte § 156 und die Erläuterungen dazu). Eine vorzeitige Lösung von Vertragsverhältnissen ist nur dann gegeben, wenn durch die Liquidation eine

wesentliche Änderung des Vertragsinhalts eintritt, die sich nach dem präsumtiven Vertragswillen der Gegenkontrahent nicht gefallen zu lassen braucht (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 260). **§ 145.**

Über Einfluß der Liquidation auf schwebende Prozesse vgl. zu § 124.

3. **Die Liquidation ist die regelmäßige Form der Auflösung.** Anm. 5.

a) Eine Ausnahme macht der Konkursfall. Dieser beseitigt bei der o. H. G. jedes andere Liquidationsverfahren während seiner Dauer. Nach Beendigung desselben kann Liquidation eintreten (ROHG. 16, 289; RG. 40, 31; AppellGericht Köln in BuschA. 29, 294). Ist dann noch ungeteiltes Vermögen vorhanden, so kann jeder Gesellschafter die Liquidation fordern (Bolze 1 Nr. 1177), sonst ist sowohl für diesen Fall, wie überhaupt für die Liquidation kein Raum (RG. 40, 32).

b) Außer dem Konkursfall aber ist die Liquidation die durch Dispositivgesetz angeordnete Folge der Auflösung. Sie tritt ein, ohne daß die Parteien sie ausdrücklich gewollt haben (RG. 25, 257; Cosack § 109 III 2; dagegen Goldmann Anm. 13), auch wenn sie dieselbe nicht gewollt haben, sofern sie nur nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben. Im Augenblicke der Auflösung ist die Liquidation eingetreten und darauf, daß auch wirklich liquidiert werde, hat jeder Gesellschafter einen rechtlichen Anspruch (ROHG 22, 204), es sei denn, daß sie gegenstandslos wäre, wenn z. B. Aktivvermögen nicht vorhanden ist (RG. 40, 31). In diesem Falle kann der Gesellschafter, der mehr zwecks Deckung der Verluste beigetragen hat, als er nach dem Vertrage sollte, sofort Ausgleichung fordern; das Vorhandensein von noch unbefriedigten Gläubigern und die Möglichkeit, daß der auf Ausgleichung in Anspruch genommene Gesellschafter nachträglich auf Bezahlung von Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden kann, hindert die Geltendmachung der gegenwärtigen Ausgleichungsforderung nicht (RG. 40, 32). Anm. 6.

c) Sie ist aber nur die dispositiv angeordnete gesetzliche Folge. Sie ist nicht absolut vorgeschrieben, nicht die notwendige Folge der Gesellschaftsauflösung. Insbesondere haben auch die Gläubiger der Gesellschaft keinen Anspruch auf Eintritt der Liquidation (Oberappellationsgericht Dresden in BuschA. 9, 441; D. 111). Anm. 7.

Vielmehr haben es die Gesellschafter in der Hand, eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren (und zwar auch schon vor Befriedigung der Gläubiger, ROHG. 25, 277). Über diese anderweite Vereinbarung einer Auseinandersetzung gilt folgendes:

α) Die Vereinbarung kann einen mannigfachen Inhalt haben: Es kann Naturalteilung beschlossen werden; es kann auch beschlossen werden, daß einer von mehreren Gesellschaftern ausscheidet und die anderen die Gesellschaft fortsetzen; oder es kann beschlossen werden, daß das Gesellschaftsvermögen in eine andere Gesellschaft, z. B. in eine Aktiengesellschaft oder in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingebracht werde und jeder Gesellschafter eine bestimmte Anzahl Gesellschaftsanteile der neuen Gesellschaft erhalte (vgl. RG. in JW. 00, 566[7] und Anm. 5 zu § 119). Anm. 8.

Ein besonderer Fall der in § 145 vorgesehenen Vereinbarung ist der, daß einem Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter Abfindung des oder der anderen Gesellschafter übertragen wird. Es fragt sich zunächst, wie dieser Fall rechtlich zu konstruieren ist. In der 6./7. Aufl. ist unter entsprechender Anwendung des § 142 Abs. 1 angenommen, daß hier eine unmittelbare Übertragung kraft Gesetzes stattfindet, die eine weitere Übergabe bzw. Auflassung nicht erforderlich macht. An dieser, auch im Kommentar zur G. m. b. H. (S. 109 Anm. 12) von Staub vertretenen Ansicht kann, ebensowenig, wie dies im Fall des § 142 geschehen ist, festgehalten werden. Anm. 9.

Allerdings bestimmt § 738 BGB.: Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Aus dem Wortlaut („aus der Gesellschaft" „den übrigen Gesellschaftern", „diese sind verpflichtet") sowohl, wie aus dem Zusammenhang, der ergibt, daß § 738 sich auf den Fall des § 736 und § 737 zurückbezieht, ist aber zweifellos zu schließen, daß die Bestimmung lediglich auf die Fälle anzuwenden ist, in denen trotz Ausscheidens eines Gesellschafters die

§ 145. Gesellschaft als solche bestehen bleibt, nicht aber auf den Fall, daß die Gesellschaft durch das Ausscheiden des oder der Gesellschafter aufgelöst wird. Das Gesellschaftsvermögen soll, wenn die Gesellschaft trotz Ausscheidens von Gesellschaftern in ihrer Identität nicht berührt wird, in seiner Selbständigkeit fortbestehen bleiben; hört die Gesellschaft auf, so endet damit auch das Gesellschaftsvermögen. Von einem „Zuwachsen" kann dann keine Rede mehr sein.

Ebenso versagt der Hinweis auf § 142, selbst wenn man annähme, daß dieser Paragraph ein Anwachsen kraft Gesetzes zur Folge habe. Diese Vorschrift wäre, wenn man sie derart auffaßte, eine besondere Bestimmung, die im Interesse des einen ausscheidenden Gesellschafters gegeben ist und die eine Ausdehnung auf andere ganz anders geartete Fälle nicht zuläßt. Im übrigen aber ist auch diese Bestimmung, wie bereits hervorgehoben, ebenfalls nicht in dem bezeichneten Sinne auszulegen (vgl. Goldmann-Lilienthal 780 Anm. 16; Lehmann-Ring Anm. 4 zu § 142; Oberneck I 466; Fuchs, Grundbuchrecht 210; dagegen Goldmann § 142 Anm. 15).

Die Praxis hat sich, insbesondere, was die Frage der Notwendigkeit der Auflassung betrifft, fast ausnahmslos auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt. Das Reichsgericht, das früher (insbes. 25, 252 und bei Gruchot 43, 199) derartige Verträge nicht als Veräußerungsverträge angesehen hat, führt in der Entscheidung JW. 01, 97[50] aus, daß, wenn sich die Gesellschaft auflöst, kein Gesellschafter und kein Gesellschaftsvermögen übrig bleibt: es erklärt (45, 221), daß bei derartigen Geschäften der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenübersteht; es ist in neueren Entscheidungen, insbesondere bei der Frage der Verstempelung (s. unten), von demselben Grundsatz ausgegangen.

Das Kammergericht (KGJ. 24 A S. 109; 25 A S. 80, ferner bei Bauer 12, 67, auch in OLGR. 9, 254) hat die Auflassung für notwendig erklärt; auf demselben Standpunkte steht das OLG. Hamburg (SeuffA. 3. F. 2, 454 und KGJ. 22), D. 24, das OLG. Dresden (SächsOLG. 25, 135; 24, 349; 23, 50), das BayObLG. (Recht 03, 212 und 04, 575; DJZ. 05, 78; SeuffA. 3. F. V 97), sowie das LG. Hamburg (ZBlFG. 2, 429); das LG. Metz (Recht 02, 19), nur das PrOVG. (Entsch. 41, 81) ist entgegengesetzter Ansicht.

Demnach liegt in der Übertragung des Vermögens an einen übrigbleibenden Gesellschafter weder eine Fortsetzung der Gesellschaft, noch ein Übergang kraft Gesetzes, noch eine Universalrechtsnachfolge, sondern lediglich ein Veräußerungsgeschäft vor, dessen Rechtsfolgen sich nach den hierfür gegebenen Regeln bestimmen. Es ist Übertragung, bzw. Auflassung der einzelnen Objekte nötig.

Als **Zeitpunkt**, der für die Vermögensauseinandersetzung maßgebend ist, gilt mangels anderweitiger Abrede der Moment der Auflösung der Gesellschaft und der Übernahme des Geschäfts (RG. 56, 18). Über die Beibehaltung der **Firma** vgl. Anm. 2 zu § 24.

Anm. 10. Die **Gegenleistung** bestimmt sich in erster Reihe nach dem Vertrage; die Vorschriften §§ 433 bis 444 BGB. und §§ 459 f. finden Anwendung. Ist vereinbart, daß dem oder den Ausscheidenden ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen herausbezahlt wird, so entscheidet über die Frage, was als Gegenleistung zu gewähren, bezüglich, wie die Abfindung zu berechnen ist, lediglich Inhalt und Auslegung des Vertrages; eine entsprechende Anwendung der für in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung ganz anders liegende Fälle der §§ 738 f. BGB. ist ausgeschlossen; wohl aber sind sonst entsprechend die in Abs. 2 des § 143 angezogenen Bestimmungen über Auseinandersetzung mit einem Ausscheidenden und besonders der Beteiligung bei Abwickelungsgeschäften anzuwenden (RG. 56, 16). Eine Anfechtung des Vertrages aus allgemeinen Gründen, wie Irrtum, Betrug usw., ist zulässig. Wird er für nichtig erklärt, so kann Wiedereintragung der Gesellschaft und Fortbetrieb des Geschäfts erzwungen werden. Selbst dadurch, daß der Übernehmer das Geschäft in eine neue Gesellschaft eingebracht hat, wird hieran nichts geändert (vgl. RG. 9, 143).

Anm. 11. Was die **Stempelfrage** nach preußischem Recht betrifft, so war diese nach dem Gesetz vom 7. März 1822 sehr bestritten. Das Reichsgericht hatte (25, 252) derartige Verträge

nicht als stempelpflichtige Kaufverträge angesehen. Nach dem neuen Gesetz vom 31. Juli 1895 hatte das KG. zunächst (KGJ. 19, 177) die Versteuerung nach Tarifstelle 25d Abs. 1 angenommen. Nachdem aber das Reichsgericht (45, 218 und in JW. 00, 542[51]), dahin entschieden hatte, daß die Bestimmung Tarifstelle 25d Abs. 2 zur Anwendung kommen müsse, hat sich das Kammergericht (KGJ. 24 B S. 26) dem angeschlossen (ebenso RG. in JW. 05, 445[33]). § 145.

Demnach ist, soweit in dem dem Übernehmer überlassenen Vermögen Grundstücke vorhanden sind, 1%, soweit bewegliche Sachen in Frage kommen, $^1/_3$% des Entgelts, für Forderungen $^1/_{50}$% des Werts der Forderungen als Stempel zu zahlen. (Über die Anrechnung des der Beteiligung des Übernehmers an der Gesellschaft entsprechenden Teils vgl. Abs. 3 Tarif 25 d und KGJ. 24 B S. 30).

Anm. 12. Wo seitens der Einzelstaaten und Gemeinden eine Umsatzsteuer auf Veräußerung des Eigentums an Grundstücken gelegt ist, ist sie im vorliegenden Falle gemäß den dargelegten Grundsätzen zu zahlen (dagegen preuß. OVG. Entsch. 41, 81 und Beilage zum preuß. Verwaltungsblatt Jahrg. 26 Nr. 17).

Anm. 13. β) Die anderweite Vereinbarung kann schon im Gesellschaftsvertrage getroffen sein (OG. Wien in ZHR. 46, 509) oder im Augenblicke der Auflösung getroffen werden oder endlich nach eingetretener Liquidation erfolgen (vgl. Anm. 8 oben und ferner Anm. 2 zu § 131).

Anm. 14. γ) Wer muß der Vereinbarung zustimmen? Regelmäßig nur die Gesellschafter, d. h. alle Gesellschafter. Ein Mehrheitsbeschluß genügt hierzu nicht immer, ein im Gesellschaftsvertrage zugelassener Mehrheitsbeschluß würde in diesem Falle nicht immer zulässig sein, nämlich dann nicht, wenn dies auf Ausschließung oder Beseitigung des einen Gesellschafters ohne rechtliches Gehör hinauslaufen würde (vgl. Anm. 6 zu § 140, Anm. 5 zu § 119).

Anm. 15. Sind Minderjährige beteiligt, so bedarf ein Vertrag über die Art der Liquidation und die Verteilung des Vermögens nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, selbst wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, weil nicht über die Grundstücke, sondern über das Gesellschaftsvermögen als solches kontrahiert wird (RG. 54, 278); dagegen wird ein Vertrag, durch den das Geschäft einem Gesellschafter übertragen wird, der Genehmigung bedürfen (§ 1822 Nr. 3 BGB.).

Anm. 16. Außerdem aber müssen zustimmen im Falle des § 135 der Gläubiger des gepfändeten Gesellschafters, und wenn die Gesellschaft aufgelöst wird durch den Konkurs eines Gesellschafters, der Konkursverwalter desselben. Diese Zustimmung ist natürlich dann nicht erforderlich, wenn die Fälle des § 141 und des § 142 Abs. 2 vorliegen. Sie ist aber ferner dann nicht erforderlich, wenn die andere Art der Auseinandersetzung auf einer vor dem Eintritt der Auflösung erfolgten Vereinbarung der Gesellschafter beruht (vgl. Anm. 1, 5 und 6 zu § 138). Zwar lautet der Wortlaut unseres Absatzes 2 allgemeiner und läßt der Deutung Raum, als ob das Unterbleiben der Liquidation stets, auch im Falle einer vor der Auflösung getroffenen Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung, von der Zustimmung des gemäß § 135 kündigenden Pfändungsgläubigers und des Konkursverwalters eines Gesellschafters, abhängig wäre (so Makower I 284; Goldmann Anm. 23; Lehmann-Ring Nr. 3). Allein hinsichtlich des Konkursverwalters widerspricht dies dem § 138 (vgl. auch Anm. 6 dazu), und auch hinsichtlich der Zustimmung des Pfändungsgläubigers wäre das ein Bruch mit anerkannten Rechtsgrundsätzen, da hierin ein Eingriff in zulässige Vereinbarungen läge, der so lange nicht als gewollt anzunehmen ist, als nicht deutlich erhellt, daß er wirklich beabsichtigt ist. Die D. (111) läßt nun aber im Gegenteil erkennen, daß dieser Bruch nicht gewollt ist; denn sie stellt jenes Erfordernis der Zustimmung lediglich als „Ausübung des dem Schuldner oder Gemeinschuldner zustehenden Rechts“ hin und gibt damit zu erkennen, daß die Zustimmung nur dann erforderlich ist, wenn auch der Gesellschafter noch zu widersprechen berechtigt ist; denn es handelt sich ja nur um die Ausübung seines Widerspruchsrechts (vgl. Anm. 5 zu § 138).

§ 145. Anm. 17. In dem Falle des Absatzes 2 ist außer der Zustimmung des Gläubigers auch die Zustimmung des betreffenden Gesellschafters erforderlich, denn Abs. 1 macht in dieser Hinsicht keine Ausnahme. Der Gesellschafter selbst ist an dieser Frage erheblich interessiert, da ja der Überschuß über das Guthaben seines Gläubigers ihm gebührt (vgl. § 146 Abs. 2). Im Falle des Konkurses aber ist die Zustimmung des betreffenden Gesellschafters nicht erforderlich; denn wenn auch Absatz 1 in dieser Hinsicht keine Ausnahme macht, so folgt dies doch aus den Grundsätzen der Konkursordnung, da hiernach die gesamte Verwaltung seines Vermögens auf den Konkursverwalter übergeht (§ 6 der KO.; vgl. auch § 146 Abs. 3 HGB.).

§ 146.

§ 146. Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämmtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Auf Antrag eines Betheiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören. Als Betheiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gesellschafters.

Die Berufung der Liquidatoren erfolgt entweder durch Vertrag oder durch Gesetz (Abs. 1), unter Umständen auch durch den Richter (Abs. 2).

Anm. 1. **1. Durch Vertrag oder Gesetz.**

a) In erster Linie entscheidet der Gesellschaftsvertrag oder der Beschluß der Gesellschafter. Der Beschluß kann auch vor der Auflösung gefaßt sein, da das Gesetz in dieser Hinsicht keine Einschränkung macht; der Beschluß folgt den Grundsätzen des § 119, unter Umständen genügt daher auch Mehrheitsbeschluß (dagegen Goldmann Anm. 1, der zu Unrecht § 119 nur auf Beschluß während Bestehens der Gesellschaft bezieht. § 119 enthält diese Einschränkung nicht; er ist auch kein Rechtssatz, dessen Fortfallen sich aus dem Wesen der Liquidation ergeben würde). Auf diese Weise können die Gesellschafter bestimmen, daß einer von den Gesellschaftern statt aller, oder auch ein Dritter die Liquidation besorge, auch z. B. ein Gläubiger oder ein Ausschuß derselben mit der Abmachung, sich aus den Einkünften bezahlt zu machen (ROHG. 9, 215). In der Übertragung der Geschäftsführung liegt aber nicht die Übertragung der Liquidation; die Geschäftsführungsrechte erlöschen vielmehr mit der Auflösung (vgl. Anm. 4 zu § 145). Die Worte „Beschluß der Gesellschafter" sind dabei nicht eng auszulegen, als seien nur die Gesellschafter und nicht auch ihre gesetzlichen Vertreter und Rechtsnachfolger gemeint. Die letzteren sind dabei nicht auf eine Gesamtstimme beschränkt (v. Hahn § 14 zu Art. 133); vgl. auch § 2038 BGB., wonach jeder Erbe eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel selbständig treffen kann. An Stelle eines in Konkurs geratenen Gesellschafters übt dessen Konkursverwalter das Stimmrecht aus (Abs. 3). Dagegen hat der Gläubiger eines Gesellschafters trotz § 135 und trotz § 146 Abs. 3 kein Stimmrecht.

Anm. 2. Eine Pflicht zur Übernahme des Amtes besteht für den durch Vertrag Erwählten nur, wenn auch er sich vertraglich verpflichtet hat. Ein Gesellschafter braucht also das alleinige Amt als Liquidator nicht zu übernehmen, wenn er sich nicht besonders dafür verpflichtet hat (anders bei der Berufung durch Gesetz, Anm. 5; a. A. Lehmann-Ring Nr. 1).

b) **In zweiter Linie beruft das Gesetz** die sämtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter. Zu den letzteren gehören der Konkursverwalter des im Konkurse befindlichen (Abs. 3), der gesetzliche Vertreter des wahnsinnigen, unmündigen Gesellschafters (Hahn § 13 zu Art. 133), nicht der nach § 135 eingewiesene Pfändungsgläubiger. Dieser letztere hat kein Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation, der betreffende Gesellschafter behält das Recht (D. 111). Sind mehrere gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Gesellschafters bestellt, so handeln diese gemeinschaftlich, soweit nicht das Vormundschaftsgericht einen von ihnen zu dieser Funktion bestimmt (§ 1797 Abs. 2 BGB.). **§ 146.** Anm. 3.

Die für die Mehrheit von Erben vorgesehene Stellungspflicht eines gemeinschaftlichen Vertreters bezieht sich auch auf den Fall, daß der Gesellschafter nach Auflösung gestorben ist. Die Folge der unterlassenen oder verzögerten Bestellung ist nach Behrends Meinung, daß die Rechtsnachfolger zur Besorgung der Liquidationsgeschäfte überhaupt nicht zugelassen zu werden brauchen (Behrend § 81 Anm. 20), Keyßner in ZHR. 10, 335 u. Makower I 285 erblicken hierin einen Fall richterlicher Ernennung nach Abs. 2. Nach unserer Ansicht gilt das letztere; die Stellungspflicht kann ebenso erzwungen werden, wie die Tätigkeit als Liquidator durch den Gesellschafter (vgl. Anm. 5). So auch Rudorff HGB. zu § 146. — Der von den Erben bestellte Vertreter ist für seine Person Liquidator, seine Person ist als solcher einzutragen, nicht etwa die Erben; für seine Handlungen haftet er und nur er der Gesellschaft (Makower I 285). Anm. 4.

Ob diese gesetzliche Berufung von dem Berufenen abgelehnt werden kann, ist zweifelhaft. Behrend (§ 81 Anm. 23) bejaht es, indessen doch wohl mit Unrecht. Das Gesetz gibt jedem Gesellschafter nicht nur das Recht auf die Liquidation überhaupt, sondern auf Liquidation in der hier bestimmten Art, d. h. in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede durch die bisherigen Gesellschafter. Wem von den Gesellschaftern diese Pflicht zu lästig erscheint, mag sie im Gesellschaftsvertrage ablehnen. Wie kämen jetzt die anderen Gesellschafter dazu, die Liquidationsgeschäfte allein zu besorgen? Zur Unterstützung dieser Ansicht kann vielleicht das Urteil des RG. (15, 80) herangezogen werden, in welchem für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ausgesprochen ist, daß das Auseinandersetzungsgeschäft Pflicht aller Gesellschafter ist (zust. Makower I 285). Aus wichtigen Gründen kann allerdings der gesetzlich Berufene ablehnen. Das folgt aus § 712 BGB. (vgl. Anm. 7 zu § 127; auch Rudorff zu § 146). Anm. 5.

2. **Die Berufung durch den Richter oder, wie das Gesetz sagt, die Ernennung durch den Richter.** (Über die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der Richter tätig sein kann vgl. Anm. 1 zu § 147.) Anm. 6.

a) **Voraussetzung** der richterlichen Ernennung. Sie greift im Gegensatz zur Berufung durch Vertrag oder Gesetz Platz, wenn ein Gesellschafter einen wichtigen Grund geltend macht, aus welchem die solchergestalt erfolgte Berufung nicht angemessen erscheint. Im Grunde genommen ist ein Antrag auf Ernennung von Liquidatoren identisch mit einem Antrage auf Abberufung. Denn im Augenblicke der Auflösung sind, wenn eine andere Art der Auseinandersetzung nicht vereinbart ist, die Gesellschafter von Gesetzes wegen die Liquidatoren der Gesellschaft (Abs. 1). Wer diesen Zustand ändern will, will diese gesetzlichen Liquidatoren abberufen. Gemeint ist vom Gesetz, daß das Liquidierungsgeschäft selbst noch nicht begonnen hat. Für diese Fälle spricht es von einer Ernennung; für den anderen Fall, wenn das Liquidierungsgeschäft bereits begonnen hat, spricht es im § 147 von einer Abberufung der Liquidatoren von diesem Geschäfte.

Die Ernennung erfolgt auf Antrag eines „Beteiligten". Also ist jeder Gesellschafter zu dem Antrage legitimiert, auch der, dessen Gläubiger die Gesellschaft auf Grund des § 135 gekündigt hat, neben ihm allerdings auch der betreffende Gläubiger selbst (Abs. 2), nicht aber auch ein in Konkurs gegangener Gesellschafter, an seine Stelle tritt vielmehr der Konkursverwalter (Abs. 3), selbstverständlich nicht ein Gesellschaftsgläubiger als solcher. Von mehreren Erben eines Gesellschafters ist jeder einzelne legitimiert (Hahn § 14 zu Art. 133; vgl. auch § 2038 BGB., wonach eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel von Anm. 7.

§ 146. jedem Erben selbständig getroffen werden kann); an die Stelle eines geschäftsunfähigen Gesellschafters tritt sein gesetzlicher Vertreter.

Anm. 8. Ist im Vertrage die Liquidation unter gewissen Voraussetzungen ausgeschlossen, so hat der, der die Liquidation beantragt, zunächst im Prozeßwege zu beweisen, daß die Voraussetzungen nicht vorliegen (Beschluß KH. Krefeld im CBlFG. 04, 263).

Anm. 9. b) **Der Weg, auf welchem die Ernennung erfolgt,** ist, auch wenn Streit besteht, das einfache Beschlußverfahren (D. 111; vgl. jedoch Anm. 8). Zuständig ist hierzu das Amtsgericht, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 145 FGG.). Vor der Beschlußfassung sind die anderen Beteiligten im Sinne der Anm. 7 zu hören; denn sie sind alle beteiligt bei diesem Antrage, also Gegner im Sinne des § 146 des ebengedachten Gesetzes. Gegen die Verfügung, durch welche über den Antrag entschieden wird, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 146 a. a. O.). Diese steht im Falle der Zurückweisung dem Antragsteller, sonst jedem zu, dessen Recht beeinträchtigt ist (näheres insbesondere auch wegen weiterer Beschwerde Anm. 5 u. 9 ff. zu § 14). In dem Antrage empfiehlt es sich, dem Gericht über die Personen Vorschläge zu machen; der Antragsteller kann sich auch selbst vorschlagen. Der Weg einstweiliger Verfügung zum Zwecke der richterlichen Ernennung von Liquidatoren ist daneben gegeben (Makower I 286; vgl. Anm. 10 zu § 133); jedoch auch wieder beim Amtsgericht, da dies das Gericht der Hauptsache ist (RG. in JW. 01, 754[13] und OLG. Dresden in OLGR. 5, 202).

Anm. 10. c) **Der Inhalt der Ernennung** ist die Bestellung zum Liquidator und zwar, je nach dem Antrag, anstatt oder neben gesetzlichen oder gewählten Liquidatoren. Das Gericht ist hinsichtlich der Personen an den Vorschlag der Partei nicht gebunden. Ist freilich der Antrag nur in dem Sinne gestellt, daß nur eine bestimmte Person ernannt werden soll, dann ist der Antrag abzuweisen, wenn das Gericht diese Person für ungeeignet hält. Werden mehrere Personen ernannt, so können sie in Gemäßheit des § 150 samt und sonders oder samt oder sonders ernannt werden (vgl. § 150: „sofern nicht bestimmt ist"). Selbstverständlich können ihnen weitere Befugnisse nicht erteilt werden, als § 149 vorsieht. Der Richter kann auch dem ernannten Liquidator nicht bestimmte Instruktionen erteilen, auch nicht mit der Wirkung nach innen (Hahn § 19 zu Art. 133). Der Richter kann nur einen Liquidator ernennen dessen Befugnisse aus dem Gesetze hervorgehen, in den Gang der Geschäfte im einzelnen kann er nicht eingreifen (vgl. RG. 12, 32); ebensowenig hat der Richter die Vergütung festzusetzen (KGJ. 27 A S. 222).

Anm. 11. d) **Was wichtige Gründe sind,** sagt das Gesetz nicht, gibt auch nicht durch Beispiele einen Anhaltspunkt. Man pflegt in dieser Hinsicht auf § 133 zu verweisen und geht dabei insofern nicht fehl, als Verschuldungen, welche zur Auflösung führen, wohl meist auch zum Amt eines Liquidators unfähig machen. Immer ist jedoch im Auge zu behalten, daß es sich hier nicht um das Gedeihen einer bestehenden Gesellschaft, sondern um die Abwickelung der Geschäfte einer aufgelösten Gesellschaft handelt (BayObLG. in BayObLGZ. 2, 137). Als wichtige Gründe sind daher solche Tatsachen zu betrachten, welche eine gedeihliche Abwickelung der Liquidationsgeschäfte durch die geborenen Liquidatoren nicht erwarten lassen. Es kann von diesem Gesichtspunkte aus jemand, der als offener Gesellschafter am Platze war, z. B. vermöge seiner technischen Kenntnisse, zur Liquidationstätigkeit ungeeignet erscheinen. Als wichtige Gründe gelten: die Rechtsnachfolger eines Gesellschafters können nicht bewogen werden, einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen, die früheren Gesellschafter leben in argem Hader (vgl. Bolze 12 Nr. 504; 21 Nr. 554; LG. Hamburg bei Bauer 9, 92; andererseits RG. in JW. 97, 290). Ein anderes Beispiel: die Zahl der Gesellschafter ist so groß, daß sie für die Abwickelung störend ist. Begründetes Mißtrauen zur Redlichkeit genügt (RG. in JW. 97, 291).

Anm. 12. e) **Eine Pflicht zur Annahme** der richterlichen Ernennung besteht (abgesehen von einer besonderen Rechtspflicht hierzu) nicht (Puchelt Anm. 6 zu Art. 132).

Anm. 13. **Zusatz 1. Zu betonen ist, daß das Amt des Liquidators nicht erst mit der Eintragung beginnt,** auch nicht das des richterlich ernannten. Einzutragen ist vielmehr der, der bereits Liquidator geworden ist, seine Befugnisse sind von der Eintragung nicht abhängig.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Soweit es sich im vorliegenden Paragraphen um die inneren Rechte der Gesellschafter handelt, ist für bestehende Gesellschaftsverhältnisse zunächst noch das alte Recht maßgebend (vgl. Anm. 47 zu § 105), für die dem Gläubiger und dem Konkursverwalter hier eingeräumten Rechte findet aber, wenn die betreffende Rechtsbeziehung nach dem 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist (d. h. wenn auf Grund der Gläubigerkündigung oder des Gesellschafterkonkurses nach dem 1. Januar 1900 die Auflösung eingetreten ist) das neue Recht Anwendung. Das Verfahren richtet sich auf alle Fälle nach dem neuen Recht. § 146. Anm. 14.

§ 147.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 Betheiligten; sie kann auf Antrag eines Betheiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen. § 147.

Der vorliegende Paragraph bezeichnet die Mittel und Wege zur Abberufung von Liquidatoren.

1. **Begriff der Abberufung.** Sie bedeutet die Abberufung von Personen, welche das Liquidationsgeschäft bereits begonnen haben (vgl. Anm. 6 zu § 146) und schließt in sich die Einschränkung ihrer Macht durch Ernennung von Mitliquidatoren (ROHG. 20, 11; 21, 142). Voraussetzung ist nur, daß sich die Gesellschafter noch nicht endgültig auseinandergesetzt haben, und noch zu verteilendes Vermögen vorhanden ist. Selbst der Umstand, daß die Firma im Handelsregister auf einen andern übertragen ist, hindert die Tätigkeit des Gerichts nicht (KG. in OLGR. 9, 261). Anm. 1.

2. **Welche Liquidatoren können abberufen werden?** Die gebornen, die erkornen und die richterlich ernannten. Bei den gebornen besteht kein Zweifel. Bei den erwählten aber ist die Abberufung durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter dann nicht möglich, wenn es eine dritte Person ist und dieser gegenüber auf das Recht des Widerrufs verzichtet ist. Denn auf das Widerrufsrecht von Vollmachten kann nach dem BGB. gültig verzichtet werden, soweit sich nicht aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergibt. Ein derartiger Ausschluß der Widerruflichkeit ist insbesondere da gestattet, wo die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten gegeben ist (Planck Anm. 2 zu § 168). Das wird z. B. wichtig in dem in Anm. 1 zu § 146 erörterten Falle, wo eine Gesellschaft ihrem Gläubigerausschuß die Liquidation übertragen hat, damit derselbe ihre Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt. In Ermangelung eines solchen Verzichts aber ist auch dem dritten Liquidator gegenüber die Ernennung durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten widerruflich und das Recht auf richterliche Abberufung besteht auch im Falle des Verzichts auf den Widerruf. Der vertraglich bestellte Liquidator hat den Beschwerdeweg gegen seine Abberufung. Das Gegenteil hat früher das KG. (J. 3, 26) ausgesprochen; jetzt gilt der Liquidator gemäß § 146 FGG. als „Gegner" (Rausnitz, Kommentar zum FGG. Anm. 4 zu § 146 gegen 6./7. Aufl.). Ist ein Gesellschafter durch Wahl zum Liquidator bestellt, z. B. zum alleinigen Liquidator, so ist diese Wahl durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten widerruflich. — Auch die richterlich ernannten Liquidatoren müssen sich die Abberufung durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten gefallen lassen; denn die Ernennung durch den Richter erfolgt nicht von Amtswegen und kraft öffentlichen Rechts, sondern in Schlichtung eines Parteistreits. Die erzielte Parteieinigung kann hier aber jede Änderung treffen (ROHG. 21, 142). Anm. 2.

3. **Die Mittel und Wege der Abberufung** sind entweder der einstimmige Beschluß aller Gesellschafter oder die Angehung richterliche Hilfe. Anm. 3.

a) Beim einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter muß auch der Liquidator selbst mitwirken, wenn er Gesellschafter ist (ROHG. 20, 11), ebenso die übrigen Beteiligten im Sinne des § 146 Abs. 2 (vgl. Anm. 7 zu § 146). Mehrere Erben müssen sämtlich zustimmen (Behrend § 81 Anm. 26). Die Zustimmung des Liquidators ist nicht nötig, wenn es ein Fremder ist.

§ 147. Anm. 4. b) Die Angehung richterlicher Hilfe erfolgt im einfachen Beschlußverfahren (ebenfalls nur beim Amtsgericht, nie beim Landgericht, vgl. RG. in CBlFG. 1, 424) und im Wege einstweiliger Verfügung (vgl. näheres hierüber Anm. 9 zu § 146 und OLG. Celle im „Recht" 05, 2). Hier kommt noch in Frage, ob der fremde Liquidator das Beschwerderecht gegen die Abberufung hat (hierüber Anm. 2).

Anm. 5. Der Ausspruch des Richters kann nur auf Abberufung überhaupt (im Sinne der Anm. 1) lauten; erscheint ihm diese nicht am Platze, so muß er den Antrag abweisen. Er darf nicht etwa in eine einzelne geschäftliche Maßregel derart eingreifen, daß er ihre Vornahme, etwa die Führung eines Prozesses, anordnet, als sei dies ein minus gegenüber der begehrten Abberufung; und wenn ein derartiger Antrag gestellt würde, so muß er ihn abweisen (vgl. RG. 12, 33). Wohl aber kann richterliche Hilfe angerufen werden, um eine Handlung, welcher zulässigerweise widersprochen ist, zu verhindern. Das ist aber dann der ordentliche Prozeßrichter, der zu entscheiden hat.

Anm. 6. Voraussetzung des auf Abberufung lautenden Beschlusses ist das Vorhandensein wichtiger Gründe. Dazu gehören solche Tatsachen, wie die in Anm. 11 zu § 146 erörterten. Wenn das ROHG. (9, 20) es für keinen genügenden Grund angesehen hat, daß der Gesellschafter am Sitze der Gesellschaft nicht wohnt, oder die Gesellschaft wegen einer bedeutenden Summe verklagt, so mag das in jenem konkreten Falle wohl richtig gewesen sein. Als allgemeiner Gesichtspunkt dürfte dies nicht durchschlagen; es kann vielmehr wohl Fälle geben, wo diese Gründe allein zur Abberufung ausreichen.

Anm. 7. Fernere Voraussetzung ist der Antrag eines Gesellschafters oder eines Beteiligten im Sinne des § 146 Abs. 2 u. 3 (vgl. daher Anm. 7 zu § 146). Daß der Liquidator seine eigene Abberufung verlangt, ist nicht ausgeschlossen, wenn er sich z. B. unfähig fühlt zur Besorgung der Geschäfte und die anderen Gesellschafter ihm das Amt trotzdem nicht abnehmen wollen, oder wenn er als alleiniger Liquidator die Gesellschaft verklagen will (gegen Goldmann Anm. 8); Gegner sind hier die anderen Beteiligten.

Anm. 8. **Zusatz. Übergangsfrage.** Siehe Anm. 14 zu § 146.

§ 148.

§ 148. Die Liquidatoren sind von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt von jeder Aenderung in den Personen der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht. Im Falle des Todes eines Gesellschafters kann, wenn anzunehmen ist, daß die Anmeldung den Thatsachen entspricht, die Eintragung erfolgen, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren sowie die Eintragung der gerichtlichen Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Der vorliegende Paragraph enthält Vorschriften über Anmeldung der Liquidatoren und jeder Veränderung in den Personen der Liquidatoren und in deren Vertretungsmacht.

Anm. 1. 1. **Objekt der Anmeldung** sind zunächst die Liquidatoren. Wollen die Gesellschafter den Weg der Liquidation zum Zwecke der Auseinandersetzung ausschließen, so kann der Registerrichter hiergegen nicht eingreifen; wählen sie aber keinen andern Weg, so tritt die Liquidation als gesetzliche Folge von selbst ein und sie haben die Liquidatoren anzumelden (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1721 und Anm. 6 zu § 145), auch wenn die Gesellschaft selbst nicht eingetragen war (Puchelt Anm. 1 zu Art. 135), sei es die im Vertrage ernannten oder sich

selbst gemäß § 146 Abs. 1. Entsteht darüber, wer im Vertrage berufen ist, oder darüber, ob eine die gesetzliche Berufung abändernde vertragliche Berufung vorliegt, ein Streit, nimmt z. B. ein Gesellschafter ein Vertragsrecht darauf in Anspruch, alleiniger Liquidator zu sein, so kann das Registergericht die Eintragung aussetzen, bis dieser Streit erledigt ist; es kann auch eine Frist zur Austragung dieses Rechtsstreits bestimmen (§ 127 FGG.). Es kann aber auch den Streit selbst entscheiden und die Eintragung vornehmen auf Grund eigener Beurteilung der Sachlage. Dem Urteil des Prozeßgerichts ist damit nicht vorgegriffen. Beurteilt der Prozeßrichter die Sache anders, so muß die Eintragung entsprechend geändert werden. Ist die Eintragung ausgesetzt, so kann für die Zwischenzeit richterliche Ernennung gemäß § 146 oder auch im Wege einstweiliger Verfügung (vgl. Anm. 9 zu § 146) beantragt werden. **§ 148.**

Angemeldet muß ferner werden jede Veränderung in der Person der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht, also die Abberufung durch Vertrag oder die Umänderung einer Gesamtvertretung in eine Einzelvertretung oder umgekehrt. Nicht anzumelden sind die gerichtlich ernannten Liquidatoren und die gerichtliche Abberufung von Liquidatoren; diese Personen und Ereignisse sind vielmehr von Amts wegen einzutragen (Abs. 2). Indessen sind damit nur die vom Registerrichter ausgesprochenen Ernennungen und Abberufungen gemäß §§ 146 und 147 gemeint. Beruht dagegen die Ernennung und Abberufung auf einstweiliger Verfügung des Prozeßrichters (vgl. Anm. 9 zu § 146), so ist diese gemäß § 16 zur Eintragung zu bringen, eine Eintragung von Amts wegen findet hier nicht statt (vgl. Anm. 2 ff. zu § 16). Anm. 2.

2. **Subjekte der Anmeldung** d. h. anmeldungspflichtig sind die sämtlichen Gesellschafter. An ihre Stelle treten ihre gesetzlichen Vertreter, also der Vormund eines Minderjährigen, aber auch der Konkursverwalter eines in Konkurs geratenen Gesellschafters, da dieser auch in materieller Hinsicht sowohl nach den Vorschriften der Konkursordnung (§ 6 daselbst), als auch im Sinne des HGB. für Fragen dieser Art an die Stelle des Gesellschafters tritt (vgl. § 146 Abs. 3, ebenso Lehmann-Ring Nr. 2; a. M. Goldmann Anm. 8). Dagegen liegt die Anmeldungspflicht dem Gläubiger eines Gesellschafters, der den Anteil nach § 135 gepfändet hat, nicht ob. Für Erben eines Gesellschafters ist eine Erleichterung geschaffen (vgl. hierüber Anm. 3 zu § 143). Auch die Veränderungen sind von den Gesellschaftern anzumelden. Anm. 3.

Nicht anmeldungspflichtig und andererseits auch nicht anmeldungsberechtigt ist der Liquidator als solcher, d. h. wenn er nicht Gesellschafter ist, da nur Gesellschafter die Anmeldungspflicht haben. Anm. 4.

3. **Die Liquidatoren haben die Firma, d. h. die Liquidationsfirma (§ 153) zu zeichnen und ihre Unterschrift zu zeichnen.** Daß die Zeichnung der Firma vorgeschrieben ist, weicht vom früheren Recht ab (ROHG. 1, 15). Anm. 5.

Zusatz 1. Über die Form der Anmeldung und weitere Modalitäten derselben (Zwang, Vertretung, Zweigniederlassung usw.) siehe §§ 12—14. Anm. 6.

Zusatz 2. Die Bedeutung und Wirkung der Nichteintragung und der Eintragung richtet sich nach § 15. Wer also Liquidator ist, gilt jedem gutgläubigen Dritten gegenüber als solcher, ebenso, wessen Abberufung nicht eingetragen ist. Der § 15 ist hier überall anwendbar, auch auf die richterlich ernannten Liquidatoren. Insbesondere aber ist zu betonen, daß das Amt eines Liquidators von der Eintragung nicht abhängig ist, auch nicht das des richterlich ernannten, die Existenz seiner Befugnisse ist von der Eintragung nicht abhängig (ROHG. 16, 73; 22, 201; RG. bei Holdheim 13, 166).

Im übrigen siehe die Erläuterung zu § 15.

Zusatz 3. Für andere als die im Abs. 1 aufgezählten Tatsachen sind nicht die sämtlichen Gesellschafter als anmeldungspflichtig erklärt. Hier ist anzunehmen, daß die Liquidatoren anmeldungspflichtig sind (vgl. z. B. § 157 Abs. 1). Es bezieht sich das z. B. auf die Anmeldung der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft. Anm. 7.

§ 149.

§ 149. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

Lit.: Mueller, Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer o. H. G. Greifswald 00.

Der vorliegende Paragraph bestimmt die Aufgabe und die Rechtsstellung der Liquidatoren. Die Vorschrift bezieht sich selbstverständlich auf Liquidatoren jeder Art, es mögen dies gewählte oder ernannte Liquidatoren sein oder die Gesellschafter selbst als solche fungieren.

Anm. 1. 1. **Aufgabe und Rechtsstellung im allgemeinen.** Die Aufgabe der Liquidatoren ist, das Vermögen der Gesellschaft in der Weise zu verwalten, wie es den Zwecken einer Liquidation, d. h. der Flüssigmachung des Vermögens und Erfüllung der Verbindlichkeiten aus den flüssig gemachten Mitteln, entspricht. Ihre Rechtsstellung ist die von notwendigen und ausschließlichen gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft mit den durch jene Aufgabe umschriebenen Befugnissen, sie sind das Organ der liquidierenden Gesellschaft, wie der Vorstand das Organ der Aktiengesellschaft ist; die Gesellschafter als solche sind zur Vertretung der liquidierenden Gesellschaft nicht berechtigt (Hahn § 4 zu Art. 133; ROHG. 10, 357; 12, 216; Bolze 13 Nr. 501). Der entgegengesetzten Ansicht von Lehmann-Ring (Nr. 1), daß neben oder anstatt der Liquidatoren auch die sämtlichen Gesellschafter die Gesellschaft vertreten können, kann nicht zugestimmt werden. Sie widerspricht dem letzten Satz dieses Paragraphen und dem § 152, der nur für die Geschäftsführung gilt (KGJ. 21 A S. 259).

Anm. 2. Soweit die Vorschriften dieses Paragraphen dazu bestimmt sind, die Aufgabe der Liquidatoren festzustellen, sind sie für das Verhältnis nach innen maßgebend; soweit die Rechtsstellung geordnet wird, ist das Verhältnis nach außen getroffen. In der ersteren Beziehung sind es Vorschriften über die Geschäftsführung, in der letzteren Vorschriften über die Vertretung (vgl. über diesen Unterschied Anm. 1 zu § 114). Mit anderen Worten: die Liquidatoren sind die Geschäftsführer und die Vertreter der Liquidationsgesellschaft, in beiden Beziehungen mit dem gleichen Maß von Befugnissen.

Anm. 3. Soweit nun aber die Vorschriften das Verhältnis nach innen berühren, sind sie, ebenso wie die Geschäftsführungsvorschriften für die Zeit während der Dauer der Gesellschaft, der Abänderung durch Übereinkunft fähig, während der Umfang der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren zwar der Erweiterung, nicht aber der Einschränkung fähig ist (vgl. § 151).

Anm. 4. 2. **Im einzelnen ist über die Aufgabe und die Rechtsstellung der Liquidatoren folgendes bestimmt:**

a) **Sie haben die laufenden Geschäfte zu beendigen**, z. B. die Fortführung schwebender Prozesse (ROHG. 21, 127). Die Vorschrift ist nicht dahin aufzufassen, als müßten die Liquidatoren die laufenden Geschäfte in ihrem Laufe unterbrechen und zu schnellem oder gar vorzeitigem Ende führen, am allerwenigsten haben Dritte ein vorzeitiges Lösungsrecht (RG. 5, 8).

Anm. 5. b) **Die Liquidatoren haben die Forderungen der aufgelösten Gesellschaft einzuziehen.** Dem einzelnen Gesellschafter steht dieses Recht nicht zu, er kann auch nicht auf Zahlung zur Hinterlegung oder zur Gesellschaftskasse klagen (Bolze 13 Nr. 501).

Anm. 6. Zu den Forderungen der Gesellschaft gehören auch die, die der Gesellschaft an die Mitglieder zustehen (Bolze 1 Nr. 1179), z. B. aus Schädigungen der Gesellschaft (unbefugten Entnahmen usw.), welche der Liquidator entdeckt (OLG. Hamburg in ZHR. 46, 512). Insbesondere können diese den Gesellschafter nötigen, die Umschreibung eingebrachter Grundstücke auf den Namen der Liquidationsgesellschaft zu veranlassen (ROHG. 12, 39) und ebenso die Vermögensgegenstand, Geschäftsbücher und sonstige Skripturen der Gesellschaft herauszugeben (ROHG. 21, 142). Auch die Leistung von rückständigen, d. h. zugesagten und noch

nicht geleisteten Einlagen können sie (nicht etwa die Gesellschafter, vgl. OLG. Celle im „Recht" 05, 22) von den Gesellschaftern verlangen, da diese ja nicht bloß produktiven Zwecken, sondern auch zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichken zu dienen bestimmt sind (ROHG. 22, 136; 25, 165; RG. 4, 67). Die Liquidatoren brauchen sich hierbei nicht auf Streitverhandlungen mit den einzelnen Gesellschaftern über Zweckmäßigkeit der Beitragseinziehung einzulassen (ROHG. 22, 136). Gegen die Klage auf Leistung der Einlage kann der Aufrechungseinwand wegen nicht erhobener vertraglicher Bezüge zum Zwecke des Privatgebrauchs nicht gemacht werden, weil diese Bezüge das Bestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung haben (ROHG. 25, 168). **§ 149.**

Auch die von einem Dritten zugesagte Einlage können sie einfordern, es sei denn, daß aus dem Vertrage oder aus den Umständen der beiderseitige Wille folgt, die Einlage solle an die Bedingung des Fortbestehens des Geschäfts geknüpft sein, was aber aus dem Wesen der Einlage an sich nicht folgt (vgl. RG. 4, 66). Anm. 7.

Nicht berechtigt sind sie aber, in Ermangelung ausreichenden Kassenbestandes zur Deckung fälliger Schulden Zuschüsse über die Einlageverpflichtungen hinaus von den Gesellschaftern zu verlangen. Das würdet dem § 707 BGB. widersprechen, welcher auch während der Liquidation Anwendung finde (ROHG. 25, 160). Es würde das aber auch ihrer Aufgabe widersprechen, die nur darin besteht, das vorhandene Gesellschaftsvermögen zu versilbern und aus diesem Erlöse die Verbindlichkeiten zu erfüllen (Behrend § 82 Anm. 21; anders Adler 123). Anm. 8.

Am allerwenigsten aber sind sie berechtigt, die sich ergebenden Passiv-Saldi der einzelnen Gesellschafter gegen diese einzuklagen (Dernburg II § 366 Anm. 12). Das ist nicht mehr Aufgabe der Liquidation, die ja nur Verwertung des vorhandenen Vermögens und Erfüllung der Verbindlichkeiten nach außen zum Gegenstande hat; dies berührt vielmehr das Verhältnis der Gesellschafter unter einander (Anm. 13 und 14 zu § 155; vgl. ROHG. 5, 390). Anm. 9.

Die Liquidatoren sind aber nicht nur zur Einziehung, sondern auch, soweit sie dies nach pflichtmäßigem Ermessen für richtig erachten, zur anderweitigen Verwertung der Forderungen (Abtretung, Stellung zur Aufrechnung usw.) berechtigt. Es ist nicht anzunehmen, daß die Gegenüberstellung im Gesetz: „die Forderungen sind einzuziehen" und „das übrige Vermögen ist in Geld umzusetzen" ihnen diese Verwertung untersagen sollte (Keyßner in ZHR. 10, 381 und RG. 44, 84; ebenso Staub in GmbH. Anm. 4 zu § 70, wobei allerdings zu bemerken ist, daß im GmbHG. das Wort „übrige" fehlt). Anm. 10.

c) **Die Liquidatoren haben das übrige Vermögen in Geld umzusetzen**: wie sie wollen, freihändig oder durch Versteigerung, letzteres auch bei Grundstücken, die frühere Schranke nach dieser Richtung (Art. 137 Abs. 2) ist gefallen. Über den Verkauf in Pausch und Bogen siehe Anm. 31; über den Abschluß neuer Geschäfte vgl. Anm. 16 ff. Anm. 11.

d) **Die Liquidatoren haben die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen.** Waren deren Forderungen bisher bestritten, so können sie nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen das Bestreiten aufgeben und Erfüllung leisten. Anm. 12.

Die Liquidatoren können auch, wenn dies im Interesse des Liquidationszweckes liegt, eine verjährte Forderung bezahlen z. B., wenn die Umsetzung eines Vermögensstückes in Geld am besten dadurch bewirkt wird, daß nebenher eine verjährte Forderung bezahlt wird (Staub GmbH. Anm. 2 zu § 70). Die entgegenstehende Entsch. des ROHG. (9, 85) ist heut nicht mehr anzuziehen, weil sie sich auf preußisches Recht stützt (vgl. Goldmann Anm. 7). Anm. 13.

Einwände, deren Erhebung in den Anschauungen des Kreises, zu dem das Geschäft gehört, als den guten Sitten widerstreitend angesehen wird, braucht der Liquidator nicht zu erheben. Es würde allen kaufmännischen Begriffen von Treu und Glauben Hohn sprechen, wenn der Liquidator eines Bankgeschäfts genötigt sein sollte, in allen nicht erledigten Geschäften den Differenz- und Registereinwand zu erhebeu.

§ 149.

Anm. 14. Zu den Gläubigern der Gesellschaft im Sinne dieses Paragraphen gehören auch die Gesellschafter, soweit sie Forderungen aus anderem Rechtsgrunde haben, und auch insoweit, als ihre Forderungen zwar in dem Gesellschaftsvertrage ihren Rechtsgrund haben, aber doch reine Forderungen geworden sind, also z. B. noch nicht erhobene, aber der Einlage noch nicht zugewachsene Gewinnansprüche oder Ansprüche auf Erstattung von Aufwendungen. Doch hat die Klage der Gesellschaftergläubiger auf Zahlung den Nachweis zur Voraussetzung, daß aktives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der Gesellschaft vorhanden ist (RG. 29, 16).

Anm. 15. Die Geschäftsguthaben der Gesellschafter haben die Liquidatoren zwar ebenfalls zu befriedigen, soweit der Liquidationsüberschuß reicht, und zwar, insoweit als die Gelder entbehrlich sind, auch schon während der Liquidation. Doch beruht dies nicht auf diesem Paragraphen, sondern auf § 155. Insoweit sind vielmehr die Gesellschafter nicht Gläubiger der Gesellschaft im Sinne des vorliegenden Paragraphen.

Anm. 16. e) **Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.**

α) Zunächst ist hervorzuheben, daß diese Vorschrift, ebenso wie der ganze Paragraph auch nach außen gilt. Auch Dritten gegenüber ist daher ein von den Liquidatoren geschlossenes Geschäft nur dann gültig, wenn es innerhalb ihrer durch diesen Paragraphen festgestellten Befugnisse geschlossen ist (ROHG. 17, 215; 21, 308; RG. 44, 82; KGJ. 21 A S. 258). Es hat demnach auch der Register- und der Grundbuchrichter das Recht, die Befugnisse des Liquidators nachzuprüfen.

Anm. 17. β) Schon in der 6./7. Auflage ist hervorgehoben, wie durch diese Bestimmung der Verkehr geschädigt werden kann, da es oft sehr schwierig sein wird, sich zu vergewissern, ob ein Geschäft den Voraussetzungen dieses Paragraphen entspricht. Mit Recht ist daher Staub (sowohl im Kommentar zum GmbHG. Anm. 16 zu § 70, als auch in seinen Vorarbeiten zur neuen Auflage dieses Kommentars) zu einer von der 6./7. Auflage abweichenden Ansicht gekommen, der hier beigetreten und die den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt wird.

Anm. 18. γ) Die Vorschrift sagt: Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen; sie beschränkt sich daher nur auf diesen Fall. Ob die Liquidatoren, abgesehen hiervon, neue Geschäfte eingehen können, regelt sich nach den übrigen Vorschriften. Nun ist aber den Liquidatoren gestattet und geboten, das Vermögen in Geld umzusetzen. Es bezieht sich das nicht nur auf eine unmittelbare Umsetzung in Geld, die ja oft die Liquidation unmöglich machen würde. Die Liquidatoren können vielmehr jedes Geschäft abschließen, das darauf abzielt, die Vermögensstücke zu verwerten. Sie können Hilfsgeschäfte abschließen z. B. Lokale zum Verkauf der Sachen mieten, die Sachen nach anderen Orten, wo sie besser zu verkaufen sind, transportieren lassen; sie können auch Umsetzungsgeschäfte z. B. Tauschverträge, Beteiligungen an Gesellschaften durch Einbringung von Geschäftsaktiven (dagegen mit zu enger Auslegung KGJ. 21 A S. 260; vgl. dazu Pinner bei Holdheim 10, 136 und Beschluß des OLG. Dresden IV. Civilsenat v. 9. 3. 04) abschließen; sie können auch das Geschäft in Pausch und Bogen verkaufen (vgl. hierüber gegen 6./7. Aufl. Staub GmbH. Anm. 5 zu § 70).

Alles dies sind neue Geschäfte, die aber nicht zur Abwicklung schwebender Geschäfte, sondern zur Verwertung des Vermögens geschlossen, also nach außen unbeschränkt zulässig sind. (Diese Ansicht ist vom RG. 44, 80 für den Fall der Liquidation einer Genossenschaft, aber auch für die o. H. G. gültig, eingehend begründet.)

Anm. 19. δ) Was nun die Abwicklungsgeschäfte zur Beendigung schwebender Geschäfte betrifft, so muß der Liquidator dem Dritten gegenüber zu allen Geschäften für ermächtigt gelten, die sich nicht erkennbar als dem Liquidationszweck nicht dienend, darstellen. Es ist zuzugeben, daß dies direkt aus dem Gesetz nicht folgt, man muß aber (wie dies bei dem entsprechenden § 49 BGB. von Planck Anm. 2; Goldmann-Lilienthal 93 Anm. 39 angenommen ist),

wenn man den Verkehr nicht unangemessen erschweren und den Gegenkontrahenten die schwersten Belästigungen auferlegen will, entsprechend die Grundsätze über Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (§ 54 Abs. 3) gelten lassen. § 149.

Was also juristisch Abwicklungsgeschäft sein kann, gilt, es sei denn, daß der Dritte gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß das Geschäft nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte diente. Letzteres ist eine Ausnahme; der, der das Geschäft anficht, hat daher die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Dritten zu beweisen. (Das ROHG. 21, 308 steht im Prinzip, nicht aber in der Frage der Beweislast auf dem gleichen Standpunkt; a. A. Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 4.)

f) **Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.** Sie sind hiernach ihre gesetzlichen Vertreter (Organ, Repräsentant) (s. Anm. 1), alles innerhalb der durch diesen Paragraphen gezogenen Grenzen, aber ohne irgend welche weitere Beschränkung, so daß sie irgend welcher Spezialvollmacht nicht bedürfen. Anm. 20.

Ihre Eigenschaft als gesetzliche Vertreter tritt besonders im Prozesse hervor. Sie allein können für die Gesellschaft klagen und verklagt werden (Bolze 13 Nr. 501). Sie leisten für die Gesellschaft die Eide (ROHG. 21, 344 u. 391; RG. in BuschA. 42, 24; Hahn § 8; anders Wach, Handbuch 531; Francken, Die Liquidation der o. H. G. 152). Hierfür sind die §§ 473 u. 476 CPO. maßgebend. Auch im Offenbarungseidesverfahren ist der Liquidator zum Offenbarungseid zu laden, ev. richtet sich der Haftantrag gegen ihn. Die Liquidatoren sind aber, wenigstens in ihrer Eigenschaft als Liquidatoren, nicht die Partei, wie das ROHG. (10, 356) unzutreffend sagt; Partei sind vielmehr die Gesellschafter selbst, weshalb diese nicht als Zeugen vernommen werden dürfen (RG. 17, 365 und RG. bei Bauer 7, 211). Anm. 21.

Über die Wirkungen des von ihnen geführten Gesellschaftsprozesses vgl. Anm. 35. Anm. 22.

Ihre Stellung als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft tritt ferner hervor, wo Gesellschaftsrechte verletzt werden. Hier liegt es im Bereiche ihrer Aufgaben und Befugnisse, die Gesellschaftsrechte zu schützen, weshalb sie zur negatorischen Klage berechtigt und verpflichtet sind (RG. 15, 104). Anm. 23.

Auch mit sich selbst kann der Liquidator kontrahieren (RG. 7, 119), d. h. es ist begrifflich zulässig; ob er im allgemeinen und Einzelfalle nicht für verpflichtet erachtet werden muß, sich dieses Kontrahierens mit sich selbst zu enthalten, ist eine andere Frage, vgl. hierüber und über die Folgen pflichtwidrigen Vertragschlusses mit sich selbst Anm. 10 ff. zum Exk. zu § 58. Auch klagen kann der Liquidator gegen die Gesellschaft. Aber er kann sich nicht selbst die Klage zustellen (§ 185 CPO.; RG. 7, 405; 47, 17). Will ein Liquidator klagen und können die anderen Liquidatoren die Gesellschaft nicht vertreten, so muß durch Wahl oder Ernennung anderer Liquidatoren die Vertretung beschafft werden. Anm. 24.

Eine Schwierigkeit erwächst dann, wenn gegen den Liquidator-Gesellschafter selbst vorgegangen werden muß. Alsdann können die anderen gegen ihn den Prozeß führen (ROHG. 9, 31). Sie vertreten dann die Gesellschaft. Anm. 25.

g) **Die Liquidatoren können Vergleiche und Schiedsverträge schließen.** Das ist nicht mehr, wie früher im Art. 137, besonders hervorgehoben, weil es selbstverständlich ist. Auch Schenkungen liegen nicht schlechthin außerhalb ihrer Befugnis, soweit sie üblich sind oder dem Liquidationszweck dienen (z. B. Gratifikationen an Beamte usw.). Anm. 26.

h) Hinzuzufügen ist als Besonderheit, daß jeder Liquidator, auch wenn er nur Gesamtvertreter ist, zu dem Antrage auf Konkurseröffnung legitimiert ist (§ 210 KO.), außerdem auch jeder persönlich haftende Gesellschafter (§ 210 KO.). Ein Zwangsvergleich aber kann nur von allen persönlich haftenden Gesellschaftern geschlossen werden (§ 211 KO.). Anm. 27.

Zusatz 1. Die negative Abgrenzung der Befugnisse der Liquidatoren hat das Gesetz nicht vorgenommen. Sie ergibt sich durch Schlüsse aus den für ihre positiven Befugnisse ge- Anm. 28.

§ 149. zogenen Schranken. **Eine erschöpfende Abgrenzung nach der negativen Richtung ist freilich nicht möglich.**

Beispielsweise seien hier erwähnt:

Anm. 29. a) **Liquidatoren dürfen Prokuristen nicht bestellen,** weil dazu ein Handelsbetrieb vorausgesetzt wird (ROHG. 13, 223); **wohl aber können sie einzelne handelsrechtliche Aufträge und überhaupt Handelsvollmachten erteilen und Gehilfen zuziehen, soweit dies im Rahmen der Liquidation liegt.** Die bestehenden Prokuren erlöschen oder verwandeln sich in Handlungsvollmachten (Anm. 13 zu § 52).

Anm. 30. b) **Sie dürfen nicht den Sitz der Gesellschaft verlegen,** das hat mit der Liquidation nichts zu tun. Art. 144 Abs. 2, in welchem bestimmt war, daß der Gerichtsstand der Gesellschaft während der Liquidation unverändert bleibt und aus welchem hervorging, daß im Stadium der Liquidation der Sitz der Gesellschaft überhaupt nicht verlegt werden kann (KGJ. 15, 37), ist zwar gefallen. Allein wenn hiernach auch die Gesellschafter den Sitz der Gesellschaft verlegen können, so ist dies doch nicht Aufgabe der Liquidatoren.

Anm. 31. c) **Sie dürfen das zu liquidierende Geschäft in Pausch und Bogen verkaufen** (vgl. hierüber Anm. 18).

Anm. 32. d) Darüber, **ob der Liquidator das Firmenrecht veräußern darf,** vgl. Anm. 7 zu § 22.

Anm. 33. **Zusatz 2.** Der vorliegende Paragraph beschränkt sich darauf, die Aufgabe und Rechtsstellung der Liquidatoren festzustellen, **behandelt aber nicht die Einzelfragen, die sich eng an ihre Tätigkeit knüpfen.**

Hervorgehoben seien hier folgende Punkte:

a) **Das Maß der Sorgfalt,** welches die Liquidatoren anzuwenden haben, richtet sich danach, ob sie Gesellschafter oder Fremde sind. Im ersteren Falle haben sie **diligentia quam suis** nach § 708 BGB. aufzuwenden, sonst die Sorgfalt, die dem Mandatar bzw. Dienstverpflichteten im allgemeinen obliegt (Behrend § 82 Anm. 35; vgl. Anm. 40; abweichend Hahn § 11 zu Art. 137). Die Anwendung der Sorgfalt haben sie zu beweisen.

Anm. 34. b) **Durch ihre Vertretung entsteht die Solidarhaft der Gesellschafter** (vgl. zu § 156; Behrend § 82 Anm. 13; anders, aber unzutreffend, ROHG. 21, 47).

Anm. 35. c) **Die Wirkung des von den Liquidatoren geführten Prozesses** ist dieselbe, wie die eines von der lebenden Gesellschaft geführten Prozesses; das Urteil macht Rechtskraft auch für und gegen die Gesellschafter (Bolze 1 Nr. 1965; vgl. näheres Anm. 25 zu § 124). Es kann auch hier aus dem gegen die Liquidationsgesellschaft ergangenen Urteile nicht unmittelbar gegen den einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden (ROHG. 6, 416; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1664).

Anm. 36. d) **Nach Beendigung ihres Amtes haben die Liquidatoren Rechnung zu legen.** Hierüber und über sonstige Rechnungslegungs- und Auskunftsfragen s. die Erl. zu § 154.

Anm. 37. e) **Überschreiten die Liquidatoren ihre Vollmacht,** so haften sie dem Dritten persönlich gemäß § 179 BGB. (vgl. hierüber Anm. 39ff. zum Exk. zu § 58). Das gleiche gilt, wenn sich jemand als Liquidator geriert, der es nicht ist.

Anm. 38. f) **Belohnung** können die Liquidatoren nicht fordern, wenn sie Gesellschafter sind (vgl. Anm. 6 zu § 110 und ferner OLG. Dresden in ZHR. 37, 544), sonst entscheidet § 354, Handelsgebrauch oder Zivilrecht. Ihr Verhältnis ist, wenn sie keine Gesellschafter sind, ein Auftrags- oder Dienstvertragsverhältnis, je nachdem sie unentgeltlich oder gegen Entgelt tätig sind. Die Belohnung eines vom Gericht ernannten Liquidators ist nicht vom Gericht festzusetzen; es ist nur der Rechtsweg zulässig (KGJ. 27 A S. 222).

Anm. 39. g) **Für ihre Tätigkeit verantwortlich** sind sie bloß den Beteiligten im Sinne des § 146, nicht den Gläubigern der Gesellschaft, deren Mandatare sie nicht sind. Selbstverständlich haften sie als Liquidatoren auch nicht den Gegenkontrahenten aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft abzuschließenden Rechtsgeschäften, soweit nicht etwa Überschreitungen der Vollmacht (s. Anm. 37) vorliegen, oder soweit sie nicht etwa durch den Abschluß dieses Rechtsgeschäfts dem Dritten gegenüber eine unerlaubte Handlung begangen haben (vgl. RG. 30, 50). Oft

wird eine Haftung den Gläubigern gegenüber dann hergestellt, wenn der Liquidator zugleich Beauftragter der Gläubiger ist, z. B. wenn ihn die Gläubiger beauftragt haben, ein außergerichtliches Arrangement herbeizuführen. § 149.

b) **Können die Liquidatoren ihr Amt vor Beendigung der Liquidation niederlegen?** Das richtet sich nach der Quelle ihres Amts. Sind sie Gesellschafter, so greift derselbe Grundsatz Platz, wie für den Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft, sie können also nicht niederlegen (vgl. Anm. 8 zu § 127). Sind sie Fremde, so richtet sich die Frage nach den Regeln des Auftrages oder Dienstvertrages. Liegt Auftrag im eigentlichen Sinne (d. h. unentgeltlicher Auftrag) vor, so kann der Liquidator zwar jederzeit niederlegen; wenn er dies aber ohne wichtigen Grund zur Unzeit tut, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet (§ 671 BGB.). Wenn ein Dienstverhältnis vorliegt, so geht man wohl nicht fehl, wenn man den § 627 BGB. Platz greifen läßt. Denn die Liquidation einer Gesellschaft ist doch wohl eine Dienstleistung höherer Art. Der Liquidator kann daher auch hier jederzeit kündigen, nur nicht ohne wichtigen Grund zur Unzeit, widrigenfalls er den Schaden ersetzen muß. Zur Unzeit bedeutet: so, daß nicht rechtzeitig ein Ersatz beschafft werden kann. Anm. 40.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Soweit es sich um innere Verhältnisse handelt, greift auf die vor dem 1. Januar 1900 begründeten Rechtsverhältnisse das alte Recht Platz; dagegen ist das neue Recht maßgebend für alle die Rechtsbeziehungen, welche nach dem 1. Januar 1900 nach außen entstehen (vgl. Anm. 46 zu § 105 und Anm. 20 zu § 123). Anm. 41.

§ 150.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können; eine solche Bestimmung ist in das Handelsregister einzutragen. § 150.

Durch die Vorschrift des Abs. 1 wird nicht ausgeschlossen, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so findet die Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung.

Einleitung. **Der Paragraph ordnet an, daß regelmäßig und präsumtiv eine Mehrheit von Liquidatoren nur Gesamt-Vertretungsmacht und -Geschäftsführungsbefugnis besitzt,** also gerade umgekehrt wie bei der lebenden o. H. G. Bei der letzteren ist die Alleinvertretung und Geschäftsführungsbefugnis die Regel (§§ 125, 114). Unrichtig ist es, den ganzen Paragraphen nur auf die Vertretungsmacht zu beziehen (so Makower I 296). Aus der Vorschrift der Eintragung folgt dies nicht. Die Eintragungsvorschrift bezieht sich natürlich nur auf die äußere Seite der Sache. Aber aus dem § 149 ist ersichtlich, daß das Gesetz bei der Liquidation von der Übereinstimmung des Vertretungs- und des Geschäftsführungsumfanges ausgeht (vgl. Anm. 1—3 zu § 149) und wie § 149, so ist auch § 150 auf beide Seiten der Sache zu beziehen.

1. **Die Vorschrift der Gesamtvertretung bezieht sich auf alle Fälle einer Mehrheit von Liquidatoren, insbesondere auch** Anm. 1.

a) auf den Fall, daß die früheren Gesellschafter es sind. Ihre etwaige Einzelbefugnis zur Vertretung der Gesellschaft und zur Geschäftsführung überdauert dieselbe nicht; sie sind nach Auflösung der Gesellschaft nur gemeinsame Verwalter des Gesellschaftsvermögens,

b) auf den Fall der richterlichen Ernennung.

2. **Die Vorschrift hat zur Folge,** daß die Liquidatoren nur gemeinsam handeln können. Auch Gefahr im Verzuge macht keine Ausnahme. Anm. 2.

Da die Vorschrift auch nach innen gilt, so muß jede Handlung unterbleiben, der einer der Liquidatoren widerspricht. Auch der Richter kann den widersprechenden Liquidator

§ 150. nicht verurteilen, die von dem anderen verlangte, angeblich notwendige oder zweckmäßige Handlung vorzunehmen (RG. 12, 33). Unsachgemäßer Widerspruch kann nur zur Abberufung führen.

Dies gilt auch für das Vorgehen eines Liquidators gegen die Gesellschaft und der Gesellschaft gegen einen Liquidator (vgl. die in Anm. 24 zu § 149 zit. Entsch. RG.).

Anm. 3. 3. **Der Ausschluß der Gesamt-, die Anordnung der Einzelvertretungsbefugnis** muß im Vertrage oder in der richterlichen Ernennung ausdrücklich erfolgen und eingetragen werden. Im Falle der richterlichen Ernennung durch den Registerrichter erfolgt die Eintragung von Amts wegen (§ 146 Abs. 2); für die richterliche Ernennung durch den Prozeßrichter gilt dies nicht (Anm. 2 zu § 148).

Dritten gegenüber gilt der nicht eingetragene Ausschluß der Kollektivvertretung nur unter den Voraussetzungen des § 15.

Anm. 4. Der Ausschluß der Gesamtvertretung kann auch in der Weise erfolgen, daß je zwei von drei Liquidatoren gemeinsam handeln müssen, oder auch in der Weise, daß von den drei Liquidatoren A., B., C. nur Liquidator A. allein, die beiden andern nur gemeinsam handeln können. Im Abs. 1 sind diese Variationen zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber es folgt daraus nicht ihre Unzulässigkeit. Die Anordnung, daß einer der Liquidatoren nur zusammen mit einem Prokuristen handeln darf, ist hier unzulässig, weil die liquidierende Gesellschaft keinen Prokuristen hat; die Anordnung, daß ein Liquidator nur zusammen mit einem Handlungsbevollmächtigten handeln darf, ist ebenso unzulässig, wie bei der lebenden Gesellschaft (vgl. Anm. 14 zu § 125).

Die Anordnung beruht auf Vertrag, Beschluß der Gesellschafter oder richterlicher Ernennung.

Anm. 5. 4. Im Abs. 2 ist angeordnet,

a) daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können,

b) daß eine der Gesellschaft gegenüber abzugebende Willenserklärung einem Gesamtliquidator gegenüber wirksam abgegeben werden kann.

Das Nähere zur Erläuterung dieser beiden Vorschriften siehe in Anm. 2, 10 u. 12 zu § 125.

Anm. 6. 5. **Über die Art, wie Gesamtvertreter zusammenwirken,** s. Anm. 7—13 zu § 125. Dort sind weiter Fragen erörtert, über die Ausübung der Gesamtvertretung, den Beweis der Zusammenwirkung, die Folgen des Alleinwirkens eines Gesamtberechtigten, über die Genehmigung unbefugten Alleinwirkens, über die Frage, wessen Wissen entscheidet, wenn es auf das Wissen einer Tatsache ankommt, über die Form der Zeichnung von gesamtvertretungsberechtigten Personen

Anm. 7. Besonders ist zu erwähnen, daß, wenn sich mehrere gesamtberechtigte Liquidatoren über eine Maßregel nicht einigen, keiner gegen den andern das Gericht anrufen kann, um die mangelnde Einwilligung zu ergänzen; Abhilfe ist vielmehr nur durch einen Antrag auf Abberufung möglich (OLG. Frankfurt in ZHR. 37, 544; RG. 12, 34). Wohl aber ist jeder Liquidator verpflichtet, dem anderen Liquidator die Ausübung der Pflichten zu ermöglichen, z. B. ihm die nötige Auskunft zu gewähren; hierauf kann auch geklagt werden.

§ 151.

§ 151. **Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam.**

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt die Unbeschränkbarkeit der gesetzlichen Vertretungsmacht des Liquidators.** Der Inhalt des Paragraphen entspricht dem des § 126 Abs. 2, weshalb zu seiner Erläuterung auf die Bemerkungen zu jenem Paragraphen zu verweisen ist. Hervorzuheben ist:

1. **Die Vorschrift gilt nur gegenüber dem Dritten** (eine Einschränkung nach innen ist zulässig, § 152), **dem Dritten gegenüber aber auch dann, wenn dieser Kenntnis von der Beschränkung hatte.** Dies begründet noch keine Kollusion (RG. 9, 149). Über Kollusion s. näheres Anm. 15 zu § 126. — § 151. Anm. 1.

2. **Als Dritter kann aber nicht betrachtet werden der Liquidator selbst, wenn mit ihm kontrahiert wird** (dagegen Goldmann Anm. 3). Er kann zwar sogar, wenn das im Interesse der Gesellschaft liegt, mit sich kontrahieren, aber nicht unter Außerachtlassung der Beschränkungen, die ihm gültig auferlegt sind (vgl. auch § 181 BGB.). Das Reichsgericht (7, 120) betrachtet auch den Liquidator als Dritten im Sinne des § 151. Das kann jedoch nicht gebilligt werden und ist in jener Entscheidung ohne Not ausgesprochen worden, da dort von einem Liquidator mit beschränkter Vertretungsmacht keine Rede ist, sondern nur die Frage der Kontrahierungsmöglichkeit mit sich selbst zur Entscheidung stand. — Anm. 2.

3. **Der Aufhebung der Vertretungsbefugnis** ist hier keine Erwähnung getan. Sie ist nicht möglich oder vielmehr, sie bedeutet eben das Ende des Liquidatoramts. Eine Liquidation ohne Vertretungsbefugnis, wie sie Laband in ZHR. 10, 219 für möglich hält, ist nicht denkbar (vgl. Behrend § 82 Anm. 5). — Anm. 3.

4. Eine dem § 126 Abs. 3 entsprechende Bestimmung, nach der die Befugnis auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen beschränkt werden kann, ist hier nicht getroffen, daher auch nicht angängig (vgl. Denzler, Filiale 280). — Anm. 4.

Zusatz. Nicht erwähnt ist im Gesetz die Frage nach der Erweiterung der Vertretungsmacht des Liquidators. Die Vertretungsmacht kann erweitert werden durch Übereinkunft der Gesellschafter auch bei richterlich ernannten Liquidatoren (Anm. 1 zu § 152). Richterliche Ernennung kann aber Erweiterung der Vertretungsmacht nicht schaffen. — Anm. 5.

Eine Eintragung der Erweiterung findet nicht statt. Aber auch ohne Eintragung ist sie Dritten gegenüber wirksam.

§ 152.

Gegenüber den nach § 146 Abs. 2, 3 Betheiligten haben die Liquidatoren, auch wenn sie vom Gerichte bestellt sind, den Anordnungen Folge zu leisten, welche die Betheiligten in Betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen. — § 152.

Einleitung. **Der Paragraph unterwirft den Liquidator den einstimmigen Anordnungen der Gesellschafter.** Die Vorschrift ist in den Beratungen des alten HGB. damit gerechtfertigt worden, daß die Bestellung eines Liquidators durch den Richter nur aus Mangel an Einstimmigkeit erfolgt. Wo daher diese Einstimmigkeit herrscht, da besteht kein Grund, dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten einen entscheidenden Einfluß zu verweigern, zumal es sich um ihr Vermögen handelt. Der juristische Grund der Vorschrift ist, daß das Verhältnis der Liquidatoren zu den Gesellschaftern nach innen auf einem Mandat bzw. einem Dienstverhältnisse beruht, soweit sie nicht Gesellschafter sind (Anm. 40 zu § 149). (Vgl. auch ROHG. 23, 330.)

1. **Die Bedeutung der Vorschrift.** Sie betrifft, insoweit es sich um Beschränkungen der Handlungsfreiheit handelt, nur das Verhältnis nach innen. Aber es kann hierin auch **eine Erweiterung der Handlungsfreiheit** liegen. Alsdann wirkt sie auch nach außen (vgl. Anm. 5 zu § 151), was Makower I 297 mit Unrecht bestreitet. Die Absicht der Gesetze geht jedenfalls dahin, daß sich Geschäftsführung und Vertretung regelmäßig decken (§ 714 BGB.), und besonders gilt das für die Rechtsstellung des Liquidators (Anm. 1—3 zu § 149; vgl. auch RG. in JW. 00, 133[13]). Es ist nicht zuzugeben, wenn Makower und Rudorff die Erweiterungen der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren als gewöhnliche Vollmacht ansehen. Es ist daher auch nicht zu billigen, wenn Lehmann-Ring (Nr. 2) die Vorschrift des § 665 BGB., nach der der Beauftragte in gewissen Fällen von der Weisung abweichen darf, zur Anwendung bringt. Es widerspricht dies dem Wortlaut und der Tendenz des § 152. — Anm. 1.

2. **Zu den Liquidatoren,** die solchergestalt durch Einstimmigkeit der Gesellschafter gebunden sind, gehören alle, sie seien die Gesellschafter selbst oder erwählte oder ernannte. — Anm. 2.

§ 152. Anm. 3. 3. **Die Beteiligten** müssen, um die Anweisung zur bindenden zu machen, sämtlich zustimmen. Wer diese Beteiligten sind, darüber siehe Anm. 7 zu § 146: Danach gehört auch der nach § 135 eingewiesene Gläubiger eines Gesellschafters dazu, und an die Stelle eines fallierten Gesellschafters tritt sein Konkursverwalter. Die Erben eines Gesellschafters müssen sämtlich zustimmen (Behrend § 82 Anm. 18); auch der Liquidator selbst, wenn er Gesellschafter ist, sodaß dieser die von den andern gewollten Maßregeln durch seinen Widerspruch verhindern kann, es sei denn, daß es sich um eine gegen ihn selbst zu treffende Maßregel handelt. Hier genügt der Beschluß der übrigen (vgl. Anm. 1 zu § 141). Der fremde Liquidator dagegen hat kein Widerspruchsrecht, sondern die Pflicht, den Beschluß auszuführen.

Anm. 4. Der einzelne Gesellschafter kann dem Liquidator keine Anweisung geben. Tut der Liquidator, was er nicht tun darf, oder unterläßt er, was er tun soll, so hat der einzelne Gesellschafter kein Recht, ihn zur Erfüllung anzuhalten (vgl. auch RG. in SeuffBl. 65, 216). Es besteht in solchem Fall lediglich das Abberufungsrecht nach § 147 und ein Recht auf Schadensersatz (§ 149 Anm. 39). Darüber, was geschieht, wenn der Liquidator einstimmigen Weisungen nicht Folge leistet, vgl. Anm. 6.

Anm. 5. 4. **Der Inhalt der Anordnung** kann der Befehl sein, eine Handlung zu unterlassen oder eine Handlung vorzunehmen, eine Handlung in bestimmter Weise vorzunehmen, eine Handlung vorzunehmen, die den Rahmen des § 149 überschreitet. Es kann z. B. angeordnet werden, daß die Liquidatoren eine Teilung in natura vornehmen (D. 113).

Anm. 6. 5. **Nichtbeobachtung der Anordnung** ist Pflichtverletzung und hat Schadensersatz, geeignetenfalls Abberufung nach § 147 zur Folge. Es kann aber der Liquidator auch auf Vornahme der einstimmig angeordneten Maßregel verklagt werden. Die Entscheidung des RG. 12, 33 darf trotz ihres weitergehenden Wortlauts nicht soweit ausgedehnt werden, daß dies Klagerecht versagt wäre. Sie ist nur richtig in dem beschränkteren Sinne, daß ein Gesellschafter-Liquidator nicht zur Aufgabe seines, sei es auch unsachgemäßen Widerspruchs richterlich gezwungen, nicht verurteilt werden kann, bei der Handlung mitzuwirken oder in die Vornahme derselben zu willigen, wenn er derselben widersprochen hat. In diesem Sinne ist es richtig, daß der Richter nicht im einzelnen in die Führung der Geschäfte eingreifen darf. In unserm Falle aber liegt eine einstimmig beschlossene Maßregel vor. Auf Ausführung dieser kann der Liquidator verklagt werden. Ist er Gesellschafter, so brauchte er ja seine Zustimmung nicht zu geben, hat er sie aber erteilt, so ist er an den gemeinsamen Beschluß gebunden. Ist er nicht Gesellschafter, so hat er nach den Regeln des Auftrages oder Dienstvertrages die Weisungen des Mandanten zu befolgen und auszuführen, soweit nicht etwa aus dem fraglichen Dienstvertrage das Gegenteil hervorgeht.

§ 153.

§ 153. **Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.**

Der Paragraph schreibt vor, wie die Liquidatoren die Gesellschaftsfirma zu zeichnen haben.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift ist nur instruktioneller Natur. Einmal insofern sie keine Bedingung für die Gültigkeit der vorgenommenen Handlung abgibt; auch bei anderweiter Zeichnung der Firma ist das Geschäft gültig; es kommt, wie im § 125, nur darauf an, ob ausdrücklich oder konkludenterweise die Gesellschaft verpflichtet werden sollte (ROHG. 9, 215; KGJ. 10, 20 und RG. 50, 60; vgl. auch die Erläuterung in Anm. 2 zu § 51). Sodann aber auch insofern, als die Liquidationsfirma keine veränderte Firma, sondern nur die bisherige Firma ist. Der von den Liquidatoren geführte Zusatz (in liqu. oder sonst) wird nicht Bestandteil der Firma, der die Firma zu einer andern macht (OLG. Hamburg in ZHR. 35, 235). Darum liegt hier auch keine Firmenänderung im Sinne des früheren Markenschutzgesetzes vor (RG. 15, 105). Eine neue gleichlautende Firma darf nicht eingetragen werden, bis die Liqui-

dationsfirma erloschen oder gelöscht ist (KGJ. 10, 17; RG. 29, 68; OLG. Dresden in JHR. 37, 529; § 30 HGB.). **§ 153.**

2. Die Beobachtung der Vorschrift aber ist nicht ohne zivilrechtlichen Einfluß. Denn sie zeigt dem Dritten an, daß die Gesellschaft in Liquidation getreten ist. Der Dritte darf daher die Gesellschaft nicht mehr für bestehend halten, selbst wenn die Auflösung nicht eingetragen ist. Anm. 2.

3. Über die Art, wie Gesamtliquidatoren die Firma zeichnen, s. Anm. 4 zu § 108. Anm. 3.

§ 154.

Die Liquidatoren haben bei dem Beginne sowie bei der Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen. **§ 154.**

Der Paragraph legt den Liquidatoren die Verpflichtung auf, zwei Bilanzen aufzustellen. Die Vorschrift ist im früheren HGB. nicht enthalten.

1. **Eine Bilanz bei Beginn der Liquidation.** Sie ist gewissermaßen die Eröffnungsbilanz für die Liquidationsgesellschaft. Die bisher geführten Bücher sind für diesen Zeitpunkt abzuschließen und es ist unter Zugrundelegung einer Inventur die Bilanz nach der allgemeinen Vorschrift des § 40 aufzustellen. Die Minderbewertungen, die durch den wahren Wert nicht gerechtfertigt werden, und durch die während der Dauer der Gesellschaft bewirkt werden sollte, daß nicht aller Gewinn verteilt werde, kommen jetzt in Wegfall (vgl. Anm. 5 im Exk. zu § 141). Der wahre Wert kommt in Ansatz. Dabei ist jetzt regelmäßig nicht mehr davon auszugehen, daß das Geschäft besteht, denn es soll ja eben aufgelöst werden. Es kommt also der „Schmelzwert" in Betracht. Nur wenn ein Verkauf des ganzen Geschäfts in sicherer Aussicht steht, kann dies berücksichtigt werden. Anm. 1.

Auf Grund dieser Eröffnungsbilanz sind auch die Kapitalkonten der Gesellschafter richtig zu stellen. Ergibt sich gegen die letzte Bilanz ein Plus, so wird dasselbe buchmäßig nach der Gewinnbeteiligung auf die Gesellschafter verteilt. In der Praxis findet oft eine Verteilung der Ergebnisse der Eröffnungsbilanz der Liquidation auf die Kapitalkonten nicht statt; oft wird auch die Eröffnungsbilanz nicht nach Maßgabe der wirklichen Werte, sondern unter Beibehaltung der bisherigen gemacht. Praktisch ist dies bedeutungslos, da die richtigen Werte und die richtigen Kapitalkonten bei der Schlußbilanz in Erscheinung treten müssen. Spätestens hier kommen auch frühere übermäßige Abschreibungen zum Vorschein. Anm. 2.

Fällt die Auflösung, wie dies wohl regelmäßig der Fall sein wird, in das Geschäftsjahr selbst, so sind die Gesellschafter der Pflicht überhoben, für den restierenden Bruchteil des letzten Geschäftsjahres eine Geschäftsbilanz aufzustellen. Für diesen restierenden Bruchteil wird also das Geschäftsergebnis nicht berechnet und der Gewinn oder Verlust nicht verteilt. Es gibt für diesen Zeitraum keinen Jahresgewinn und keinen Jahresverlust. Die Auflösung bildet einen Abschluß, der es unmöglich macht, einen Jahresgewinn oder einen Jahresverlust festzustellen (RG. in JW. 88, 360). Höchstens könnte die Aufstellung einer solchen Bilanz wegen etwaiger Gewinnanteilsansprüche Dritter in Frage kommen (commis interessé, stiller Gesellschafter). Anm. 3.

2. **Eine Schlußbilanz.** Wenn die Liquidation beendet ist, das Vermögen in Geld umgesetzt und die Gläubiger befriedigt sind, soweit dies nach den Ergebnissen der Liquidation möglich war, haben die Liquidatoren eine Schlußbilanz aufzustellen. Sie wird in gewisser Hinsicht nach denselben Grundsätzen gefertigt, wie während der Dauer der Gesellschaft. Insbesondere werden auch hier den Aktivsalden 4% des Kapitalanteils vom Liquidationsgewinne zugeschrieben (§ 121), und zwar für die Zeit von der letzten Geschäftsbilanz ab (ebenso Cosack § 109 III 12 b; dagegen Lehmann Ring Nr. 4). Denn von diesem Zeitpunkte ab sind den Gesellschaftern keine Zinsen mehr ausbezahlt worden (§ 155 Abs. 2 Satz 3); sie haben aber nach dem Gedanken, der dieser Vorschrift zugrunde liegt, für jeden Zeitteil, während dessen das Kapital im Geschäft steckt, den Vorzug des Zinsengenusses zu beanspruchen; durch den Anm. 4.

§ 154. Eintritt der Liquidation inmitten eines Geschäftsjahres wird nur die Berechnungsmöglichkeit der Zinsen zeitweilig gehemmt, weil die Grundlage fehlt, die Feststellung eines Jahresgewinnes: diese Möglichkeit tritt jetzt wieder ein.

Anm 5. Die Gewinnanteile sind die gleichen, wie bei bestehender Gesellschaft (vgl. Anm. 12 zu § 156); wer also nach dem Gesellschaftsvertrage mit $^1/_3$ am Gewinn beteiligt ist, der ist es auch bei der Schlußverteilung mit $^1/_3$. Ist nichts vereinbart, so wird der Gewinn nach Köpfen verteilt (§ 121 Abs. 3; vgl. auch § 734 BGB.). Das gleiche gilt über die Verlustanteile. Bezüglich der Verlustanteile folgt dies aus § 735 BGB.

Gewinn wird dabei meist aus der vorteilhaften Verwertung von Gegenständen über dem Inventurwert, Verlust durch Mindererlös nach dieser Richtung oder durch Ausfälle bei den Außenständen entstehen.

Auf Grund dieser Bilanz werden die Konten der Gesellschafter richtig gestellt und auf die Weise festgestellt, welcher Aktiv- und welcher Passivsaldo für die einzelnen Gesellschafter verbleibt (vgl. Anm. 2).

Anm. 6. 3. Auf Aufstellung dieser Bilanz kann auch geklagt werden und zwar von jedem Gesellschafter. Jedem Gesellschafter muß auf Erfordern die Bilanz vorgelegt werden. Es muß aber nicht notwendig die Klage auf Aufstellung der Schlußbilanz der Klage auf Auszahlung des Guthabens voraufgehen (vgl. Anm. 29 im Exk. zu § 141). **Außerdem sind die Liquidatoren strafbar**, wenn sie die Ziehung dieser Bilanzen unterlassen und nachträglich Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung der Gesellschaft erfolgt (§§ 240 Nr. 4, 244 KO.). Zwar sind hier die Schuldner für strafbar erklärt; aber an ihre Stelle tritt sinngemäß der gesetzliche Vertreter, dem allein die Pflicht der Bilanzziehung obliegt, wie bei Vorständen der Aktiengesellschaft (vgl. Anm. 3 zu § 38). Für die weitere Buchführung während der Liquidation (Anm. 7) sind die Gesellschafter strafrechtlich verantwortlich (vgl. Anm. 3 zu § 38).

Anm. 7. 4. **Die ordentlichen Jahresbilanzen brauchen die Liquidatoren nicht immer aufzustellen.** Das war die Absicht des Gesetzgebers (D. 114) und diese Absicht ist deutlich zum Ausdruck gebracht. Gareis (Anm. 1) verlangt trotzdem von den Liquidatoren einer o. H. G. stets jährliche Bilanzen, aber mit Unrecht. Aus § 156 folgt das nicht. Dort sind nur die Vorschriften des zweiten und dritten Titels dieses Abschnitts auf die Liquidationsgesellschaft für anwendbar erklärt. In diesen beiden Titeln ist aber die Vorschrift jährlicher Bilanzziehung nicht enthalten. Sie ist vorgeschrieben im § 39 Abs. 2, aber nur für Kaufleute. Aber die Liquidationsgesellschaft ist kein Kaufmann, wenigstens nicht notwendig, sondern nur, solange sie noch mit handelsgewerblichen Rechtsakten zu tun hat (Anm. 25 zu § 1). Solange dies der Fall ist, ist die o. H. G. als Kaufmann zu betrachten und solange haben die Gesellschafter die Verpflichtung zur Buchführung, wie jeder andere Kaufmann. Als Fortführung des Geschäfts in seinen letzten Akten ist es aber z. B. nicht anzusehen, wenn nur noch die Einziehung von Außenständen oder die Veräußerung des Gesellschaftsgrundstücks aussteht, während das Geschäft im übrigen aufgehört hat (OLG. Karlsruhe in ZHR. 37, 542).

Anm. 8. 5. **Haben die Liquidatoren weitere Rechnung zu legen?** Die Bilanz allein erschöpft die Rechnungslegung nicht. Sie ist nur eine Rechenschaftsübersicht über die Ergebnisse der Liquidation. Die Liquidatoren haben aber ordnungsmäßig Rechnung zu legen, da sie eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung haben (§ 259 BGB.; für das frühere Recht Bolze 3 Nr. 793; 4 Nr. 805), beim Nachweis besonderer Umstände auch im Laufe der Amtsführung (ROHG. 12, 41). Diese Rechnungslegung erfolgt aber in der Regel und abgesehen von besonderen Umständen durch bloße Vorlegung der Bücher und Skripturen (ROHG. 25, 344). Besondere Nachweise müssen erbracht werden, wenn die Geschäftsführung besonders verwickelt, die Bücher lückenhaft sind, oder der Liquidator sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht hat (OLG. Karlsruhe in ZHR. 37, 542). Auskunft über die Sachlage kann, wenn auch nicht gerade jederzeit, so doch in angemessenen Zwischenräumen verlangt werden (vgl. Bolze 4 Nr. 805).

Die gedachten Rechenschaften sind auch hier jedem Gesellschafter zu geben (vgl. Anm. 8 zu § 118) oder einem von diesem Bevollmächtigten. Daneben hat jeder Gesellschafter das Einzelkontrollrecht aus § 118 (vgl. Anm. 9 zu § 156). § 154.

§ 155.

Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren nach dem Verhältnisse der Kapitalantheile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu vertheilen. § 155.

Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig vertheilt. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußvertheilung zukommenden Beträge ist das Erforderliche zurückzubehalten. Die Vorschriften des § 122 Abs. 1 finden während der Liquidation keine Anwendung.

Entsteht über die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens Streit unter den Gesellschaftern, so haben die Liquidatoren die Vertheilung bis zur Entscheidung des Streites auszusetzen.

Der vorliegende Paragraph gibt in Abs. 1 **die Vorschrift der Schlußverteilung**, in Abs. 2 eine Vorschrift über **vorläufige Verteilung entbehrlichen Geldes**, in Abs. 3 die Vorschrift, daß die Liquidatoren bei **Streitigkeiten unter den Gesellschaftern** dieselbe auszusetzen haben. Einleitung.

Die Disposition dieser Paragraphen ist nicht praktisch und nicht logisch. Es empfiehlt sich, wie das alte HGB. dies in den Art. 141 und 142 getan hat, zunächst die Vorschrift über die vorläufige Verteilung von Geldern während der Liquidation und dann erst die Schlußverteilung zu erörtern, also erst Abs. 2 und dann Abs. 1.

I. (Abs. 2.) **Die vorläufige Verteilung während der Liquidation.**

1. **Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig verteilt.** Anm. 1.

a) **Das entbehrliche Geld wird verteilt.** Die Grundlage der Verteilung ist eine Berechnung, welche aufzustellen ist unter Zugrundelegung der Eröffnungsbilanz der Liquidation (Anm. 1 zu § 154) und unter Hinzuziehung der Faktoren, die sich durch die bisherigen Ergebnisse der Liquidation ergeben. Ob die Berechnung in Form einer selbständigen und förmlichen Bilanz gemacht wird oder in einfacherer Weise, ist Sache der Liquidatoren. Auf Aufstellung einer förmlichen Bilanz hat der einzelne Gesellschafter keinen Anspruch; die sämtlichen Gesellschafter können sie verlangen (§ 152; D. 114). Doch machen sich die Liquidatoren, wenn sie offensichtlich entbehrliche Gelder nicht zur Verteilung bringen, jedem Gesellschafter gegenüber schadensersatzpflichtig. Denn auf die Auszahlung der vorläufig entbehrlichen Gelder hat jeder Gesellschafter einen klagbaren Anspruch (ROHG. 3, 338 und RG. 47, 19). Der Prozeß kann angestellt werden gegen die Gesellschaft i. L. vertreten durch die zur Vertretung berechtigten Liquidatoren, oder gegen die sämtlichen Liquidatoren, oder gegen den widersprechenden Liquidator. Klagt ein Gesellschafter, der zugleich Liquidator ist, gegen die Gesellschaft, die ohne seine, des Klägers, Mitwirkung nicht gehörig vertreten ist, so kann die Klage der Gesellschaft nicht rechtsgültig zugestellt werden (Anm. 24 zu § 149).

Was die materielle Seite der Klage betrifft, so stellt sich die Sache so, daß jeder Gesellschafter sein Guthaben schon während der Dauer der Liquidation nur dann verlangen kann, wenn er beweist, daß die eingeklagte Summe überschüssig bleiben werde, wie auch die Liquidation ausfallen möge, und daß sie schon jetzt für das Liquidationsgeschäft entbehrlich sei (Bolze 13 Nr. 504).

Die hier den Liquidatoren gegebene Befugnis zur Verteilung gibt ihnen auch das Recht zur Zahlung an sich selbst, soweit sie Gesellschafter sind (§ 181 BGB.: „in Erfüllung einer Verbindlichkeit"). Anm. 2.

§ 155. Anm. 3. Dieser Anspruch des Gesellschafters auf Verteilung der vorläufig entbehrlichen Gelder bildet auch einen Gegenstand des Zugriffs für die Sondergläubiger des Gesellschafters (Lastig bei Endemann I 418).

Ein Recht auf Entnahme von Zinsen hat der Gesellschafter während der Liquidation nicht (Abs. 2 Satz 3). Aber bei der Schlußverteilung kommt der Zinsanspruch wieder zum Vorschein (Anm. 8).

Ob der Gesellschafter seine sonstigen Forderungen während der Liquidation gegen die Gesellschaft einklagen kann, darüber s. Anm. 14 zu § 149; ob er sie gegen die Gesellschafter einklagen kann, darüber s. Anm. 5 zu § 156.

Anm. 4. b) **Vorläufig.** Daher muß etwa zu viel Empfangenes zurückgezahlt werden zur Vermeidung der Klage durch den Liquidator (Hahn § 2 zu Art. 141) oder durch die anderen Gesellschafter. Auch der nach § 135 eingewiesene Pfändungsgläubiger muß sich die Zurückforderung gefallen lassen (§ 812 BGB.), der Konkursverwalter eines Gesellschafters muß sie als Masseanspruch anerkennen (§ 59 Anm. 3 KO.), soweit die Masse die Vorauszahlung erhalten hat (Goldmann Anm. 13).

Anm. 5. 2. **Die voraussichtlich am Schlusse erforderlichen Gelder sind zurückzubehalten.**

a) **Sie sind zurückzubehalten.** Sonst machen sich die Liquidatoren den Gesellschaftern gegenüber schadensersatzpflichtig, z. B. wenn sie zu viel ausbezahlt haben, und die Wiedererlangung alsdann nicht möglich ist. Aber sie machen sich eben nur den Gesellschaftern bzw. den nach § 146 Beteiligten gegenüber verantwortlich, deren Mandatare sie sind, nicht den Gläubigern gegenüber, deren Mandatare sie nicht sind (zust. OLG. Dresden im SächsA. 7, 55; vgl. Anm. 39 zu § 149).

Anm. 6. b) **Die Zwecke, für die die Gelder zurückzubehalten sind,** sind:

α) Die Deckung der noch nicht fälligen oder streitigen Schulden der Gesellschaft. Von selbst werden die Gesellschaftsschulden durch die Auflösung nicht fällig (RG. 5, 8; 9, 14), noch weniger begründet, abgesehen von besonderen, die Realisierung gefährdenden Umständen, die Auflösung und bevorstehende Verteilung einen Arrestgrund, zu welcher Ansicht Puchelt Anm. 2 zu Art. 141 neigt.

Anm. 7. β) Die Sicherung der Ansprüche, welche den Gesellschaftern bei der Schlußverteilung zustehen. Damit sind alle Ansprüche gemeint, die der Gesellschafter bei der schließlichen Verteilung geltend machen darf, also die Kapitalguthaben und sonstigen Ansprüche des Gesellschafters.

II. (Abs. 1.)

Anm. 8. 1. **Die Schlußverteilung erfolgt nach Maßgabe der Kapitalanteile,** wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben. Alle Grundsätze, nach denen die Schlußbilanz aufgestellt wird, sind bereits zu § 154 erörtert, auf welchen hier verwiesen wird. Dort findet sich insbesondere auch eine Erörterung darüber, in welcher Weise die Gesellschafter am Gewinn teilnehmen, ob sie Zinsen verlangen dürfen, und für welche Zeit.

Anm. 9. 2. **Auf die Auszahlung des Ausschüttungsguthabens hat jeder Gesellschafter einen klagbaren Anspruch** (vgl. Anm. 3). Befriedigt der Liquidator denselben nicht, so kann er verklagt werden. Widerspricht aber ein anderer Gesellschafter, so ist er berechtigt und verpflichtet, die Auszahlung auszusetzen (Abs. 3). In diesem Falle müssen die anderen Gesellschafter verklagt werden. Der Liquidator, der ohne Grund die Verteilung nicht bewirkt, haftet jedem Gesellschafter für den diesem erwachsenen Schaden (vgl. Erl. zu § 347). — Der Klage auf Auszahlung braucht die Klage auf Aufstellung der Schlußbilanz nicht vorauszugehen (vgl. Anm. 6 zu § 154).

Anm. 10. III. (Abs. 3.) **Aussetzung der Verteilung bei Streitigkeiten.** Bei Streitigkeiten über die Verteilung unter den Gesellschaftern hat der Liquidator die Verteilung auszusetzen.

1. Bei Streitigkeiten unter den Gesellschaftern. Widerspricht ein Gesellschafter der Verteilung überhaupt oder der Auszahlung an einen Gesellschafter, so muß die Austragung

des Streits, der lediglich zwischen den Gesellschaftern stattfindet (RG. 59, 59), abgewartet werden. **§ 155.**
Es kann z. B. gestritten werden über die Entbehrlichkeit des Geldes oder über das Verhältnis der Beteiligungen usw. Auch eine Streitigkeit mit dem Pfändungsgläubiger nach § 135 verpflichtet den Liquidator zur Aussetzung der Verteilung (Rudorff zu § 155 HGB.).

2. Der Liquidator hat die Verteilung auszusetzen. Das bezieht sich sowohl auf die vorläufige, als auf die Schlußverteilung, je nachdem die eine oder die andere streitig wird. Tut er dies nicht, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Aber es kann auch durch einstweilige Verfügung die Auszahlung verhindert werden. Anm. 11.

Bis der Streit erledigt ist, kann der Liquidator die Verteilung nicht vornehmen; er kann auch bis dahin die Beendigung der Liquidation nicht anmelden. Doch wird man dem Liquidator das Recht geben müssen, die Streitsumme für Rechnung des Gewinners zu hinterlegen und die Liquidation zu beendigen.

Zusatz 1. Der Anspruch eines Gesellschafters auf Herausgabe von Sachen, die er der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassen hat, muß selbstverständlich befriedigt werden, sobald die Liquidationsgesellschaft den Gegenstand entbehren kann, spätestens also bei Beendigung der Liquidation. Hat er z. B. das Inventar der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen, so muß er es während der Liquidation der Gesellschaft noch solange belassen, als es für die Zwecke der Liquidation gebraucht wird. Die Gefahr der Verschlechterung oder des Abganges trägt der Gesellschafter (§ 732 BGB.). Anm. 12.

Hat dagegen der Gesellschafter der Gesellschaft Gegenstände zum Eigentum, als Einlage, überlassen, so erübrigt sich hierüber eine besondere Bestimmung. Denn der Wert dieser Einlage wird ihm von vornherein gutgeschrieben und kommt fortan nur noch als Geldposten zur Geltung (vgl. RG. 56, 433). Das Auseinandersetzungsguthaben insbesondere ist in Geld auszuzahlen (§ 149) und zwar nach Verhältnis der Kapitalanteile (§ 155 Abs. 1). Wenn der frühere Art. 143 HGB. bestimmte, daß der Wert der Einlage zur Zeit der Einbringung zurückzugewähren ist, so ist diese Bestimmung als für die o. H. G. unzutreffend gestrichen (D. 114). Aus gleichem Grunde ist auch die ebenso lautende Vorschrift des § 733 BGB. auf die o. H. G. nicht anwendbar. Anm. 13.

Zusatz 2. Mit diesen Verteilungen und Herausgaben ist die Tätigkeit der Liquidatoren beendet. Jede Rechtsbeziehung unter den Gesellschaftern ist damit allerdings nicht immer gelöst. Wohl ist dies der Fall, wenn zum Schlusse nur Aktivsalden, nicht aber, wenn auch Passivsalden vorhanden sind. Denn in diesem Falle bleiben die Verbindlichkeiten der Passivsaldeninhaber an die Aktivsaldeninhaber auf Bezahlung des ihrem Passivsaldo entsprechenden Betrages bestehen. Der Anspruch der Gesellschaft auf die Passivsalden wird unter die Besitzer der Aktivkapitalkonten verteilt, aber natürlich nicht nach Köpfen, sondern nach dem Verhältnis der Höhe der Aktivsalden. Allein die Einziehung dieser Beträge fällt nicht mehr in den Bereich der Aufgabe der Liquidatoren, sie haben hierzu keine Pflicht und auch kein Recht, ihre Aufgabe ist mit der Aufstellung der Bilanz oder des Verteilungsplans erschöpft (ROHG. 5, 391; Bolze 22 Nr. 507; D. 115). — Der Konkursverwalter hat dagegen auch die Passivsalden einzuziehen; s. Anm. 13 zu § 131. — Zuschüsse kann der Liquidator von den Gesellschaftern nicht verlangen, sondern höchstens die Bezahlung rückständiger Einlagen (ROHG. 22, 202; 25, 160; Anm. 6 zu § 149). Anm. 14.

Zusatz 3. Die Geltendmachung der Ansprüche der schließlichen Aktivsaldeninhaber gegen die schließlichen Passivsaldeninhaber ist also Sache der einzelnen Gesellschafter. Sie können ihn klageweise geltend machen. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem Verhältnisse zu decken, nach welchem sie den Gesellschaftsverlust zu tragen haben (§ 735 BGB.). Das entscheidet eine frühere Zweifelsfrage (vgl. 5. Aufl. § 4 zu Art. 142). Anm. 15.

Die so geforderte Ausgleichung kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil noch nicht alle Gläubiger befriedigt sind und deshalb die Möglichkeit besteht, daß der in Anspruch genommene Gesellschafter seinerseits von einem Gläubiger nachträglich in Anspruch genommen werden könnte

§ 155. und dadurch sich die Ausgleichungsberechnung ändern würde (RG. 40, 32). Eine solche nachträgliche Zahlung erzeugt eben eine neue Ausgleichungsforderung.

Anm. 16. **Zusatz 4. Die Gesellschafter haben es natürlich in der Hand, sich auch schon früher auseinanderzusetzen,** auch wenn das Vermögen noch nicht ganz versilbert ist. Insbesondere wird dies notwendig sein bei uneinziehbaren und unveräußerlichen Außenständen (Keyßner in ZHR. 10, 381). Aber auch sonst können die Gesellschafter der Liquidation ein gewaltsames Ende bereiten: durch Verkauf des Geschäfts oder Überlassung desselben an einen von ihnen oder durch natürliche Teilung des Restes. Dazu bedarf es jedoch immer der Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. RG. in JW. 84, 214[17]). Ohne seine Zustimmung braucht sich kein Gesellschafter anders als in Geld seinen Anteil ausantworten zu lassen (vgl. RG. in JW. 00, 566[7]; Anm. 8 zu § 145, Anm. 5 zu § 119).

§ 156.

§ 156. Bis zur Beendigung der Liquidation kommen in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter unter einander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

Einleitung. **Der Paragraph ordnet die Geltung der für die bestehende Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen für die Liquidationsgesellschaft insoweit an, als ausdrückliche Vorschriften oder der Zweck der Liquidation nicht entgegenstehen.**

Die Vorschrift ist zu dem Zweck gegeben, damit nicht die absolute Fassung des § 131 zu dem Mißverständnisse Anlaß gebe, daß von dem Momente der Auflösung der Gesellschaft die für die o. H. G. geltenden Vorschriften samt und sonders keine Anwendung finden. In der Tat trägt sie insofern zur Klarheit bei. Aber es wäre dieser Zweck vollkommener erreicht worden, wenn die Vorschriften, die hiernach auf die Liquidationsgesellschaft Anwendung finden, kurz aufgezählt worden wären, anstatt, wie dies im wesentlichen geschehen ist, allgemein auf jene Bestimmungen zu verweisen. Solche Verweisung erinnert an die in neueren Gesetzeswerken im Übermaß beliebte Anordnung „entsprechender Anwendung anderer Vorschriften mit gewissen Maßgaben". Sie ist sonst nicht die Art des Handelsgesetzbuchs, und zur Klarlegung der Vorschrift erscheint eine Aufzählung der für die o. H. G. geltenden Vorschriften unter Angabe ihrer Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit unerläßlich.

Bei Prüfung dieser Anwendbarkeitsfrage ist maßgebend, ob der Geltung der Gesellschaftsvorschriften in einer ausdrücklichen Liquidationsvorschrift oder im Zwecke der Liquidation ein Hindernis entgegensteht.

Anm. 1. A. **Allgemeines.** Hiernach sind alle Vorschriften auf die Liquidationsgesellschaft anwendbar, soweit ihnen nicht eine ausdrückliche Liquidationsvorschrift oder der Zweck der Liquidation entgegensteht, und zwar nicht bloß alle Vorschriften, die ausdrücklich für die o. H. G. gegeben sind, sondern alle sonstigen Vorschriften des HGB., die für die o. H. G. gelten. Mit anderen Worten: Die Liquidationsgesellschaft nimmt im Rechtsverkehr die gleiche Stellung ein und unterliegt denselben Rechtsregeln, wie die o. H. G., soweit nicht besondere für sie geltende Vorschriften oder der Zweck der Liquidation abweichende Folgerungen ergeben. Die o. H. G. „gilt als fortbestehend" (§ 730 Abs. 2 BGB. und Anm. 3 zu § 145).

Anm. 2. So besteht die Gemeinsamkeit der Rechte der Gesellschafter fort, — es verbleibt das Eigentum zur gesamten Hand, s. Anm. 14 —, und die Liquidatoren können diese Rechte geltend machen, ohne dartun zu müssen, daß die Geltendmachung mit dem Liquidationszwecke in Beziehung stehe (RG. 15, 104); dies gilt auch von solchen Rechten, die an die Person geknüpft sind, wie z. B. vom Nießbrauch (RG. 16, 2), und umgekehrt von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese können sowohl gegen die einzelnen Gesellschafter, als insbesondere auch gegen

die Liquidationsgesellschaft verfolgt werden und unterliegen infolge der Liquidation keiner vorzeitigen Fälligkeit (RG. 5, 8; 9, 14). **§ 156.**

Aber wo ausdrückliche Vorschriften oder der Zweck der Liquidation entgegenstehen, da ändern sich die Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft. So ist die **Liquidationsgesellschaft nicht notwendig als Kaufmann** zu betrachten, sondern nur so lange, als sie das Handelsgewerbe in seinem letzten Stadium betreibt; die in diesem Stadium abgeschlossenen Geschäfte sind auf ihrer Seite **Handelsgeschäfte**; sie hat so lange noch Bücher zu führen (vgl. Anm. 25 zu § 1 und Anm. 7 zu § 154). Dem Firmenrecht unterliegt sie über diese Zeit hinaus; doch beruht das auf besonderer Vorschrift (§ 153). Auch die Gesellschafter sind während der Liquidation nicht notwendig Kaufleute, sondern nur in der eben bezeichneten Zeit. Anm. 3.

Prokura kann die Liquidationsgesellschaft nicht erteilen, weil dem der Zweck der Liquidation entgegensteht (ROHG. 13, 224; vgl. § 298 Abs. 4; vgl. Anm. 29 zu § 149).

B. **Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit der Frage der Anwendbarkeit der in den Titeln über die bestehende o. H. G. gegebenen Vorschriften.** In dieser Hinsicht gilt folgendes: Anm. 4.

I. **Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander** (die Vorschriften des 2. Titels):

1. **§ 109 (Gesellschaftsvertrag).** Der Paragraph gilt auch für die Liquidationsgesellschaft. Das bedeutet, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die ersichtlich auch für die liquidierende Gesellschaft gelten sollen, diese Geltung bewahren. Ob aber die während der Dauer der Gesellschaft getroffenen Abreden, deren Fortgeltung für die liquidierende Gesellschaft nicht ausdrücklich vereinbart ist, diese fortgesetzte Geltung behalten, richtet sich danach, ob ausdrückliche Liquidationsvorschriften oder der Zweck der Liquidation entgegenstehen, und ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

2. **§ 110 (Aufwendungen, Ersatz derselben).** Der Paragraph ist anwendbar. Auslagen, die der Gesellschafter gemacht hat, insbesondere, wenn er Gesellschaftsschulden auf Grund der Solidarhaft bezahlen mußte, kann er nach Ansicht des ROHG. sofort und unabhängig vom Stande des Liquidationsgeschäfts geltend machen (ROHG. 23, 195). Anders RG. 29, 16: hier wird zutreffend der Nachweis verlangt, daß aktives und bereites Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Gesellschaftspflichten vorhanden ist (vgl. auch Bolze 13 Nr. 504). Keinesfalls kann der Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter nach ihrem Anteil während der Liquidation klagen, wie dies das ROHG. 12, 273 unzutreffend annimmt. Die Beweisführung des ROHG. läuft im besten Falle darauf hinaus, daß der Wegfall der Vorschrift, also die Möglichkeit des Anteilsregresses, sich mit dem Wesen der Liquidation wohl verträgt. Allein das ist nicht der entscheidende Gesichtspunkt für die Prüfung. Vielmehr ist, wie in der Einleitung hervorgehoben wurde, die Vorschrift anwendbar, wenn der Geltung für die Liquidationsgesellschaft kein Hindernis entgegensteht. Und der Anwendbarkeit steht kein Hindernis entgegen. Das Reichsgericht steht auf dem hier entwickelten Standpunkte (Bolze 7 Nr. 633); ebenso OLG. Dresden in DJZ. 97, 388. Anm. 5.

   Belohnung für Besorgung des Liquidationsgeschäfts kann der Gesellschafter nicht fordern (Anm. 38 zu § 149).

3. **§ 111 (Verzinsung von Herausnahmen)** ist anwendbar. Anm. 6.

4. **§§ 112 und 113 (Konkurrenzverbot)** sind nicht anwendbar. Aus dem Zwecke der Liquidation, die auf das Aufhören des Handelsgewerbes abzielt, folgt die Freiheit von dem Konkurrenzverbot (ROHG. 21, 145). Anm. 7.

5. **§§ 114—117 (Recht und Pflicht der Gesellschafter zur Geschäftsführung)** sind nicht anwendbar. Die Geschäftsführer der Liquidationsgesellschaft sind die Liquidatoren (vgl. § 149). Anm. 8.

6. **§ 118 (Kontrollrecht der einzelnen Gesellschafter)** ist anwendbar. Hahn § 2 zu Art. 144 spricht dies kurz und ohne Begründung aus. Ihm ist beizutreten. Das ROHG. 7, 71 will zwar dem einzelnen Gesellschafter das im Art. 105, jetzt § 118, vorgesehene Kontrollrecht nicht geben, weil ein „Geschäftslokal" nicht bestehe, wo die Bücher vorgezeigt werden könnten und überhaupt der ganze Unterschied zwischen nichtgeschäftsführenden und geschäftsführenden Gesellschaftern, unter deren unmittelbarer Aufsicht sich die Bücher und Papiere befinden, fortgefallen Anm. 9.

§ 156. sei. Indessen die Gründe sind nicht zwingend. Besteht kein Geschäftslokal, so ändert sich die Bestimmung dahin, daß die Bücher dort vorgelegt werden müssen, wo sie redlicherweise sich befinden; die Hauptsache ist, daß jeder Gesellschafter das Kontrollrecht hat, und der Zweck der Liquidation steht keineswegs dem Bedürfnisse nach einem solchen Kontrollrechte entgegen. Allen Gesellschaftern gemeinsam will auch das ROHG. 5, 394 das Kontrollrecht gewähren. Das ist selbstverständlich und folgt schon aus § 152. Es ist aber nicht zu erkennen, daß das Recht der Büchereinsicht dem einzelnen Gesellschafter genommen werden sollte, wird es ihm doch sogar nach Beendigung der Liquidation ausdrücklich gewährt, und sogar noch mit den Worten „sie behalten das Recht" (§ 157 Abs. 3). So auch Makower I 303 (dagegen Goldmann Anm. 18). — Daneben besteht die Rechenschaftspflicht des Liquidators gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter (vgl. Anm. 8 zu § 154).

Anm. 10. 7. **§ 119 (Beschlüsse der Gesellschafter)** ist aus den gleichen Gründen nicht anwendbar, wie die §§ 114—117. Denn die Beschlußfassung gehört zur Geschäftsführung. Wollen die Gesellschafter auf die Geschäftsführung des Liquidators einwirken, so gehört dazu Einstimmigkeit (§ 152).

Anm. 11. 8. **§ 120 (Jahresabschluß, Berechnung des Jahresgewinnes und Jahresverlustes)** ist nicht ohne weiteres anwendbar. An die Stelle dieser Vorschrift treten vielmehr zunächst die §§ 154 und 155. Doch wirkt diese Vorschrift insofern auch für die Liquidation fort, als die hier aufgeführten Grundsätze auf die Liquidationsbilanzen entsprechend anzuwenden sind (vgl. zu §§ 154 und 155).

Anm. 12. 9. **§ 121 (Zinsen- und Gewinnberechnung).** Die Vorschriften sind anwendbar mit der Maßgabe, daß sie bei der nach § 154 aufzustellenden Schlußbilanz entsprechend zur Geltung kommen. Was insbesondere die sogenannten Gesellschafterzinsen anbetrifft, so sind den Kapitalgesellschaftern diese auch bei der Schlußrechnung zugute zu bringen und zwar (nach unserer Ansicht, die aber Zweifeln ausgesetzt sein kann) nicht nur für die Zeit vom Eintritt der Auflösung bis zur Verteilung, sondern schon vom Tage der letzten Geschäftsbilanz ab (vgl. Anm. 4 zu § 154). Was die Höhe der Gewinnbeteiligung betrifft, so verteilt sich auch der Liquidationsgewinn nach Köpfen. Wenn nach dem Gesellschaftsvertrage der Gewinn anders zu verteilen ist, so ist dies auch für den Liquidationsgewinn maßgebend.

Anm. 13. 10. **§ 122 (Gelderhebung).** Die Anwendbarkeit des Absatzes 1 ist ausdrücklich ausgeschlossen in § 155 Abs. 2. Auch die im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Befugnis zur Entnahme zum Privatgebrauch hört mit der Auflösung auf (ROHG. 25, 167). An die Stelle dieser Vorschrift tritt die vorläufige Verteilung entbehrlicher Gelder nach § 155.

Der § 122 Abs. 2 (Unzulässigkeit der Verminderung des Kapitalvermögens) ist anwendbar.

Anm. 14. 11. **Auch die Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft,** welche bei der o. H. G. subsidiär zur Anwendung kommen, sind hier subsidiär anwendbar, soweit der Zweck der Liquidation oder die Vorschriften dieses Titels nicht entgegenstehen. Es kommen hier in Betracht die folgenden Bestimmungen:

a) **Beiträge der Gesellschafter.** Die Pflicht einzulegen kommt insofern in Betracht, als der Liquidator berechtigt und verpflichtet ist, rückständige Einlagen von den Gesellschaftern einzuziehen (Anm. 6 zu § 149). Es gelten hier überall die entsprechenden Grundsätze (vgl. daher Anm. 1 ff. zu § 111). Insbesondere ist an dieser Stelle zu erwähnen, daß auch im Stadium der Liquidation das Eigentum zur gesamten Hand an den zum Vermögen der Gesellschaft gehörigen Gegenständen fortbesteht (siehe Anm. 2; wegen der Liquidation besonders RG. 25, 256).

Anm. 15. b) **Das Maß der dem Gesellschafter obliegenden Sorgfalt.** Diese Frage wird hier weniger in Betracht kommen, da ja der Gesellschafter hier weniger zur Geschäftsführung kommen wird. Sie wird besonders praktisch, wenn der Gesellschafter Liquidator ist (vgl. Anm. 33 zu § 149; Anm. 12 ff. zu § 114).

Anm. 16. c) **Die Frage der Übertragbarkeit der Gesellschafterrechte.** Auch hier gelten die in Anm. 11 ff. zu § 109 dargestellten Grundsätze.

II. **Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu dritten Personen.** (Die Vorschriften des 3. Titels): **§ 156.**

1. **§ 123 (Beginn der Wirksamkeit der o. H. G.)** ist naturgemäß nicht anwendbar. Anm. 17.

2. **§ 124 (Rechtliche Selbständigkeit der o. H. G. und Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen).** Absatz 1 gilt auch für die Liquidationsgesellschaft. Die Liquidatoren können unter der Firma der Liquidationsgesellschaft für die Gesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Denn aus § 148 Abs. 3 und § 153 geht hervor, daß das Firmenrecht auch für die Liquidationsgesellschaft, auch wenn sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt, fortgelten soll, und § 149 ergibt, daß auch die Liquidationsgesellschaft die gleiche rechtliche Selbständigkeit genießen soll, wie die o. H. G. (vgl. auch RG. 28, 134). Anm. 18.

Absatz 2 ist anwendbar.

3. **§§ 125, 126, 127 (Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und deren Entziehung)** sind nicht anwendbar. Das ist eine der Hauptfolgen der eingetretenen Auflösung, daß die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Gesellschafter aufhört (ROHG. 5, 390; 9, 86; 21, 390). Der einzelne Gesellschafter kann auch nicht auf Zahlung an die Liquidationsmasse klagen (Bolze 13 Nr. 501). Es tritt jetzt die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren ein, und zwar sofort, da, wenn nichts anderes vereinbart ist, die o. H. G. sich von Gesetzeswegen in eine Liquidationsgesellschaft verwandelt, bei welcher Mangels anders gearteter Berufung die bisherigen Gesellschafter die vom Gesetz berufenen Liquidatoren sind (vgl. Anm. 3 zu § 146). Es dauert auch nicht etwa, wie Hahn (§ 3 zu Art. 144) richtig hervorhebt, die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Gesellschafter bis zur Eintragung der Liquidatoren fort, nur daß selbstverständlich die Auflösung der Gesellschaft und damit das Aufhören der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter nur nach Maßgabe des § 15 dem Dritten entgegengehalten werden kann. Anm. 19.

4. **§ 128 (Solidarhaft der Gesellschafter)** ist anwendbar in doppelter Hinsicht: die bisherige Solidarhaft dauert selbstverständlich fort (ROHG. 5, 393; 13, 145; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 377; und ferner entsteht von neuem die Solidarhaft für die von den Liquidatoren neu eingegangenen Verbindlichkeiten (Behrend § 82 Anm. 13). Das ROHG. (21, 47) hat dies letztere zwar verneint, jedoch mit Unrecht (ebenso Lehmann-Ring Nr. 3; Rudorff zu § 156; Makower I 304; dagegen Goldmann Anm. 14). Anm. 20.

5. **§ 129 (Einwendungen gegen die Klage aus der Solidarhaft)** ist ebenfalls anwendbar. Anm. 21.

6. **§ 130 (Haftung neu eintretender Gesellschafter).** Hier fehlt die Voraussetzung der Anwendbarkeit. Anm. 22.

7. **Auch die Bestimmungen des BGB., welche über das Verhältnis der Gesellschafter nach außen gelten,** sind hier anwendbar. Dieselben betreffen: Anm. 23.

a) **den Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der einzelnen Gesellschafter,**

b) **die Aufrechnungsvorschriften.**

Beide Arten von Vorschriften sind auf die Liquidationsgesellschaften anwendbar. Vgl. daher näheres Anm. 28 ff. zu § 124.

Zusatz 1. Ob auch die Vorschriften des 6. Titels über die Verjährung entsprechend anwendbar sind, sagt das Gesetz nicht. Sie sind es. Zufolge dieser entsprechenden Anwendung beginnt die Solidarhaft aus einer von der Liquidationsgesellschaft eingegangenen Verbindlichkeit von dem Augenblicke ihrer Fälligkeit an zu verjähren (Hahn § 1 zu Art. 146; vgl. Anm. 7 und 10 zu § 159). Anm. 24.

Zusatz 2. Auch die Vorschriften über das Verfahren sind auf die Liquidationsgesellschaft anwendbar. Der Gerichtsstand der Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung dauert fort (D. 116). Dabei ist zu bemerken, daß der Liquidator durch seine Person den Gerichtsstand der liquidierenden Gesellschaft nicht bestimmt, sein persönlicher Gerichtsstand ist für diese Frage unerheblich (Makower I 305; dagegen ROHG. 12, 217). Anm. 25.

§ 157.

§ 157. Nach der Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft werden einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer Verständigung durch das Gericht bestimmt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Die Gesellschafter und deren Erben behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

Der vorliegende Paragraph gibt zwei Vorschriften über die Firma und über die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft nach Beendigung der Liquidation.

I. (Abs. 1.)

Anm. 1. a) **Anmeldung des Erlöschens der Firma nach Beendigung der Liquidation.** Die Vorschrift betrifft lediglich den ganz bestimmten Fall, daß die Liquidation durch eine Versilberung des Geschäfts entweder im einzelnen oder zwar im ganzen, jedoch ohne gleichzeitige Veräußerung der Firma durchgeführt ist. In diesem Falle ist mit der Beendigung der Liquidation die Firma erloschen. Daß dieses rechtliche Ereignis anzumelden ist, bestimmt schon § 31 Abs. 2. Der vorliegende Paragraph will nur diese Pflicht den Liquidatoren übertragen. Kann die Anmeldung nicht erzwungen werden, so erfolgt die Löschung von Amts wegen (§ 31 Abs. 2). Für den Fall, daß die Firma erlischt durch Verkauf des Geschäfts ohne Firma, sollen nach der D. 116 die Gesellschafter diese Pflicht haben. Das ist nicht immer zutreffend. Die D. geht davon aus, daß in diesem Falle die Liquidation nicht eingetreten sei und für eine Tätigkeit der Liquidatoren daher kein Raum sei. Allein der Verkauf des Geschäfts kann ja ein Akt der Liquidation sein, wenn er nämlich nicht im Augenblicke der eingetretenen Auflösung erfolgt. In diesem Falle haben die Liquidatoren die Firma abzumelden und zwar erst nach Beendigung der Liquidation d. h. nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden. Wenn dagegen infolge anderweitiger Auseinandersetzung eine Liquidation überhaupt nicht erfolgt, geschieht die Anmeldung der Auflösung und des Erlöschens der Firma durch die Gesellschafter (KGJ. 22 A S. 109).

Anm. 2. b) Der Löschung der Firma steht der Umstand, daß noch einzelne Rechtsverhältnisse aus dem Handelsbetriebe fortdauern, z. B., daß die Firma noch Treuhänderin einer Aktiengesellschaft ist, nicht im Wege. Nötig ist nur endgültige Einstellung des Geschäftsbetriebs, Aufhebung der Handelsniederlassung, Aufteilung des Vermögens (BayObLG. in OLGR. 6, 463). Auch das Vorhandensein von Schulden nach Aufteilung des Vermögens hindert nicht die Löschung der Firma (KGJ. 28 A S. 42).

Anm. 3. c) Ein Abkommen, die Löschung der Firma vor Beendigung der Liquidation vornehmen zu lassen, oder sie nach Beendigung der Liquidation nicht vorzunehmen, ist rechtsunverbindlich (OLG. Hamburg in OLGR. 9, 262).

Anm. 4. d) Über die Beendigung der Liquidation trotz Streits der Gesellschafter über ihre Beteiligungen vgl. Anm. 11 zu § 155.

Anm. 5. e) Der Registerrichter darf in allen Fällen nicht den Nachweis verlangen, daß die Liquidation wirklich beendet ist, oder infolge anderweitiger Auseinandersetzung sich erübrigt hat. Die abgegebenen Erklärungen müssen ihm genügen, falls er deren Unrichtigkeit nicht kennt (KGJ. 22 A S. 107).

Anm. 6. f) Über die rechtliche Bedeutung der Löschung der Firma vgl. Erl. zu § 31.

Anm. 7. g) Ist die Liquidation beendet, so können nachträglich sich ergebende Forderungen nicht gegen den Liquidator, sondern nur gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden; es sei denn, daß ersterer aus einem vertretbaren Versehen haftet (OLG. Dresden bei Bauer 8, 15).

b) Über die Wirkung der Beendigung der Liquidation auf schwebende Prozesse vgl. Anm. 18ff. zu § 124. **§ 157.** Anm. 8.

II. (Abs. 2.) **Aufbewahrung der Bücher und Papiere nach Beendigung der Liquidation.**

a) **Nach Beendigung der Liquidation.** Auch diese Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß die Liquidation durchgeführt ist, ohne daß die Bücher und Papiere dabei aus dem Besitze der aufgelösten Gesellschaft gekommen sind. Andere Vorschriften greifen Platz, wenn die Liquidation nicht durchgeführt ist oder wenn sie zwar durchgeführt ist, aber ohne daß die Bücher und Papiere sich bei Beendigung der Liquidation noch im Eigentum der Gesellschaft befinden, so z. B., wenn ein Gesellschafter das Geschäft mit den Handlungsbüchern übernimmt oder wenn das Geschäft in irgendeinem Stadium an einen Dritten mit den Büchern veräußert wird (vgl. RG. 43, 133 und bei Holdheim 9, 242). Die allgemeine Aufbewahrungspflicht des § 44 greift auch hier Platz (vgl. Anm. 26 zu § 22). Nur die besonderen Vorschriften des vorliegenden Paragraphen greifen in diesem Falle nicht Platz (vgl. § 810 BGB.). Anm. 9.

b) **Nur zwei bestimmte Vorschriften über die Aufbewahrung gibt der Paragraph:** nämlich über die Person des Aufbewahrers und über das Benutzungsrecht. Im übrigen gilt über die Aufbewahrungspflicht überhaupt und über die Aufbewahrungszeit auch hier § 44, wie auch unter den „Büchern und Papieren" des vorliegenden Paragraphen die Bücher und Schriften, welche im § 44 erwähnt sind, zu verstehen sind. Anm. 10.

Die beiden Vorschriften des vorliegenden Absatzes sind:

α) Die Person des Verwahrers wird entweder durch Verständigung bestimmt oder durch richterliche Anordnung. Die Verständigung erfolgt unter den Gesellschaftern bzw. deren Erben. Die Zustimmung anderer Personen ist nicht erforderlich. Es haben nicht etwa alle Beteiligten nach § 146 zuzustimmen, insbesondere nicht der Pfändungsgläubiger eines Gesellschafters, wohl aber der Konkursverwalter eines Gesellschafters (dagegen Goldmann Anm. 11), nicht aber der Zessionar eines solchen, weil hier ein Überrest von gesellschaftlichen Verwaltungsrechten vorliegt, welche durch Abtretung nicht übertragbar sind. Anm. 11.

Der Liquidator als solcher braucht nicht zuzustimmen. Erfolgt eine Verständigung, so haben die Liquidatoren die Bücher an die Person abzugeben, über die man sich verständigt hat, nicht weil sie die Pflicht zur Aufbewahrung nach § 44 hätten — denn diese liegt nur den Gesellschaftern ob —, sondern weil sie den Anordnungen der Gesellschafter Folge zu leisten haben (§ 152). Erfolgt eine Verständigung nicht, so wird die Person des Aufbewahrers durch das Gericht bestimmt. Der Gerichtsbeschluß kann beantragt werden durch jeden Gesellschafter oder Erben, aber auch durch die Liquidatoren, durch letztere im Interesse ihrer Befreiung von der Last der Aufbewahrung. Die einmal erfolgte Verständigung aber ist bindend und kann nicht willkürlich zurückgezogen werden. Wohl aber kann die Zustimmung nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden: wegen Betrugs oder Irrtums über die Eigenschaften des Aufbewahrers, auch § 147 kann entsprechend herangezogen werden. In solchen Fällen kann wiederum das Eingreifen des Richters angerufen werden. Anm. 12.

Die Verfügung wird erlassen durch das Amtsgericht; vor dem Erlaß ist der etwaige Gegner zu hören; gegen sie ist sofortige Beschwerde zulässig (§§ 145, 146). Über die Beschwerde und weitere Beschwerde s. Anm. 3ff. zu § 14. — Die Verfügung verliert ihre Kraft durch eine nachträgliche Verständigung (Delius in ZHR. 46, 63). Anm. 13.

β) Das Recht der Benutzung steht den Gesellschaftern und den Erben zu. Die Zuziehung von Sachverständigen ist möglich (Goldschmidt in ZHR. 29, 377; ROHG. 7, 75). Auch Vertretung ist zulässig, wenn sonst unbillige Härten bestehen würden (Bolze 22 Nr. 508). Auch früheren Gesellschaftern, nicht bloß den zur Zeit der Auflösung vorhandenen Gesellschaftern, ist die Einsicht und Benutzung gestattet, nur natürlich bloß hinsichtlich der zu ihrer Zeit geführten Bücher (Delius in ZHR. 46, 63). Eine Beschränkung in der Benutzung besteht nicht. Insbesondere ist auch der Gesellschafter von Anm. 14.

§ 157. der Einsicht und Benutzung nicht ausgeschlossen, der selbst, und sei es durch seine Unredlichkeit, die Auflösung der Gesellschaft verschuldet hat. Auch der Zweck der Einsicht und Benutzung ist gleichgültig; irgend welches rechtliche Interesse braucht nicht dargetan zu werden: es können auch rein persönliche Interessen, etwa die Ausnutzung der Handelsbeziehungen der aufgelösten Gesellschaft, mit der Benutzung verfolgt werden. Die Ausbeutung von Fabrikgeheimnissen der früheren Gesellschaft steht dem früheren Gesellschafter frei.

Eine Hergabe der Bücher oder die Vorlegung an einem anderen Ort kann nur in entsprechender Anwendung des § 811 BGB. aus wichtigen Gründen verlangt werden.

Anm. 15. Das Recht der Einsicht steht nicht zu den Gläubigern der Gesellschafter oder der Gesellschaft, auch nicht dem Pfändungsgläubiger des § 135, wohl aber dem Konkursverwalter eines Gesellschafters, nicht aber einem Zessionar der Gesellschaftsrechte eines Gesellschafters. Inwieweit diese Personen ein Recht auf Einsicht haben, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln (§ 810 BGB.; §§ 45—47 HGB.).

Anm. 16. c) **Über die Kosten der Aufbewahrung** ist nichts gesagt. Dieselben trägt die Gesellschaft. Ein entsprechender Betrag ist daher bei der Verteilung zurückzubehalten. Die Belohnung des dritten Aufbewahrers richtet sich nach ortsüblichen oder sonst angemessenen Sätzen. Kein Dritter und auch kein Gesellschafter braucht die Aufbewahrung zu übernehmen, und erst recht nicht ohne Vorausbezahlung oder Sicherstellung der Kosten. Hat er sie ohne Zurückhaltung und ohne Sicherstellung der Kosten übernommen, so haften ihm die Gesellschafter solidarisch für die Kosten. Denn es liegt ein Akt der Liquidation vor, durch welchen die Liquidatoren die Gesellschafter verpflichten (Anm. 20 zu § 156).

Anm. 17. d) **Zwang des Registerrichters gegenüber dem Aufbewahrer.** Darüber bestimmt weder das HGB., noch das FGG. etwas. Dies betreffende Bestimmungen bleiben den Landesgesetzen überlassen.

Anm. 18. **Zusatz. Übergangsfrage:** Abs. 1 und 2 sind öffentlichen Rechtens und daher auf bestehende Gesellschafter ohne weiteres anwendbar. Das Recht der Einsicht und Benutzung (Abs. 3) dagegen richtet sich bei bestehenden Gesellschaften nach bisherigem Recht.

§ 158.

§ 158. **Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, solange noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.**

Anm. 1. 1. Haben die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart, so kann es doch sein, daß dieselbe nicht sofort bei eintretender Auflösung vollzogen oder daß sie nicht vollständig vollzogen wird. Es gibt ja Fälle, wo sie sich sofort vollständig vollzieht, so z. B., wenn vorher vereinbart war, daß im Augenblicke der Auflösung das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen Gesellschafter übergeht (vgl. Anm. 9 zu § 145). Aber nicht immer ist dies der Fall. In solchen Fällen würde, da die Liquidation gemäß § 145 nicht eintritt, ein Zwischenzustand eintreten, der für die Personen, die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen stehen oder treten, mißlich wäre. Zur Beseitigung dieses Zwischenzustandes dient die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen. Diese hat zur Folge, daß die Gesellschaft als fortbestehend gilt (§ 156), daß sie unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann: daß Vollstreckungshandlungen nur gegen die Gesellschaft als solche zulässig sind; daß die Gesellschafter die Liquidatoren sind gemäß § 146 und § 149 usw. Auch die Eröffnung eines Konkurses ist zulässig (§§ 209 Abs. 2, 207 Abs. 2 KO.). Eine Eintragung von Liquidatoren findet jedoch nicht statt (D. 117).

Anm. 2. 2. **Unrichtig ist, daß die Vorschrift auch dann Anwendung finden soll, wenn eine bestimmte Entschließung darüber noch nicht erfolgt ist, ob die Liquidation oder eine andere Art der Auseinandersetzung erfolgen soll** (so D. 117). In

diesem Falle greift eben § 145 Platz, es tritt die Liquidation ein (Makower I 307; dagegen Goldmann Anm. 1). **§ 158.**

3. Nach innen finden die Vorschriften über die Liquidation keine Anwendung. Vielmehr richten sich die Verhältnisse nach innen nach der getroffenen Vereinbarung. Ist z. B. Naturalteilung vereinbart, so hat jeder Gesellschafter das Recht, auf Naturalteilung anzutragen. Anm. 3.

Zusatz. Für den Fall, daß die Liquidation durchgeführt, oder eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart und bewirkt ist („Vollbeendigung der Gesellschaft" nennt dies das RG. 46, 40), **sich aber gleichwohl später noch ein gemeinschaftliches Vermögensstück vorfindet,** muß das gleiche gelten, wie das im vorliegenden Paragraphen vorgeschriebene. Die Liquidation ist in solchem Falle nur scheinbar beendet. In Wahrheit besteht noch gemeinschaftliches Vermögen, und die Gesellschaft ist noch nicht untergegangen. Liquidatoren sind, wenn andere Liquidatoren nicht vorhanden sind, in solchem Falle die Gesellschafter. Eine solche Gesellschaft kann immer noch klagen und verklagt werden. Daß sie keine Firma mehr hat, ist kein Hinderungsgrund vgl. Hahn Vorbem. § 2 zu Art. 146). Anm. 4.

Dagegen findet die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen keine entsprechende Anwendung auf den Fall, wo keinerlei Gesellschaftsvermögen mehr besteht und ein Dritter nur aus formalen Gründen eine Erklärung der o. H. G. als solche notwendig gebraucht, so z. B. wenn eine o. H. G. einen Prozeß geführt hat und in diesem Prozeß eine Summe hinterlegt ist, zum Zwecke der Rückerlangung der Summe aber die Einwilligung der Gesellschaft gehört. In diesem Falle treten die früheren Gesellschafter an die Stelle der Gesellschaft und mit dieser Einwilligung müssen die Beteiligten sich begnügen. Anm. 5

Sechster Titel.
Verjährung.

§ 159.

§ 159.

Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.

Wird der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

Der Paragraph enthält eine bei Einzelkaufleuten nicht bestehende **besondere Verjährung für die Ansprüche gegen die Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Die Frage wird in der Weise geregelt, daß in Abs. 1 der Gegenstand und die Frist der Verjährung, in Abs. 2 u. 3 der Beginn derselben festgesetzt wird. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Gegenstand und Frist der Verjährung.** Anm. 1.

a) **Gegenstand der Verjährung** sind die Ansprüche gegen die Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

α) **Ausgeschlossen** von der Verjährung sind also die Ansprüche gegen die Gesellschaft selbst. Soweit es sich also um eine Klage handelt, durch die das Gesellschaftsvermögen herangezogen werden soll, greift die vorliegende Verjährung nicht Platz, sei es, daß die Gesellschaft sich in Liquidation befindet, oder daß der liquidationsähnliche Zustand

§ 159. des § 158 vorliegt oder der liquidationsähnliche Zustand, dessen im Zusatze zu § 158 Erwähnung getan ist (Vorhandensein ungeteilten Gesellschaftsvermögens). Im früheren Art. 147 war dies besonders zum Ausdruck gebracht, er ist als selbstverständlich gestrichen (D. 118). Für solche Ansprüche laufen die gewöhnlichen Verjährungsfristen, also in Ermangelung einer kürzeren die 30jährige.

β) **Ausgeschlossen sind ferner die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter** (vgl. RG. 8, 74).

γ) **Getroffen sind eben nur die Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft.**

Damit sind alle Ansprüche gemeint, welche auf Grund des § 128 die Solidarhaft der Gesellschafter erzeugen. Auf den Rechtsgrund kommt es nicht an (vgl. Anm. 15 zu § 128). Selbst Ansprüche aus Bereicherung oder aus Delikten gehören hierher. Auch daß der Gesellschafter selbst für die Gesellschaft gehandelt hat, hindert nicht die Verjährung gegen ihn (RG. 10, 47); nur bei Delikten ist dies nicht anzunehmen, da bei diesen der Gesellschafter, der das Delikt begangen hat, selbst aus besonderem Rechtsgrunde haftet (vgl. Anm 3).

Es fällt u. a. hierunter auch der Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters gegen die fortgesetzte Gesellschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben (RG. 7, 93), da er ja der fortgesetzten Gesellschaft nach dem Ausscheiden als Dritter gegenübersteht, und aus gleichem Grunde der Anspruch auf Erstattung von Gesellschaftsschulden, welche der ausgeschiedene Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft gezahlt hat, (Willenbücher Anm. 1 zu Art. 146; vgl. RG. 11, 129).

Es fällt ferner darunter die actio judicati aus einer gegen die Gesellschaft rechtskräftig festgestellten Schuld (RG. 13, 97). Auch hier kann die Verjährung aus diesem Paragraphen als persönlicher Befreiungsgrund geltend gemacht werden. (Anders, wenn der Gesellschafter selbst rechtskräftig verurteilt ist, Anm. 3.) Gegen den Anspruch selbst ist der Verjährungseinwand in diesen Fällen nicht zu erheben. Wenn also z. B. ein von der Gesellschaft akzeptierter Wechsel eingeklagt und die Gesellschaft verurteilt ist, so kann der nach 10 Jahren belangte Gesellschafter nicht die Wechselverjährung, wohl aber die Verjährung aus § 159 geltend machen.

Es fallen endlich auch darunter die von den Liquidatoren kontrahierten Gesellschaftsschulden (vgl. Anm. 20 zu § 156), und es macht auch hierbei keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst Liquidator war und gehandelt hat oder nicht.

Nicht fallen aber darunter die Regreßansprüche der Gesellschafter gegen einander auf Grund des § 110 (ROHG. 8, 247; RG. 7, 94) — vgl. über diese Anm. 7 zu § 160 —, oder auf Grund der Auseinandersetzung (Zahlung der Passivsaldos: RG. 7, 94), oder wegen Eviktionsleistung bei überwiesenen Gesellschaftsgegenständen; oder aus der Haftbarkeit der Gesellschafter oder der Liquidatoren für mangelnde Sorgfalt; oder aus unbefugten Entnahmen.

Anm. 2. **Wohl aber fallen die Ansprüche, die ein Gesellschafter aus selbständigem Rechtsgrund gegen die Gesellschaft geltend macht**, darunter, weil, wie in Anm. 24 zu § 128 nachgewiesen ist, auch für diese die Solidarhaft besteht (dagegen 6./7. Aufl.).

Anm. 3. δ) **Es fallen schließlich, da nur Ansprüche gegen die Gesellschafter aus ihrer Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft getroffen sind, nicht solche Ansprüche darunter, die gegen Gesellschafter zufolge eines besonderen Rechtsgrundes bestehen, der zu dem die Gesellschaft verpflichtenden hinzutritt** (vgl. RG. 7, 93). So, wenn ein Gesellschafter die Passiva der Gesellschaft übernommen und dies den Gläubigern angezeigt hat (RG. 10, 47), z. B. durch Bekanntmachung im Handelsregister (Bolze 16 Nr. 314), oder wenn bei einem ausscheidenden Gesellschafter nicht bloß die fortgesetzte Gesellschaft, sondern auch die Gesellschafter für sich das Auseinandersetzungsguthaben übernommen haben (RG. bei Puchelt Anm. 4; vgl. RG. 11, 125); oder wenn es sich um einen Anspruch aus einem Delikt des Gesellschafters handelt; oder

aus einem persönlichen Giro; oder wenn der Gesellschafter persönlich verklagt und rechtskräftig verurteilt ist (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 943). Hat sich der Gesellschafter für die Gesellschaftsschuld verbürgt, so kann er die Verjährung gleichfalls nicht vorschützen (vgl. Bolze 11 Nr. 453). Denn er wird in solchem Falle nicht in Anspruch genommen auf Grund seiner gesellschaftlichen Solidarhaft, sondern aus seiner besonders übernommenen Haftung für die Schuld der Gesellschaft. Diese letztere Haftung hat ihre selbständige Verjährung (unrichtig Puchelt Anm. 6 zu Art. 146). Hat er Hypothek für die Gesellschaftsschuld bestellt, so gilt dasselbe, und um so mehr dann, wenn bei der Hypothekbestellung ein persönliches Schuldbekenntnis verlautbart wurde. Hat er die Gesellschaftsschuld beim Erwerbe des Gesellschaftsgrundstücks in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so ist auch dies ein selbständiger Verpflichtungsgrund, der ihm den Einwand der Verjährung raubt (überall anders Puchelt Anm. 7 zu Art. 146). Liegt nur eine dingliche Verpflichtung vor, so bleibt der Einwand der Verjährung, jedoch kann der Berechtigte seine Befriedigung aus dem Pfand suchen (§ 223 Abs. 1 BGB.; Lehmann-Ring Nr. 3). — § 159.

ε) Es muß aber, um § 159 in Wirksamkeit treten zu lassen, ein wirklich gemeinsamer Geschäftsbetrieb stattgefunden haben. Wenn ein Geschäftsmann auf Grund von Abmachungen, die auf Verschleierung des wahren Sachverhalts abzielen, die Eintragung einer o H. G. herbeigeführt hat und unter solchen Umständen Geschäfte abschließt, die in Wirklichkeit für seine alleinige Rechnung gehen, so tritt § 159 nicht ein (RG. 55, 154). — Anm. 4.

ζ) Ein Anspruch auf Herausgabe z. B. hinterlegter Effekten fällt an sich ohne Zweifel unter diesen Paragraphen, da für die Herausgabe alle Gesellschafter solidarisch haften. Soweit aber der Gläubiger gegen einen die Effekten besitzenden Gesellschafter die Eigentumsklage anstellen kann, verjährt der Anspruch nicht aus § 159; es liegt dann ein selbständiger Rechtsgrund vor (Anm. 3). — Anm. 5.

b) **Die Frist der Verjährung** ist 5 Jahre. In der Kaufmannswelt ist merkwürdigerweise der Irrtum verbreitet, der ausscheidende Gesellschafter werde nach Ablauf eines Jahres nach seinem Ausscheiden von seinen Verbindlichkeiten frei. — Anm. 6.

Ausgeschlossen sind hierdurch alle längeren Verjährungsfristen.

Vorbehalten ist ausdrücklich die Geltendmachung jeder kürzeren Verjährungsfrist, z. B. bei Deliktsansprüchen; Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetz; Gehaltsansprüchen der Gehilfen; Forderungen aus §§ 414, 439 HGB. Besonders zu erwähnen ist, daß Forderungen für gelieferte Waren in spätestens 4 Jahren verjähren (§ 196 Abs. 2 BGB.), so daß in den zahlreichsten Fällen die fünfjährige Verjährung meist praktisch nicht wirksam werden wird.

Die Vergünstigung greift auch dann Platz, wenn während des Bestehens der Gesellschaft eine Verjährung, sei es eine längere oder kürzere, bereits lief und nach der Auflösung, aber vor Ablauf von 5 Jahren, ablief. Beide Verjährungen laufen nebeneinander und die Vollendung einer von beiden gibt dem Gesellschafter das Recht, die Leistung zu verweigern (Makower I 308).

2. (Abs. 2 u. 3.) **Der Beginn der Verjährung** ist der Tag der Eintragung. Es ist hier nicht die Veröffentlichung entscheidend. Damit die Verjährung beginne, muß also die Auflösung oder das Ausscheiden eingetragen sein. Mit dem Ende des Tages, an welchem dies geschieht, beginnt die Verjährung.

a) Die Auflösung, das Ausscheiden muß eingetragen sein. Auch die Eintragung des Konkurses fällt jetzt darunter. Auch auf den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs bezieht sich also die vorliegende Verjährung. Denn auch dieser wird von Reichs wegen eingetragen (§ 32; D. 110). Das war früher anders (vgl. 5. Aufl. § 5 zu Art. 146; RG. in JW. 00, 18[29]). Doch muß die Konkurseröffnung der o. H. G. im Register eingetragen sein; es genügt nicht, daß, wenn ein Gesellschafter in Konkurs geraten ist, nur dies, nicht aber die hierdurch verursachte Auflösung der Gesellschaft im Register eingetragen wird (RG. 45, 48; vgl. Übergangsfragen Anm. 9 zu § 160). — Die Verjährung ruht auch nicht — Anm. 7.

§ 159. im Fall des Konkurses der Gesellschaft, wie das früher von RG. 35, 24 angenommen wurde. Dazu liegt jetzt keine Veranlassung mehr vor, da der Konkurs das gerichtliche Vorgehen gegen die Einzelgesellschafter nicht hindert (vgl. Anm. 5 u. 28 zu § 128). Außer, wenn auch der Gesellschafter im Konkurse ist (§ 212 KO.; § 202 Abs. 1 BGB.).

Ist die Auflösung eingetragen, so läuft die Verjährung auch während des Liquidations- oder Auseinandersetzungsverfahrens (Puchelt Anm. 11 zu Art. 146). Doch wird durch jede Abschlagszahlung des Liquidators die Verjährung unterbrochen (Anm. 5 zu § 160). Entsteht die Forderung erst nach der Eintragung der Auflösung, z. B. durch ein Rechtsgeschäft der Liquidatoren, so beginnt die Verjährung erst nach der Eintragung zu laufen (Abs. 3; vgl. Anm. 10).

Anm. 8. b) Die Eintragung entscheidet. Diese ist unerläßlich; ehe sie erfolgt, beginnt die Verjährung nicht zu laufen (ROHG. 5, 82; 8, 248). Ist sie aber erfolgt, so kommt es nicht darauf an, ob die Bekanntmachung hinzugetreten ist, noch darauf, ob der Gläubiger Kenntnis hatte von der erfolgten Eintragung (RG. 10, 45). Insofern ist die Vorschrift eine Ausnahme von der Regel des § 15 (ROHG. 19, 21). Daraus folgt, daß auch umgekehrt gegen den Gläubiger, der von der Auflösung Kenntnis hatte, die Verjährung nicht läuft, so lange die Eintragung nicht erfolgt ist (Hahn § 7 zu Art. 146). Die Eintragung am Registergericht des Gesellschaftssitzes entscheidet, auch soweit die bei Zweigniederlassungen begründeten Ansprüche in Betracht kommen (OLG. Cöln in RheinA. 96 Abt. 1, 63).

Um die Verjährung beginnen zu lassen, kann die Eintragung der Auflösung auch in Fällen erfolgen, wo die Errichtung der Gesellschaft selbst nicht eingetragen war (ROHG. 23, 227; vgl. Anm. 4 zu § 15 und Anm. 7 zu § 143).

Anm. 9. c) Der Tag der Eintragung ist maßgebend. Ob er aus der Eintragung hervorgeht oder sonst bewiesen werden kann, ist gleichgültig (ROHG. 20, 348). Geht er aus der Eintragung nicht hervor, so hat der, welcher die Verjährung vorschützt, den sonstigen Beweis zu führen (ROHG. 14, 256; RG. 4, 237). Kann das Datum der Eintragung nicht festgestellt werden, so ist darum die Verjährung noch nicht hinfällig, wenn nur sonst bewiesen werden kann, daß seit der Eintragung mindestens 5 Jahre verflossen sind (ROHG. 20, 348).

Der Tag der Eintragung selbst wird nicht mitgezählt. Denn erst mit dem Ende des Tages beginnt die Frist.

Anm. 10. d) (Abs. 3.) **Bei später fälligen Forderungen beginnt die Frist mit dem Eintritte der Fälligkeit**, bei kündbaren Forderungen mit Ablauf des Zeitpunktes, zu welchem zuerst gekündigt werden konnte, auch wenn tatsächlich nicht gekündigt worden ist, d. h. mit dem Ablauf des Zeitpunktes, in dem gemäß der Kündigung die Forderung fällig war (§ 199 BGB.). Das Gleiche gilt bei Forderungen, die erst später existent werden (RG. 10, 46), z. B. wenn ein bisheriger Gesellschafter einem Dritten, der die Auflösung nicht kannte, noch zu kennen brauchte, die Gesellschaft verpflichtet; oder wenn ein Liquidator innerhalb seiner Befugnisse eine Schuld für die Gesellschaft kontrahiert (Hahn § 8 zu Art. 146; vgl. Anm. 20 zu § 156. Über die Verjährung von Blankowechseln, die vor Auflösung gegeben, vom Nehmer aber erst nach Auflösung fällig gemacht sind, vgl. RG. 58, 186, welches eine derartige Datierung als wider Treu und Glauben geschehen erachtet.

Anm. 11. **Zusatz 1. Das Ende der Verjährungsfrist** ergibt sich von selbst (maßgebend ist § 188 Abs. 2 BGB.). Daß der letzte Tag ein Feiertag oder ein Sonntag ist, ändert nichts an der Frist. § 193 BGB. findet auf Verjährungen keine Anwendung.

Anm. 12. **Zusatz 2. Die weiteren Vorschriften über die Verjährung richten sich nach dem BGB.**

a) Die Wirkung ist, daß der Gesellschafter berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Die Verjährung ist also Sache des Einwands und darf nicht von Amts wegen berücksichtigt werden. Auch kann der verjährte Anspruch gültigerweise durch Zahlung getilgt und durch Sicherstellung gesichert werden (§ 222 BGB.). Auch gilt der Satz **remanet propter pignus naturalis obligatio** (§ 223 BGB.).

b) Über vertragsmäßige Verkürzung oder Verlängerung der Verjährungsfrist gilt § 225 BGB. Derselbe lautet: **§ 159.** Anm. 13.

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig.“

Indessen ist darauf aufmerksam zu machen, daß ausnahmsweise auch eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist zulässig ist, so bei Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung, Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und auf Beseitigung eines Mangels des Werkes (§§ 477 Abs. 1 Satz 2, 638 Abs. 2 BGB.).

c) Die Verjährung kann unterbrochen werden. Hierüber §§ 208 ff. BGB.; vgl. näheres zu § 160. Anm. 14.

d) Außer der Unterbrechung gibt es noch eine Hemmung der Verjährung (§§ 202 ff. BGB.). Die Hemmung unterscheidet sich von der Unterbrechung dadurch, daß bei der ersteren die Frist weiterläuft nach Wegfall des Hindernisses; bei der Unterbrechung beginnt die Verjährung von neuem mit der Beendigung der Unterbrechung. Anm. 15.

Die Hemmungsgründe sind sehr verschieden: Stundung oder sonstiges Recht zur vorübergehenden Verweigerung der Leistung; eheliches Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner; Verhältnis von Eltern und Kindern oder Vormund und Mündel; Erbanfall; alles nach näherer Maßgabe der §§ 202 ff. Anm. 16.

Ist die Verjährung gegen die aufgelöste Gesellschaft gehemmt, so wird sie regelmäßig wohl auch gegen den Gesellschafter gehemmt sein. Indessen notwendig ist dies nicht der Fall, sondern nur dann, wenn der Hinderungsgrund so beschaffen ist, daß er auch die Verfolgung des Gesellschafters hindert. Hervorzuheben ist hierbei, daß die Verjährung gegen den einzelnen Gesellschafter nicht gehemmt ist, wenn ihm die Einrede aus § 129 Abs. 2 oder 3 zusteht, wie sich dies aus § 202 Abs. 2 BGB., nämlich der dort erfolgten Bezugnahme auf § 770 BGB., dem § 129 Abs. 2 und 3 HGB. nachgebildet ist, ergibt. Anm. 17.

e) Auch wenn die Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt ist, die Gesellschaftsschuld selbst also erst in 30 Jahren verjährt (§ 218 BGB.), kann der Gesellschafter die Einrede der Verjährung als persönlichen Befreiungsgrund geltend machen (vgl RG. 13, 97). Anm. 18

Zusatz 3. Konkurrenz verschiedener Verjährungen kann eintreten im Falle des § 25. (Es übernimmt z. B. jemand Aktiva und Passiva einer aufgelösten Handelsgesellschaft; vgl Erl. zu § 26, insbes. Anm. 2 ff.). Anm. 19

Zusatz 4. Übergangsfrage. Hierüber gilt entsprechend Art. 169 EG. z. BGB. (vgl. Anm. 8 zu § 160). Anm. 20.

§ 160.

Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben. **§ 160.**

Der vorliegende Paragraph gibt die Vorschrift, daß die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft auch gegenüber den Gesellschaftern wirkt, die der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben. Es soll aber bei dieser Gelegenheit die ganze Materie der Unterbrechung der Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter dargestellt werden. Dabei handelt es sich natürlich nur um die Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter aus der Solidarhaft, also um dieselben Ansprüche, von denen § 159 handelt (vgl. daher Anm. 1—3 zu § 159). Einleitung.

1. **Die Unterbrechung der Verjährung bedeutet,** daß die bisherige Verjährungszeit nicht mitgerechnet wird, es beginnt nach Wegfall der Unterbrechung eine neue Verjährung (§ 217 BGB.). Anm. 1.

2. **Die Verjährung wird unterbrochen:** Anm. 2

a) **durch Erhebung der Klage** und durch die dem gleichgestellten Akte, Klagesurrogate (Zustellung des Zahlungsbefehls. Anmeldung zum Konkurse, Aufrechnung im Prozesse. Streitverkündung, Vornahme einer Vollstreckungshandlung) — § 209 BGB. —. Dabei dauert

§ 160. die Unterbrechung durch Klageerhebung fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist; auch endigt sie, wenn der Prozeß stillsteht, mit der letzten Prozeßhandlung, wird aber durch Aufnahme des Prozesses von neuem unterbrochen (§ 211 BGB.). Sie wird rückgängig gemacht durch Zurücknahme der Klage oder durch rechtskräftige Abweisung der Klage ohne eine die Sache selbst berührende Entscheidung, jedoch mit der Maßgabe, daß die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen gilt, wenn die neue Klage binnen sechs Monaten angestellt wird (§ 212 BGB.). Die Unterbrechung durch Anmeldung im Konkurse dauert fort, bis der Konkurs beendet ist (§ 214 BGB.), die Unterbrechung durch Aufrechnung im Prozesse und durch Streitverkündung dauert fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist (§ 215 BGB.).

Anm. 3. b) **Durch Anerkenntnis** (im Wege der Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise) — § 208 BGB. —. Ein Anerkenntnis in anderer Weise ist z. B. ein Fristgesuch.

Anm. 4. 3. **Die die Verjährung unterbrechenden Akte müssen** nun bei Ansprüchen gegen die Gesellschafter aus der Solidarhaft **solche sein, die die Gesellschafter als gegen sie wirkend anzuerkennen haben.** Hieraus ergibt sich:

a) **Die Verjährung des Anspruchs gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter** wird nur unterbrochen durch eine Klage oder Klagesurrogat (Anm. 2) gegen ihn selbst oder durch ein Anerkenntnis, welches er selbst abgegeben hat (Anm. 3). Die Klage oder das Klagesurrogat gegen die fortgesetzte Gesellschaft berührt ihn nicht, ebenso berührt ihn nicht eine Klage oder ein Klagesurrogat gegen die nach seinem Ausscheiden aufgelöste Gesellschaft (RG. 6, 36); ein Anerkenntnis seitens dieser Gesellschaft ebensowenig. Und endlich berührt ihn nicht eine Klage oder Klagesurrogat gegen einen anderen Gesellschafter oder ein Anerkenntnis, das dieser abgibt (§ 425 BGB.). Eine besondere Vorschrift hierüber war im Art. 148 des alten HGB. enthalten und ist als selbstverständlich gestrichen (D. 118).

Anm. 5. b) **Die Verjährung des Anspruchs gegen einen zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft angehörenden Gesellschafter** wird unterbrochen durch Klage oder Klagesurrogat (Anm. 2) gegen ihn selbst oder durch ein Anerkenntnis, welches er selbst abgegeben hat (Anm. 3). Das ist selbstverständlich und wird vom Gesetze auch nicht hervorgehoben. Aber sie wird ferner unterbrochen — und das ordnet der vorliegende Paragraph an — durch eine Klage oder ein Klagesurrogat gegen die aufgelöste Gesellschaft oder durch ein Anerkenntnis, das diese abgibt. Wird daher die aufgelöste Gesellschaft verklagt, oder wird die Forderung in deren Konkurse angemeldet, oder wird ihr der Streit wegen des Anspruchs verkündet, oder wird die Forderung gegen die Gesellschaft durch Aufrechnung geltend gemacht, oder wird wegen der Forderung gegen sie vollstreckt, oder macht der Liquidator Abschlagszahlungen oder Zinszahlungen oder gewährt er Sicherstellungen oder bittet er um Frist, so wird durch jeden dieser Akte die Verjährung gegen alle Gesellschafter unterbrochen, welche z. Z. der Auflösung der Gesellschaft angehört haben. Der Hauptfall ist hier der, daß der Liquidator Abschlagszahlungen macht (vgl. RG. 5, 9). Es ist dies wohl zu beachten und bei der Beurteilung der Frage, ob ein Anspruch gegen den einzelnen Gesellschafter verjährt ist, wohl zu prüfen, ob nicht während der Liquidation durch den Liquidator Abschlagszahlungen gemacht sind.

Als selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, daß die Verjährung gegen die Gesellschafter noch nicht abgelaufen ist, eine abgelaufene Verjährung kann nicht mehr unterbrochen werden (ROHG. 9, 86).

Anm. 6. Dagegen wird die Verjährung gegen einen solchen Gesellschafter nicht unterbrochen durch Akte gegen einen anderen Gesellschafter oder durch ein Anerkenntnis, welches dieser abgibt (§ 425 BGB.). Im früheren Art. 148 war dies besonders hervorgehoben, jetzt ist es durch das BGB. überflüssig geworden und deshalb gestrichen (D. 118).

Anm. 7. **Zusatz 1. Auch dieser Paragraph bezieht sich**, wie der § 159, nur auf die Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter (siehe oben die Einl.), **nicht auf die Regreßansprüche der Gesellschafter unter einander** (vgl. Anm. 1 zu § 159). Diese dauern fort und **kommen auch in Fällen zur**

Geltung, in denen von mehreren Gesellschaftern der eine bereits durch Verjährung befreit, der andere aber noch nicht befreit ist. Der Regreß kann, soweit er überhaupt statthaft ist, auch gegen den durch Verjährung befreiten Gesellschafter geltend gemacht werden. So übt trotz der Verjährung gegen den einen Gesellschafter die gegen die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter fortbestehende Verbindlichkeit ihre Wirkung auf den ersteren aus. § 160.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Nach Art. 169 EG. z. BGB. finden für die am 1. Januar 1900 bestehenden, noch nicht verjährten Ansprüche die Vorschriften des BGB. über die Verjährung Anwendung; der Beginn und die Unterbrechung der Verjährung richtet sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen. Ist die Verjährungsfrist nach dem BGB. kürzer, als nach den bisherigen Gesetzen, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des BGB. an gerechnet. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere Frist früher als die im BGB. bestimmte kürzere Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der längeren Frist vollendet. Alle diese Vorschriften sind unseres Erachtens auf die vorliegende Verjährungsfrist entsprechend zur Anwendung zu bringen (vgl. Anm. 8 ff. in der Allgemeinen Einleitung). So auch Lehmann in ZHR. 48, 60. Anm. 8.

Jedoch ist hierbei folgendes zu beachten: Nach neuem Recht tritt die fünfjährige Verjährung auch im Fall des Konkurses ein (Anm. 7 zu § 159). Nach Art. 169 f. BGB. nun möchte es scheinen, als ob auch bei vor dem 1. Januar 1900 eingetretenem Konkurse sich die früher bestandene regelmäßige Verjährung herabmindern müßte. Dies ist aber nicht anzunehmen. Denn auch nach neuerem Recht beginnt die Verjährung nur, wenn die Konkurseröffnung von Reichs wegen eingetragen wird. Da nun die frühere Konkurseröffnung nicht eingetragen wurde, so fehlt es an einer Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung und es verbleibt bei der ordentlichen (Staub in DJZ. 99, 460; vgl. RG. in JW. 05, 169[7], das für einen andern Fall von gleichen Grundsätzen ausgeht).

Zweiter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft.

§ 161.

§ 161. Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Theile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

Soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

Lit.: Furrer, Die Haftung des Kommanditisten, Zürich 03; Wendel, Die Rechtsstellung der Komplementare und Kommanditisten, Bonn 99; Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft, Rostock 02; Curtius, Die Rechtstellung der Komplementare und Kommanditisten, Berlin 00.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft** (Abs. 1) **und ordnet die subsidiäre Geltung der Bestimmungen der o. H. G. an** (Abs. 2).

I. (Abs. 1.) **Die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft.**

Anm. 1. Sie ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, und bei welcher min-

§ 161. destens ein Gesellschafter nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage und mindestens einer ohne diese Beschränkung den Gläubigern haftet.

1. **Eine Gesellschaft.** Damit ist, wie bei der o. H. G., zum deutlichen Ausdruck gebracht, daß zu ihrem Wesen das Vorhandensein einer Gesellschaft gehört.

Abgelehnt ist hiernach die früher vertretene Ansicht, daß nach innen ein Gesellschaftsverhältnis nicht vorzuliegen braucht (vgl. hierüber Anm. 2 zu § 105), erforderlich ist vielmehr das Vorhandensein einer Gesellschaft auch nach innen (vgl. RG. 31, 72). Was zu diesem Erfordernis gehört, ist in Anm. 3 und 4 zu § 105 dargelegt.

Anm. 2. Abgelehnt ist hiermit ferner der Gedanke, daß die Kommanditgesellschaft eine juristische Person sei. Vielmehr ergibt sich aus diesem und den folgenden Paragraphen, daß das Gesetz sich die Kommanditgesellschaft als eine modifizierte o. H. G. gedacht hat, als eine Abart derselben und nur unterschieden von ihr durch die beschränkte Haftung der Kommanditisten; sie ist, also wie diese, Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die beschränkte Haftung der Kommanditisten macht die Vereinigung nicht zur juristischen Person. Sie würde dies tun, wenn sie aufzufassen wäre als sogenannte unpersönliche Haftung, bei der der Kommanditist in keiner Weise persönlicher Träger der Verpflichtung wäre. In diesem Falle würde es, um die Annahme der juristischen Person auszuschließen, nicht, wie Laband in ZHR. 30, 501 meint, genügen, daß ein anderer Gesellschafter voll für die Schulden der Gesellschaft einsteht. Das Auskunftsmittel der juristischen Person als Trägerin der gemeinsamen Verpflichtung muß nicht nur dann herangezogen werden, wenn keines der Mitglieder der Vereinigung für die Schulden persönlich haftet, sondern schon dann, wenn nicht alle Mitglieder persönlich haften, während doch die ganze Vereinigung haften soll. Aber die Kommanditisten sind, wenn auch in begrenzter Weise, persönliche Träger der Verpflichtung. Das ergibt sich aus der Fassung des vorliegenden Paragraphen und aus den §§ 171 und 173.

Nun findet allerdings, solange als die Einlage des Kommanditisten dem Gesellschaftsvermögen einverleibt ist, eine direkte Klage des Gläubigers gegen ihn nicht statt, während doch bei der zivilrechtlichen Gesellschaft, selbst einer solchen mit beschränkter realer Haftbasis (vgl. z. B. RG. 12, 229), die Klage sich immer gegen die Gesellschafter richtet.

Allein diese Beschränkung beruht darauf, daß bei der Kommanditgesellschaft kraft positiver Vorschrift die Klage des Gläubigers, der nur Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erstrebt, gegen die Gesellschafter unter ihrer gemeinsamen Firma gerichtet werden muß. Das ist kein materieller Unterschied, sondern nur ein formeller. Denn die Klage gegen die Gesellschaftsfirma ist die Klage gegen die Gesellschafter selbst, insoweit sie ein Vereinsvermögen aus ihrem Privatvermögen ausgesondert haben. Dieselbe Erscheinung tritt ja in entsprechender Weise bei der o H. G. hervor.

Die Kommanditgesellschaft ist hiernach keine juristische Person, wie dies auch die herrschende Ansicht schon früher annahm (Schwalb in ZHR. 34, 357; Laband in ZHR. 30, 503; Behrend § 86 Anm. 11; Goldschmidt, System § 42; KGJ. 6, 64; RG. 32, 399; vgl. auch ROHG 25, 280).

Es muß aber auch hier sofort bemerkt werden, daß eine Vereinigung von Personen, die keine Kommanditgesellschaft ist, doch für den Rechtsverkehr als solche gelten kann (vgl. Anm. 10).

Anm. 3. 2. **Auf den Betrieb eines Handelsgewerbes** muß der Zweck der Gesellschaft gerichtet sein. Über die Begriffe „Betrieb" und „Handelsgewerbe" siehe Anm. 11 und 14 zu § 105. Hervorzuheben ist hier insbesondere, daß ein Handelsgewerbe nach § 1, aber auch ein solches im Sinne des § 2 vorliegen kann, nicht aber ein Kleingewerbe im Sinne des § 4.

Ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes liegt hiernach keine Kommanditgesellschaft vor (vgl. Anm. 17 zu § 105). Aber es kann ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes eine Gesellschaft als Kommanditgesellschaft gelten und zwar zufolge des Eingreifens

des § 5, und auch des § 15, indem auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen die Eintragung **§ 161.** die Kraft hat, daß bis zu einem gewissen Grade die als Kommanditgesellschaft eingetragene Gesellschaft als Kommanditgesellschaft gilt (näheres Anm. 17—19 zu § 105).

3. **Unter gemeinschaftlicher Firma** muß das Handelsgewerbe betrieben werden. Dies ist ebenso Anm. 4. wesentliches Erfordernis, wie bei der o. H. G. (vgl. näheres Anm. 20 zu § 105). Ob die Firma den Vorschriften des HGB. (§ 19 Abs. 2) entspricht, ist dabei nicht erheblich (Anm. 20 zu § 105). Auch hier ist darauf aufmerksam zu machen (vgl. Anm. 20 zu § 105), daß der Registerrichter Gesellschaften, die sich in der Weise bilden, daß ein Teil der Gesellschaft unbeschränkt, der andere beschränkt haften soll, unter Umständen zwingen kann, eine Firma zu wählen und sich eintragen zu lassen, und sich so zu Kommanditgesellschaften zu machen, wenn das Gewerbe nämlich nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2; vgl. Anm. 20 u. 21 zu § 105). Der § 176 steht dem nicht entgegen. Er enthält nur eine Art zivilprozessualer Bestrafung der verletzten Anmeldungspflicht: Der Kommanditist wird aber durch diese Haftung „gleich einem persönlichen Gesellschafter" nicht persönlich haftender Gesellschafter, die Gesellschaft keine o. H. G.

Aus dem Erfordernisse der gemeinschaftlichen Firma folgt, daß nicht alle Rechtsgebilde, welche an sich zum Betriebe eines Handelsgewerbes fähig sind, auch fähig sind, Mitglieder einer Kommanditgesellschaft zu sein. Hierüber unten Anm. 5 und Anm. 6.

4. **Zwei oder mehrere Personen, von denen mindestens eine unbeschränkt, mindestens eine** Anm. 5. **beschränkt den Gläubigern haftet.**

a) **Mindestens eine Person muß unbeschränkt haften.** Das ist der persönlich haftende Gesellschafter oder Komplementar. Er haftet solidarisch, nicht bloß subsidiär neben der Gesellschaft (ROHG. 24, 166). Er ist als Kaufmann zu betrachten und muß daher die Eigenschaft eines solchen haben. Aber er muß nicht nur Kaufmann sein können, sondern er muß ein Handelsgewerbe unter fremdem Handelsnamen betreiben können. Die Fähigkeit, Komplementar einer Kommanditgesellschaft zu sein, entspricht der Fähigkeit, Mitglied einer o. H. G. zu sein. Vgl. daher Anm. 22 u. 26 zu § 105 über die Einzelfragen (ob eine Ehefrau, eine o. H. G., eine Aktiengesellschaft usw. Komplementar einer Kommanditgesellschaft sein kann).

b) **Mindestens eine Person muß beschränkt haften mit einer Vermögenseinlage.** Das ist der Anm. 6. Kommanditist. Dieser ist nicht Kaufmann (Anm. 18 zu § 1); um Kommanditist zu sein, braucht man daher nicht die oben Anm. 5 erörterte Fähigkeit zu besitzen, ein Handelsgewerbe zu betreiben oder gar die Fähigkeit, unter fremdem Handelsnamen ein Handelsgewerbe zu betreiben (zust. Kielhorn, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, Göttingen 02, dagegen Pfennig S. 31). Eine Aktiengesellschaft, eine o. H. G., eine G. m. b. H., eine Kommanditgesellschaft können daher Kommanditisten einer einfachen Kommanditgesellschaft sein; wegen der AG. zust. Lehmann, Aktienrecht I, 255 Anm. 7 und OLG. Dresden bei Holdheim 9, 22. Über die Ehefrau als Kommanditistin s. Anm. 49 Allg. Einl. Hinsichtlich des Minderjährigen kommt nicht die Genehmigungsvorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB. in Betracht, sondern maßgebend sind die allgemeinen Aufsichtsvorschriften (§ 1837 BGB.), weil eben für ihn nicht der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, sondern lediglich eine Vermögensanlage vorliegt (Düringer-Hachenburg I, 14; dagegen Goldmann Anm. 10 und Lehmann-Ring Nr. 3).

Daß der Kommanditist mit einer Vermögenseinlage beteiligt ist, bedeutet: daß er Anm. 7. öffentlich erklärt hat, er wolle bis zu einem bestimmten Betrage die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren tragen helfen. Er handelt dieser Erklärung gemäß, solange er einen, dem Werte nach, diesem Betrage entsprechenden Vermögensgegenstand dem Gesellschaftsvermögen einverleibt hat. Ist dies nicht der Fall, sei es, daß er die versprochene Einlage nicht gemacht hat oder sie sich wieder hat zurückgeben lassen, so kommt er jener Erklärung dadurch nach, daß er bis zu jenem festgesetzten Betrage für die Schulden der Gesellschaft einsteht, und zwar mit seinem ganzen Vermögen. Er haftet also auch persönlich, aber nur bis zu einem bestimmten Betrage.

§ 161. Anm. 8. Demgemäß entsteht die Kommanditisteneigenschaft nicht erst durch Einwerfung der Einlage, sondern durch die öffentliche Erklärung, daß sich der Gesellschafter mit einer solchen beteiligen wolle.

Anm. 9. Es beantwortet sich durch das Gesagte aber gleichzeitig die sehr umstrittene Frage, was als gültige Vermögenseinlage zu betrachten sei, ob nur bares Geld oder auch andere Gegenstände, ob nur Eigentumsübertragungen oder auch Gebrauchsüberlassungen, und endlich ob auch die Arbeitskraft. Nach außen ist erforderlich und ausreichend, daß die Einlage auf einen bestimmten Betrag festgestellt sei. Mit diesem will sich der Kommanditist beteiligen, d. h. ihn entweder bar einwerfen, oder einen Gegenstand einlegen, der ihm im Werte gleichkommt, oder wenn er dies nicht getan oder sich das Eingelegte hat wiedergeben lassen, für die Schulden der Gesellschaft bis zu diesem Betrage direkt einstehen. Nach innen jedoch sind Abreden anderer Art statthaft. Aber den Gläubigern haftet der Kommanditist immer dafür, daß in der Tat ein der festgestellten Summe entsprechender Betrag in barem Gelde oder sonstigen Werten der Gesellschaft zugeflossen ist (D. 119ff.), gleichgültig, wie unter den Gesellschaftern die Leistung geschätzt ist. Zu den sonstigen Werten gehören auch Sachen (RG. 2, 306). Ferner sind Forderungen zulässige Einlagen (OLG. Hamburg in OLGR. 8, 258), auch Forderungen gegen die Gesellschaft (RG. bei Holdheim 14, 199). Sehr bestritten ist die Frage, ob die Arbeitskraft als Einlage gestattet ist (dagegen mit 6./7. Aufl. Curtius 34; dafür Furrer 241; Pfennig 56; Wendel 29; Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 20). Soweit Dienste in Geld schätzbar sind und die Gesellschaft durch deren Leistung Aufwendungen erspart, z. B. wenn der Kommanditist als Buchhalter arbeitet und dadurch die Gesellschaft das Gehalt eines solchen erübrigt, steht begrifflich nichts im Wege, Dienste als Einlage zu geben.

Die Frage, ob die Höhe der Einlage des Kommanditisten eine von vornherein bestimmte sein muß, ist bejahend zu beantworten (vgl. auch § 162). Übereinst. Renaud 121; Wendt bei Endemann I, 441; während Dernburg (Pr. PrivR. II § 215) auch die Angabe der Faktoren, nach denen sich die Einlage allmählich bilden soll, für genügend hält.

Neben der Einlage können dem Kommanditisten auch andere Verpflichtungen auferlegt werden; z. B. zur Geschäftsführung (vgl. Anm. 7 zu § 164), zur Rübenbaupflicht usw.

Anm. 10. 5. **Ist zur Entstehung der Kommanditgesellschaft die Eintragung erforderlich?** Antwort: Wenn ein Handelsgewerbe nach § 1 vorliegt, nein, wohl aber, wenn ein Handelsgewerbe nach § 2 die Grundlage bildet. Liegt also ein Handelsgewerbe nach § 1, ein eigentliches Handelsgewerbe vor, so liegt eine Kommanditgesellschaft vor, auch ohne daß die Eintragung erfolgt ist. Die Eintragung ist nicht entscheidend (§ 161 Abs. 2; § 123). Es liegt also z. B. eine Kommanditgesellschaft auch dann vor, wenn ein eingetragener Kaufmann sich einen Kommanditisten beigesellt, dieser aber nicht eingetragen wird. Dieser gilt dann nicht etwa als stiller Gesellschafter, sondern ist Kommanditist und haftet im Gegenteil sogar wie ein offener Gesellschafter (§ 176). Tritt im Übrigen eine Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe nach § 1 betreibt, sondern ein sonstiges Gewerbe, im Rechtsverkehr als Kommanditgesellschaft auf, so muß sie sich von Dritten als Kommanditgesellschaft behandeln lassen, sie gilt gemäß den Ausführungen im Erl. zu § 5 Dritten gegenüber als solche (vgl. Anm. 19 zu § 162).

Durch die bloße Eintragung wird umgekehrt eine Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe betreibt, nicht Kommanditgesellschaft. Allein die erfolgte Eintragung hat doch in dieser Hinsicht die erhebliche Wirkung, daß eine Gesellschaft unter Umständen als Kommanditgesellschaft für den Rechtsverkehr gilt, obwohl sie es nicht ist. Hierüber s. Anm. 2 a. E.; ferner Anm. 17—19 zu § 105; besonders aber § 123 und die Erläuterungen dazu.

II. (Abs. 2.) **Die Anordnung der subsidiären Geltung der Vorschriften über die o. H. G.**

Anm. 11. 1. Es wird in der Erläuterung der folgenden Paragraphen die Folgerung aus Bestimmungen in mannigfacher Richtung gezogen werden. Eine Aufzählung der subsidiär anzuwendenden Vorschriften erscheint nicht am Platze (vgl. jedoch zu §§ 163 und 170).

2. Subsidiär finden übrigens auch die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft Anwendung. Denn auch diese sind Vorschriften, die für die o. H. G. gelten. **§ 161.** Anm. 12.

3. **Bei dieser Anwendung ist zu beachten,** daß, soweit Ausnahmen nicht vorgeschrieben oder sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergeben, die für die Gesellschafter der o. H. G. gegebenen Vorschriften nicht nur auf die Komplementare, sondern **auch auf die Kommanditisten anzuwenden sind** (RG. 32, 399; Makower I 324). So haben z. B. auch die Kommanditisten Anteil am Gesellschaftsvermögen im Sinne eines Eigentums zur gesamten Hand (RG. bei Gruchot 28, 249; Bolze 3 Nr. 781; vgl. bei uns Anm. 11 zu § 163). Anm. 13.

Zusatz 1. Eine Form ist für den Kommanditgesellschaftsvertrag nicht vorgeschrieben. Es gilt daher für die Regel Formfreiheit. Hierüber, sowie über die Ausnahmen s. Anm. 41 zu § 105. Anm. 14

Über den **Inhalt des Kommanditvertrages** gilt folgendes: Wesentlich ist, daß eine Gesellschaft vereinbart ist und ferner, daß der Kommanditist mit einer bestimmten Einlage nach außen haften will. Die Verhältnisse nach innen sind nach Belieben der Gesellschafter zu ordnen und für den Begriff unwesentlich. Es kann z. B. vereinbart werden, daß die Kommanditeinlage innerhalb bestimmter Frist zurückgezahlt werden soll, daß sie durch Bürgschaft als Hypothek gesichert wird usw. Alles dies ist gültig, berührt aber die Rechte der Gläubiger nach §§ 171 ff. nicht. Anm. 15.

Zusatz 2. Über das Rechtsverhältnis mehrerer persönlich haftender Gesellschafter unter sich fehlt im neuen HGB. eine Bestimmung. Die frühere Bestimmung des Art. 150 Abs. 2, daß in Ansehung ihrer eine o. H. G. vorlag, war unrichtig und ist mit Recht gestrichen worden. Sie stehen eben unter sich nicht notwendig in einem rechtlichen Verbande, sondern stehen jeder in Rechtsbeziehung zur Gesellschaft. Es können natürlich durch besondere Abmachungen besondere Rechtsbeziehungen unter ihnen bestehen. **Das gleiche gilt von mehreren Kommanditisten unter sich.** Auch können die Kommanditisten (und auch die Komplementare unter sich) einen besonderen Verband bilden und nach dem Gesellschaftsvertrage nur geschlossen der Gesellschaft gegenüber ihre Rechte ausüben dürfen. Anm. 16.

Zusatz 3. Über die juristische Selbständigkeit der Kommanditgesellschaft gibt der Titel über die Kommanditgesellschaft keine besondere Vorschrift. Vermöge der allgemeinen Bezugnahme des § 161 Abs. 2 ist § 124 auf die Kommanditgesellschaft entsprechend anwendbar. **Danach kann auch die Kommanditgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden,** und zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich. Anm. 17.

1. **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen.** Hierüber näheres Anm. 3 und 4 zu § 124.

2. **Sie kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden.** Hierüber näheres Anm. 5 ff. zu § 124.

Sie ist infolgedessen parteifähig; sie muß vor Gericht durch gesetzliche Vertreter auftreten. (Wer dies ist, darüber Anm. 1 zu § 170); diese gesetzlichen Vertreter, regelmäßig die Komplementare, haben insbesondere auch die Eide zu leisten (ROHG. 15, 6). Als Zeuge darf kein Gesellschafter vernommen werden, auch nicht die Kommanditisten (RG. 32, 398). Über alles dieses näheres Anm. 7 ff. zu § 124.

Über die Folgen der Auflösung der Gesellschaft auf das schwebende Prozeßverfahren gilt das in Anm. 18 ff. zu § 124 Gesagte. Desgleichen über die Wirkungen des gegen die Gesellschaft erlassenen Urteils das in Anm. 24 ff. zu § 124 Gesagte. Insbesondere ist in ROHG. 2, 168 und Bolze 2 Nr. 1099 ausgesprochen, daß das gegen den Gesellschafter gerichtete Urteil gegen die Kommanditgesellschaft nicht vollstreckbar ist; übrigens folgt dies jetzt aus § 124 Abs. 2 und § 161 Abs. 2.

Zusatz 4. Übergangsfrage. Was für die bisherigen Kommanditgesellschaften Rechtens ist, über s. Anm. 46 zu § 105 und Anm. 20 zu § 123. Anm. 18.

§ 162.

§ 162. Die Anmeldung der Gesellschaft hat außer den im § 106 Abs. 2 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten.

Bei der Bekanntmachung der Eintragung ist nur die Zahl der Kommanditisten anzugeben; der Name, der Stand und der Wohnort der Kommanditisten sowie der Betrag ihrer Einlagen werden nicht bekannt gemacht.

Diese Vorschriften finden im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldungspflicht bei der Gründung der Gesellschaft und bei späteren Veränderungen in dem Personalbestande an.

I. Anmeldung und Bekanntmachung bei der Errichtung der Kommanditgesellschaft.

Anm. 1. 1. **Das Erfordernis der Anmeldung überhaupt.** Eine Frist ist nicht vorgesehen. Sie muß ohne Verzug erfolgen. Für die Kommanditisten besteht außer dem direkten Zwang (vgl. Anm. 4) ein indirekter und sehr scharfer Zwang zur Anmeldung in der Vorschrift des § 176. Selbstverständlich kann die Kommanditgesellschaft auch nach ihrer Errichtung eingetragen werden, ja sogar nach ihrer Auflösung (vgl. hierüber Anm. 4 zu § 15).

Anm. 2. **Die Form der Anmeldung** richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 12—13, **der Zwang** nach § 14. Der Zwang richtet sich auch gegen die Kommanditisten (anders früher nach Art. 154; vgl. auch JW. 98, 232).

Auf die Bewirkung der Anmeldung kann jeder Gesellschafter klagen (vgl. hierüber Anm. 1 zu § 106).

Anm. 3. 2. **Der Inhalt der Anmeldung.** Zunächst sind die im § 106 Abs. 2 enthaltenen Gegenstände anzumelden (s. über diese Gegenstände Anm. 2 ff. zu § 106). Im Grunde genommen liegt darin bereits die Vorschrift, daß auch die Kommanditisten anzumelden sind; denn auch sie gehören zu den Gesellschaftern. Der § 162 hebt aber noch besonders hervor, daß auch die Kommanditisten anzumelden sind. Außerdem ist aber anzumelden der Betrag der Einlage. Dieselbe muß eine bestimmte Summe sein (D. 120; Hahn § 4 zu Art. 151).

Anm. 4. 3. **Anmeldungspflichtig** sind sämtliche Gesellschafter (§ 161 Abs. 2 und § 106 Abs. 2), also auch die Kommanditisten. Auch gegen sie richtet sich der Zwang des § 14.

Anm. 5. 4. **Die Bekanntmachung erstreckt sich,** was die Kommanditisten betrifft, nur auf **die Zahl** derselben. Weder ihr Name, noch auch der Betrag der Einlage ist bekannt zu machen. Die Vorschrift ist zwar nur im Interesse der Beteiligten gegeben, aber sie ist zwingend und es kann daher die Bekanntmachung auch auf Antrag diese Punkte nicht enthalten.

Anm. 6. ### II. Anmeldung und Bekanntmachung beim Eintritt und Austritt eines Kommanditisten.

1. **Der Eintritt eines Kommanditisten.** Wenn ein Kommanditist einer Kommanditgesellschaft beitritt, so muß dieser Beitritt gemäß Abs. 1 angemeldet und gemäß Abs. 2 veröffentlicht werden. So will es Abs. 3. Das gleiche gilt, wenn ein Kommanditist einer o. H. G. beitritt. Darin wurde früher (vgl. RG. 32, 47) eine Neubildung gesehen: die Auflösung der o. H. G. und der gleichzeitige Übergang des Geschäfts mit Aktiven und Passiven auf die neugegründete Kommanditgesellschaft. Nach jetzigem Recht liegt hierin, wie auch die (D. 121) hervorhebt, keine Neubildung, sondern lediglich eine Umwandlung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft, wie sich das aus dem den § 139 und § 162 Abs. 3 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Prinzip ergibt (vgl. Anm. 17 zu § 139, RG. 55, 126; KGJ. 26 A S. 220; 27 B S. 36; Lehmann ZHR. 50, 38; dagegen Goldmann Anm. 31). Auch eine durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöste o. H. G. kann sich dadurch in eine Kommanditgesellschaft umwandeln,

daß die Erben des verstorbenen Gesellschafters als Kommanditisten vertragsmäßig beitreten, **§ 162.** wobei sie auch gleichzeitig einen anderen Kommanditisten aufnehmen können (KGJ. 26 A S. 220). Es bedarf bei derartiger Umwandlung, da die Identität gewahrt bleibt, keiner Übergabe oder Auflassung (vgl. Anm. 49ff. zu § 105 und KGJ. 27 B S. 40).

2. **Das Ausscheiden eines Kommanditisten.** Beim Ausscheiden wird wiederum die Anmeldung nach Abs. 1 und die Bekanntmachung nach Abs. 2 bewirkt. So will es Abs. 3. Wenn der einzige Kommanditist ausscheidet, so liegt darin, wenn er gänzlich ausscheidet und mehrere Komplementare übrig bleiben, die Umwandlung der Kommanditgesellschaft in eine o. H. G., aber ohne Neugründung und ebenso liegt, wenn er offener Gesellschafter wird, nur Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft, nicht Neugründung vor (vgl. Anm. 6 und RG. 55, 126, sowie RG. in JW. 03, 293[18]). In gleicher Weise bewirkt das Ausscheiden eines mehrerer Kommanditisten oder das Ausscheiden des einzigen Kommanditisten mit gleichzeitigem Eintritt eines andern nicht die Auflösung, sondern lediglich die Umwandlung der Gesellschaft (BayObLG. bei Bauer 11, 142). Anm. 7.

3. **Ein zusammengesetztes Beispiel** bietet der Fall, daß ein Komplementar Kommanditist wird. Hier ist anzumelden und einzutragen, daß der Komplementar A. von jetzt ab nur noch Kommanditist mit einer Einlage von z. B. 20000 Mk. ist; zu veröffentlichen ist, daß der Komplementar A. ausgeschieden ist, und daß ein Kommanditist eingetreten ist. Die Wirkung der Nichteintragung ist nicht Ungültigkeit wie bei § 174, sondern Wirksamkeit gemäß § 176. Anm. 8.

Bei derartigen zusammengesetzten Anmeldungen hat der Registerrichter im Zweifel einheitlich zu prüfen und zu befinden, so daß er, wenn er gegen die eine Eintragung begründete Bedenken hat, den ganzen Antrag zurückweisen muß (KGJ. 23 A S. 89).

Über die sonstige Prüfungspflicht des Registerrichters vgl. Anm. 6 zu § 106.

Zusatz 1. Die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung.

1. **Die Eintragung der Kommanditgesellschaft** ist, wenn die Bedingungen des § 1 vorliegen, nicht erforderlich zur Entstehung der Kommanditgesellschaft, wohl aber, wenn § 2 Platz greift. Ist sie aber eingetragen, dann hat die Eintragung die Folgen, die § 5 und § 15 vorschreiben. (Die Gesellschaft gilt für den Rechtsverkehr überhaupt ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben, auch für die als Inhaber eingetragenen Personen, nach § 5 als Kommanditgesellschaft und es kann diese Rechtsvermutung nur entkräftet werden durch den Nachweis, daß die Gesellschaft überhaupt kein Gewerbe betreibt; aber auch in diesem Falle gilt sie jedem Dritten gegenüber, dem das Gegenteil nicht bekannt ist, als Kommanditgesellschaft und die eingetragenen Personen als Inhaber derselben); vgl. hierüber Anm. 16ff. Anm. 9.

2. **Die Eintragung der Vermögenseinlage insbesondere** hat die Bedeutung, daß der Umfang der Haftung dadurch für jeden Dritten festgestellt wird (RG. 17, 40). Jeder Dritte kann sich auf diese Eintragung berufen und umgekehrt kann sich der Kommanditist jedem Dritten gegenüber auf sie berufen. Mit der äußeren Haftung braucht sich das innere Beteiligungsverhältnis nicht zu decken. Doch ist dies im Zweifel als Willensmeinung anzusehen. Anm. 10.

3. **Die Bedeutung der Nichteintragung einer bestehenden Kommanditgesellschaft.** Hierüber § 176 (Haftung des Kommanditisten gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter). Die Nichteintragung hat aber nicht die Bedeutung, daß die Kommanditgesellschaft nicht besteht, daß sie bis zur Eintragung eine o. H. G. sei oder gar, daß bis zur Nichteintragung eine stille Gesellschaft besteht. Anm. 11.

4. **Die Nichteintragung der Vermögenseinlage des Kommanditisten** bewirkt, wenn der Kommanditist überhaupt nicht eingetragen ist, volle Haftung nach § 176; wenn seine Beteiligung als Kommanditist eingetragen war, ist sie unschädlich; denn wie zu § 176 ausgeführt ist, tritt die begrenzte Haftung schon dann ein, wenn der Gläubiger nur wußte, daß der Gesellschafter Kommanditist ist; es ist nicht erforderlich, daß er die Höhe der Einlage gekannt habe (vgl. Anm. 3 zu § 176; unzutreffend Rudorff zu § 162). Anm. 12.

Zusatz 2. Die Anmeldung hat auch bei der Zweigniederlassung zu erfolgen (§ 13). Anm. 13.

§ 162. **Zusatz 3. Auch die Firmenzeichnung** muß von dem Komplementar **erfolgen.** Das folgt
Anm. 14. aus § 161 Abs. 2 und § 108 (vgl. Anm. 1 u. 2 zu § 108 und über die Form der Firmenzeichnung Anm. 4 zu § 108).

Anm. 15. **Zusatz 4. Der Beginn der Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen.**
Entsprechend anwendbar ist hier der § 123. Zufolge dieser entsprechenden Anwendbarkeit tritt die Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkte ein, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird, wenn sie aber ihre Geschäfte schon früher beginnt, mit diesem früheren Zeitpunkte (in welcher letzteren Hinsicht jedoch die Gesellschaften nach § 2 eine Sonderstellung einnehmen). Eine entgegenstehende Vereinbarung hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung (vgl. auch RG. bei Holdheim 11, 127).

Anm. 16. 1. **Mit der Eintragung oder dem früheren Geschäftsbeginn der Gesellschaft beginnt die Rechtswirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen.** Näheres hierüber s. in der Erläuterung zu § 123 Anm. 13. Insbesondere ist auf die Frage, ob eine Gesellschaft, die sich nach außen als Kommanditgesellschaft betätigt, ohne daß nach innen ein Kommanditgesellschaftsvertrag oder ein gültiger Kommanditgesellschaftsvertrag vorliegt, für den Rechtsverkehr als solche gilt, hier in der gleichen Weise zu beantworten (Anm. 6, 8, 9—11, 16 u. 17 zu § 123). Hier kommt noch weiter in Frage, ob nicht vielleicht eine nicht eingetragene Kommanditgesellschaft, die ihre Geschäfte begonnen hat, deshalb als o. H. G. gilt, weil der Kommanditist in solchem Falle persönlich haftet (§ 176). Doch ist dies zu verneinen. Er haftet nur wie ein offener Gesellschafter, aber er ist dies nicht. Er ist gleichwohl Kommanditist und nur seine Haftung ist, gleichsam um ihn zivilrechtlich zu bestrafen, eine umfassendere als sonst.

Anm. 17. 2. **Die Abrede, daß die Wirksamkeit nach außen erst in einem späteren Zeitpunkte beginnen soll, ist Dritten gegenüber wirkungslos.** Hierüber Anm. 18 zu § 123.

Anm. 18. 3. **Die Handelsgesellschaften nach § 2** nehmen auch hier eine Sonderstellung ein. Vorkommen können sie auch hier. Wenn sich mehrere Personen in der Weise vereinigen, daß ein Teil persönlich, ein Teil beschränkt den Gläubigern unmittelbar haften will, und in dieser Vereinigung ein Gewerbe betreiben, das nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so sind sie zunächst eine bürgerliche Gesellschaft, bei der die Gesellschafter, soweit sie nicht in jedem einzelnen Fall mit dem Gläubiger etwas anderes vereinbart haben, unbeschränkt haften (vgl. Anm. 6 zu § 176 und §§ 420, 427, 431 BGB.). Lassen sie ihre Firma eintragen, so können sie die Form der o. H. G. oder die der Kommanditgesellschaft wählen. Durch Eintragung in der letzteren Art werden sie eine Kommanditgesellschaft. Ein früherer Geschäftsbeginn macht sie dazu nicht. Aber ein früherer Geschäftsbeginn hat zur Folge, daß sie für den Rechtsverkehr als Kommanditgesellschaften gelten gemäß unseren Ausführungen im Exk. zu § 5. Der nicht eingetragene Kommanditist haftet dann aber nicht voll, § 176 greift nicht Platz, wie § 176 Abs. 1 Satz 2 angibt (vgl. Anm. 6 zu § 176).

Anm. 19. Sind sie aber eingetragen, so gelten sie nach außen als Kommanditgesellschaften, auch wenn nach innen kein Gesellschaftsverhältnis bestände (vgl. Anm. 8 u. 9 zu § 123). Es kann sich ferner auf die Eintragung jeder berufen, sowohl jeder Dritte, als auch die Eingetragenen selbst. Mit dieser Berufung wird dem Einwande begegnet, daß die eingetragenen Personen kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe betreiben. Aber der Einwand ist zulässig, daß die eingetragenen Personen ein Gewerbe überhaupt nicht betreiben. Mit diesem Einwande ist die Rechtsvermutung des § 5 beseitigt.

Anm. 20. Wohl aber bleibt in solchen Fällen immer noch übrig die Präsumtion des § 15: der gutgläubige Dritte kann den nach § 5 zulässigen Gegenbeweis, daß kein Gewerbe vorliegt, damit abschlagen, daß ihm davon nichts bekannt gewesen sei und nichts bekannt gewesen sein konnte. Aber dem Bösgläubigen steht § 15 nicht zur Seite (vgl. Anm. 10 zu § 123).

Anm. 21. 4. **Die öffentliche Kundgebung, daß eine Kommanditgesellschaft bestehe, kann übrigens auch in anderer Weise, nicht bloß durch Eintragung erfolgen** und ist ebenso bindend (s. hierüber

Anm. 9 zu § 123). Für die Kommanditgesellschaft stimmt dem ausdrücklich zu Behrend § 162. § 89 Anm. 4; dagegen Laband in ZHR. 30, 527.

Zusatz 5. Übergangsfragen vgl. Anm. 5 zu § 107 une Anm. 20 zu § 123. Anm. 22.

§ 163.

Für das Verhältniß der Gesellschafter unter einander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 164 bis 169. § 163.

Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit den Verhältnissen der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft nach innen. Er gibt aber eine wenig umfassende Vorschrift. Er spricht nur aus, daß für das Verhältnis der Gesellschafter nach innen in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die besonderen Vorschriften der §§ 164—169 gelten. Allein das sieht so aus, als enthielten diese Paragraphen alle für das innere Verhältnis der Gesellschafter in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen. Das ist jedoch nicht der Fall. Diese Paragraphen regeln nur wenige Punkte. Im übrigen gelten gemäß § 161 Abs. 2 die für das innere Verhältnis der offenen Handelsgesellschafter geltenden gesetzlichen Bestimmungen auch hier. Anm. 1.

Hiernach ist zunächst § 109 hier entsprechend anwendbar und zufolge dieses § 109 gilt für das innere Verhältnis der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft **zunächst der Gesellschaftsvertrag, in Ermangelung vertraglicher Bestimmungen aber die §§ 110—122,** und auch die subsidiären Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft, soweit alle diese Vorschriften nicht durch die §§ 164—169 geändert sind. Anm. 2.

I. **In erster Linie ist der Gesellschaftsvertrag maßgebend,** d. h. alles, was bei der Gründung oder später für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter vereinbart ist, auch wenn es von dem abweicht, was nach außen gelten soll. Anm. 3.

So können nach innen Gewinn- und Verlustbeteiligung beliebig festgestellt werden; es kann auch bestimmt werden, daß der Kommanditist nach innen unbeschränkt haftet; es kann eine Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage vereinbart, oder es kann vereinbart werden, daß der neueintretende Kommanditist keinen Anteil an den vor seinem Eintritt entstandenen Gesellschaftsschulden haben solle; es können Entnahmen festgelegt oder ausgeschlossen sein; die Geschäftsleitung kann ganz dem Kommanditisten übertragen werden (vgl. RG. 31, 72) usw.

II. **In zweiter Linie kommen die für die o. H. G. gegebenen Bestimmungen,** jedoch mit den Abweichungen der folgenden §§ 164—169 zur Anwendung. Anm. 4.

Über die Anwendbarkeit der für die o. H. G. gegebenen Vorschriften gilt hiernach folgendes:

1. **§ 110 (Aufwendungen des Gesellschafters, Ersatz dafür)** ist im vollen Umfange anwendbar. Nur wird er, weil er sich vornehmlich auf die geschäftsführenden Gesellschafter bezieht, auf die Kommanditisten weniger häufig Anwendung finden. Anm. 5.
2. **§ 111 (Verzinsung unbefugter Entnahmen)** ist anwendbar. Was insbesondere die in unserem Zusatz 1 zu § 111 hervorgehobenen sonstigen Folgen der unbefugten Verfügung betrifft, so hat das RG. speziell für die Kommanditgesellschaft entschieden, daß auch der Komplementar am Gesellschaftsvermögen Diebstahl und Unterschlagung verüben kann, weil es für den einzelnen Gesellschafter ein fremdes ist (RGSt. 18, 123). Anm. 6.
3. **§§ 112 und 113 (Konkurrenzverbot).** Hierüber s. die Erläuterungen zu § 165. Anm. 7.
4. **§§ 114—117 (Geschäftsführung)** ist erörtert bei § 164.
5. **§ 118 (Kontrollrecht)** ist ersetzt durch § 166.
6. **§ 119 (Erfordernisse der Gesellschaftsbeschlüsse)** ist anwendbar. Nur richtet es sich selbstverständlich nach den besonderen Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft, wann es überhaupt auf Gesellschaftsbeschlüsse ankommt. Wo es aber darauf ankommt, da greift § 119 auch hier Platz. „Gesellschafter" sind dann Komplementare und Kommanditisten (Makower I 325). Anm. 8.
7. **§§ 120—122 (Gesellschaftliche Vermögensrechte der Gesellschafter).** Hierüber s. die §§ 167—169. Anm. 9.

§ 163. 8. **Die Aufnahme neuer Gesellschafter** bedarf stets der Zustimmung aller Beteiligten also auch
Anm. 10. der Kommanditisten (RG. 54, 161 und bei Holdheim 14, 234).

Anm. 11. 9. **Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche für das innere Verhältnis der offenen Gesellschafter maßgebend sind,** sind auch hier subsidiär anwendbar, soweit nicht etwa die §§ 164—169 entgegenstehen. Es kommen folgende Fragen in Betracht:

a) **Die Beiträge der Gesellschafter** (Höhe der Beitragspflicht, rechtliche Charakterisierung der letzteren und des Anteils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, Eigentum zur gesamten Hand). Über alle diese Fragen gilt das Anm. 1 ff. zu § 111, Anm. 27 ff. zu § 105 Gesagte. Darüber insbesondere, daß auch die Kommanditisten Anteil am Gesellschaftsvermögen im Sinne eines Eigentums zur gesamten Hand haben, s. Anm. 13 zu § 161, woselbst überhaupt darauf aufmerksam gemacht ist, daß die für Gesellschafter einer o. H. G. geltenden Vorschriften auch für die Kommanditgesellschaft gelten, soweit nicht die Natur des Rechtsverhältnisses ein anderes ergibt oder ein anderes gesetzlich vorgeschrieben ist.

Anm. 12. b) **Das Maß der dem Gesellschafter obliegenden Sorgfalt und die Verletzung derselben.** Auch hierüber gilt das Anm. 12 ff. zu § 114 Gesagte.

Anm. 13. c) **Die Frage der Übertragbarkeit der gesellschaftlichen Rechte.** Auch hierüber gilt das Anm. 11 ff. zu § 109 Gesagte.

Anm. 14. **Zusatz. Übergangsfrage.** Hierüber gilt das in Anm. 46 zu § 105 und Anm. 22 zu § 109 Gesagte.

§ 164.

§ 164. Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 bleiben unberührt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet die Geschäftsführung bei der Kommanditgesellschaft,** aber natürlich nur in fragmentarischer Weise. Zur Ergänzung dienen die Vorschriften über die o. H. G. (§ 161 Abs. 2).

I. **Das Recht der Geschäftsführung stellt sich bei der Kommanditgesellschaft** wie folgt:

Anm. 1. 1. (Vgl. § 114.) **Die gesetzliche Regel ist, daß die Komplementare und zwar alle Komplementare zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet sind.** Die Kommanditisten sind durch § 164 von der Geschäftsführung ausgeschlossen, daher auch nicht dazu verpflichtet.

Zulässig ist auch hier, daß der Gesellschaftsvertrag einem Komplementar oder mehreren Komplementaren die Geschäftsführung überträgt. Alsdann sind die übrigen Komplementare davon ausgeschlossen.

Das zur näheren Erläuterung dieser Punkte Dienende s. zu § 114.

Anm. 2. 2. (Vgl. § 115.) **Die im § 115 gegebenen Vorschriften über den Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis,** wie sich das Einzelrecht zur Geschäftsführung und wie sich das Gesamtrecht zur Geschäftsführung betätigt, greifen auf die geschäftsführenden Komplementare entsprechend Platz. Das hier in Betracht kommende Widerspruchsrecht steht nur den Komplementaren, nicht auch den Kommanditisten zu.

Näheres hierüber zu § 115.

Anm. 3. 3. (Vgl. zu § 116.) **Die Vorschrift des § 116, daß sich das selbständige Recht zur Geschäftsführung nur auf die gewöhnlichen Betriebsgeschäfte bezieht,** findet auch hier Anwendung. Zu außergewöhnlichen Geschäften ist nach § 116 ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Daraus würde sich für die Kommanditgesellschaft ergeben, daß auch die Kommanditisten bei diesen Beschlüssen mitwirken müssen. Aber der vorliegende Paragraph gibt ihnen ein geringeres Recht: sie brauchen nicht gerade zur Beschlußfassung herangezogen zu werden, sie haben nur das Recht, den Geschäften zu widersprechen, und zwar jeder Kommanditist (ebenso

Goldmann Anm. 8). Cosack § 111 VII 2 a; Lehmann-Ring Nr. 1 u. 2 und Makower I 329 meinen allerdings, daß der Kommanditist auch nach § 164 nicht bloß ein Widerspruchsrecht, sondern gemäß § 116 ein Mitwirkungsrecht habe. Dann aber wäre § 164 Halbsatz 2 inhaltslos. Zu solcher Annahme liegt kein Anlaß vor **§ 164.**

Die Ausgestaltung des Widerspruchsrechts ist die gleiche, wie sonst, wo es ein Widerspruchsrecht gibt (vgl. daher Anm. 3—5 zu § 115). Hervorzuheben ist aber auch hier, daß die Beschränkung des § 164 nur nach innen gilt (Anm. 5 zu § 116 und RG. 52, 162).

Eine Sonderstellung nimmt das Recht des geschäftsführenden Gesellschafters zur Bestellung und zum Widerruf der Prokura ein. In dieser Hinsicht soll nach dem vorliegenden Paragraphen der § 116 Abs. 3 unberührt bleiben. Zur Bestellung der Prokura gehört daher die Zustimmung aller geschäftsführenden Komplementare, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Zum Widerruf der Prokura genügt die Erklärung jedes Komplementars, der bei der Erteilung mitzuwirken hat. Die Kommanditisten haben hierbei nichts zu tun und nicht zu widersprechen. Anm. 4.

Über Einzelfragen s. hier überall § 116 und die Erläuterungen dazu.

4. (Vgl. § 117.) **Die Vorschrift über das Recht der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis** ist hier entsprechend zu übertragen. Der Antrag muß auch hier von allen übrigen Gesellschaftern, auch den Kommanditisten, ausgehen. Auch das im Zusatze 1 zu § 117 erörterte Recht jedes einzelnen Gesellschafters zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ist hier gegeben und steht hier auch jedem Kommanditisten zu. Anm. 5.

II. **Der Kommanditist hat hiernach kein Recht und keine Pflicht zur Geschäftsführung.** Nur das Widerspruchsrecht gegen ungewöhnliche Geschäfte ist ihm gegeben (vgl. Anm. 3). Doch kann er zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten bestellt werden (vgl. § 170 Anm. 4). Hierauf greifen dann aber andere Grundsätze Platz. Anm. 6.

III. Aber weiter ist zu beachten, **daß die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen überhaupt dispositiv sind** (RG. 31, 73), wie dies § 163 deutlich ergibt. Es ist also zulässig, daß der Gesellschaftsvertrag die Komplementare sämtlich von der Geschäftsführung ausschließt. Und es ist ferner zulässig, daß den Kommanditisten durch Vertrag Geschäftsführungsbefugnis verliehen und Geschäftsführungspflicht auferlegt wird. Der Kommanditist hat dann im Zweifel nicht die Stellung eines Prokuristen oder Bevollmächtigten (wie RG. 31, 39 nach früherem Recht annahm), sondern die eines geschäftsführenden Gesellschafters (Pfennig 4, 74). In diesem Falle ist insbesondere auch § 114 Abs. 2 anwendbar, jedoch mit Vorsicht. Wenn nämlich die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag einem Kommanditisten übertragen wird, so wird man darin den im § 114 Abs. 2 vorgesehenen Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung nicht ohne weiteres erblicken können. Denn diese Gesetzesvorschrift bezieht sich zunächst auf den Fall, daß die Geschäftsführung übertragen wird einem schon an sich zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter. Spricht in solchem Falle der Gesellschaftsvertrag noch eine besondere Übertragung der Geschäftsführung auf einen Gesellschafter aus, so erblickt darin das Gesetz einen Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung (ebenso Lehmann-Ring Nr. 4; dagegen Goldmann Anm. 5). Anm. 7.

Voll anwendbar erscheinen in solchem Falle die §§ 115—117: Der Kommanditist gehört in solchen Fällen überall zu den geschäftsführenden Gesellschaftern.

Zusatz. Übergangsfrage. Siehe hierüber Anm. 20 zu § 114, Anm. 22 zu § 109. Anm. 8.

§ 165.

Die §§ 112, 113 finden auf die Kommanditisten keine Anwendung. **§ 165.**

Der Paragraph befreit den Kommanditisten von dem Konkurrenzverbot des § 112. Die Befreiung hat darin ihren Grund, daß der Kommanditist an der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht teilnimmt, sondern im wesentlichen nur pekuniär beteiligt ist. Einmal fällt dadurch die Anm. 1.

§ 165. Möglichkeit weg, die Handelsbeziehungen der Gesellschaft so genau kennen zu lernen, daß eine die Gesellschaft gefährdende Ausbeutung im Privatinteresse zu befürchten wäre; andererseits ist dem Kommanditisten nicht zuzumuten, wegen seiner regelmäßig nur geringen Beteiligung sich eine Beschränkung in der eigenen kaufmännischen Entfaltung aufzuerlegen.

Anm. 2. **Zusatz 1. Durch Vertrag kann das Konkurrenzverbot allerdings auch auf den Kommanditisten ausgedehnt werden.** Allein man darf nicht noch weiter gehen und annehmen, daß schon in der Zulassung des Kommanditisten zur Geschäftsführung das Konkurrenzverbot für ihn folge. Es mag sein, daß der gesetzgeberische Grund zur Befreiung alsdann fortfällt, darum aber fällt die gesetzliche Befreiung selbst nicht fort. **Cessante ratione legis non cessat lex ipsa** (Hahn zu Art. 159; anders Puchelt Anm. 1 zu Art. 159; Wendt bei Endemann I 451). Vielmehr muß auch in diesem Falle der Vertrag, sei es durch ausdrückliche Bestimmung, sei es den Umständen nach, ergeben, daß das Konkurrenzverbot von den Gesellschaftern gewollt sei, und es ist richtig, wenn Behrend (§ 88 Anm. 12) sagt, daß dies meist der Absicht der Parteien entsprechen wird. Aber als gesetzliche Vorschrift ist es eben nicht anzuerkennen. Das Konkurrenzverbot ist eine Abweichung von der geltenden Rechtsregel, wie Wendt selbst anerkennt, und gilt daher nur da, wo es durch Gesetz oder Vertrag besonders aufgestellt ist. Zutreffend bemerkt Förtsch (Anm. 1 zu Art. 159), daß in Verfolg dieser Ansicht auch die positiven Bestimmungen des § 113 nur dann Anwendung finden, wenn auch dies vereinbart ist; sonst bestehen nur Schadensansprüche (zust. Rudorff zu § 165; Makower I 329; Goldmann Anm. 9).

Anm. 3. **Zusatz 2. Für die Komplementare gelten die §§ 112 und 113** (vgl. § 163). Für die Anwendung ist hervorzuheben, daß die in diesen Paragraphen vorgesehene Mitwirkung der Gesellschafter (Zustimmung zur Vornahme des Konkurrenzgeschäfts, Teilnahme der Beschlußfassung bei Ausübung des Wahlrechts, Kenntnis des Konkurrenzgeschäfts) allen Gesellschaftern, also auch den Kommanditisten, obliegt. Desgleichen steht das im § 113 Abs. 2 vorgesehene Recht auf Auflösung jedem Kommanditisten zu.

§ 166.

§ 166. Der Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im § 118 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem Kommanditisten nicht zu.

Auf Antrag eines Kommanditisten kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt das Kontrollrecht des Kommanditisten,** und zwar in der Weise, daß er ihm das Recht der jährlichen Bilanzabschrift und einer Büchereinsicht zum Zwecke der Prüfung gibt (Abs. 1), die weitergehenden Rechte des offenen Gesellschafters ausschließt (Abs. 2), und aus wichtigen Gründen ein richterliches Eingreifen zum Zwecke der jederzeitigen Ausübung seiner Rechte anordnet (Abs. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Er kann jährlich Abschrift der Bilanz und Einsicht der Bücher und Papiere verlangen.** Dieses Recht, welches durch Nichtgebrauch nicht untergeht, ist kein bloßes Minderrecht. Vielmehr sollte, wie Abs. 2 deutlich ergibt, das Recht des Kommanditisten auf Auskunftserteilung durch den vorliegenden Paragraphen festgestellt und begrenzt werden. Es kann daher nur unter Vorbehalt als richtig erachtet werden, wenn Renaud (Kommanditgesellschaften 331) und ihm folgend Puchelt (Anm. 2 zu Art. 160) dem Kommanditisten das Recht gibt, geeignetenfalls selbst Rechnungslegung zu fordern (vgl. auch Willenbücher Anm. 3 zu Art. 160). Sind die Bücher unvollständig oder geben sie wegen der Natur des Geschäftes keine genügende

Auskunft, so ist ihm lediglich das in Abs. 3 vorgesehene Recht zu weiteren Aufklärungen gegeben, die allerdings gegebenenfalls den Umfang einer vollständigen Rechnungslegung annehmen können. Auch das aus § 810 BGB. sich ergebende Recht auf Vorlegung der Bücher, weil sie Urkunden sind, die ein gemeinschaftliches Rechtsverhältnis beurkunden und in seinem Interesse errichtet sind, fällt hier weg; denn die Anwendung dieses Paragraphen würde dazu führen, dem Kommanditisten ein jederzeitiges Recht auf Vorlegung der Bücher zu gewähren (anders Makower I 330). Die prozessuale Vorlegungspflicht nach § 45 HGB. ist natürlich nicht berührt.

Das Recht darf nicht **chikanös** ausgeübt werden. Der Kommanditist darf z. B. nicht täglich in das Geschäftslokal kommen und Vorlegung aller möglichen Bücher und Papiere verlangen. Nur, soweit es zur Kontrolle nötig, ist die Ausübung des Rechts gestattet. Anm. 2.

Die ihm hier gegebenen Rechte kann jeder Kommanditist für sich ausüben, außer wenn die Kommanditisten (z. B. Erben) vertragsmäßig zu einer Einheit organisiert sind (vgl. Anm. 16 zu § 161). Ihre Ausübung ist nicht abhängig davon, daß er selbst seine Verpflichtungen erfüllt hat: **es kann ihm nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengesetzt werden.** Anm. 3.

Aus dem Rechte auf Vorlegung der Bücher und Prüfung der Bilanz ergibt sich auch das Recht auf Führung korrekter Bücher und korrekter Bilanzen, ferner auf Berichtigung der Bücher und Bilanz, oder, wie Puchelt sagt, auf Anfechtung der Bilanz. Diese sogenannte Anfechtung kann nicht mit der Unzweckmäßigkeit eines Geschäfts begründet werden, sondern nur damit, daß die Bilanz mit den Büchern, bzw. mit der wahren Sach- und Rechtslage nicht übereinstimme. Anm. 4.

2. (Abs. 2.) **Die weiteren Rechte des offenen Gesellschafters sind dem Kommanditisten versagt.** Seine Rechte sind daher geringer, als die des von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Gesellschafters. Dieser Unterschied ist darin begründet, daß den Kommanditisten keine persönliche Haftung trifft. Anm. 5.

3. (Abs. 3.) **Aus wichtigen Gründen kann der Richter jederzeitige Erteilung einer Bilanz, Vorlegung der Bücher und Papiere oder sonstige Aufklärung anordnen.** Anm. 6.

a) **Die Vorschrift ist dahin auszulegen, daß hiermit dem Kommanditisten ein Recht gegeben ist, beim Vorliegen wichtiger Gründe jederzeit zu verlangen,** daß der Komplementar eine Bilanz zieht, sie dem Kommanditisten mitteilt, ihm die Bücher und Papiere vorlegt, oder jede sonstige Aufklärung erteilt, und daß der Richter den Komplementar dazu zwingen kann, eine Macht, die der Richter aber nicht willkürlich ausüben darf, sondern beim Vorliegen wichtiger Gründe ausüben muß (vgl. über den Sprachgebrauch des Wortes „kann" Planck I, 27). Selbstverständlich kann das (nach Anm. 7 zuständige) Gericht auch die Vorlegung der jährlichen Bilanz auf Antrag des Kommanditisten anordnen (vgl. KG. in KGJ. 30 A S. 123). Der wichtige Grund ist in diesem Fall die bloße Weigerung.

b) **Der zuständige Richter ist das Amtsgericht,** welches im Beschlußverfahren entscheidet, wenn tunlich nach Anhörung des Gegners. Gegen die Entscheidung steht sofortige Beschwerde zu (§§ 145 u. 146, § 99) (näheres über die Beschwerde Anm. 9 ff. zu § 14). Anm. 7.

Der Antrag bei dem Amtsgericht ist nur zulässig, so lange die Gesellschaft besteht. Ist sie aufgelöst, so hat der Kommanditist seine Rechte im Prozeßwege geltend zu machen (KGJ. 28 A S. 56).

c) **Wichtige Gründe** liegen vor: wenn begründeter Anlaß zum Mißtrauen in die Geschäftsführung des geschäftsführenden Gesellschafters gegeben ist (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 335); oder wenn die Bücher unvollständig sind oder wegen der Natur des Geschäfts keine genügende Auskunft geben (vgl. Anm. 1); wenn der Kommanditist, um für seine Abstimmungen in Gesellschaftssachen, von denen er ja nicht absolut ausgeschlossen ist, informiert zu sein, die Verhältnisse der Gesellschaft kennen lernen will, der Komplementar aber diese Information verweigert; und endlich, wenn die Lage des Geschäfts derart bedenklich ist, daß er zur Geltendmachung seiner Rechte auf Auflösung oder sonst sich Information verschaffen muß. Anm. 8.

§ 166. Anm. 9. d) Der Inhalt der Anordnung ist immer nur Mitteilung der Bilanz, Vorlegung der Bücher und Papiere und Erteilung sonstiger Aufklärungen durch die Komplementare. Mehr zu verlangen ist der Gesellschafter nicht berechtigt, und weiteres kann daher der Richter nicht anordnen, auch nicht ausnahmsweise, wie Anschütz und Völderndorff annehmen. Die schrankenlose Freiheit, die der Richter bei einstweiligen Verfügungen hat, bezieht sich gleichfalls nur auf die Art der Durchführung der vom materiellen Recht gewährten Befugnisse, und kann zwar gegebenenfalls bis zur vorweggenommenen Zwangsvollstreckung gehen (RG. 9, 334; 27, 432), aber nicht weiter, sie kann nicht die Befugnisse des materiellen Rechts erweitern. Hier muß dasselbe gelten. Doch liegt die Gestattung, einen Sachverständigen zuzuziehen, innerhalb des gesetzlichen Rahmens (Bolze 16 Nr. 481 und KG. in KGJ. 30 A S. 124).

Anm. 10. Aus diesem Grunde kann auch der Richter nur Anordnungen für den einzelnen Fall treffen, nicht aber einem Kommanditisten ein für allemale das Recht der jederzeitigen Einsicht gewähren.

Anm. 11. **Zusatz 1. Durch den Gesellschaftsvertrag können diese Rechte erweitert und beschränkt werden** (§ 163).

1. **Erweitert.** Das muß aber ausdrücklich geschehen. In der Übertragung der Geschäftsführung an einen Kommanditisten liegt nicht ohne weiteres die Verleihung aller Kontrollrechte gemäß § 118. Denn diese haben ja ihren eigentlichen Grund in der persönlichen Haftung. Nur werden durch solche Übertragung die Kontrollrechte von selbst insoweit ausgedehnt, als es die Art der Geschäftsführung mit sich bringt, aber auch nur in diesen Schranken. Der Kommanditist, dem technische Leistungen zugewiesen sind, ist von der kaufmännischen Kontrolle ausgeschlossen. Zum Schutze der auf Vertrag beruhenden erweiterten Rechte dient aber nicht der Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen. Richterliche Hilfe kann hier nur im ordentlichen Prozeßwege (Klage und einstweilige Verfügung) erwirkt werden.

Anm. 12. 2. **Beschränkt.** Auch dies ist zulässig. Aber es ist zu erwägen, daß Verzichte auf Kontrollrechte in einem erhöhten Vertrauen auf den Gegenkontrahenten ihren Grund haben. Mit dem Eintritt von Tatsachen, durch die dieses Vertrauen erschüttert ist, fällt daher auch der Verzicht weg. Es ist hier trotz Abs. 2 unseres Paragraphen der § 118 Abs. 2 entsprechend anwendbar, zumal er ein allgemeines Prinzip zur Geltung bringt (vgl. § 716 Abs. 2 BGB.). In solchem Falle tritt auch der Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen wieder in sein Recht (richterlicher Schutz im einfachen Beschlußverfahren).

Zusatz 2. Übergangsfrage. Hierüber Anm. 46 zu § 105.

§ 167.

§ 167. Die Vorschriften des § 120 über die Berechnung des Gewinns oder Verlustes gelten auch für den Kommanditisten.

Jedoch wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalantheile nur so lange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht.

An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalantheils und seiner noch rückständigen Einlage Theil.

Einleitung. **Vorbemerkung. Die §§ 167—169 regeln die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft** für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag sie nicht regelt. Sie haben dieselbe Bestimmung wie die §§ 120—122 für die o. H. G.

Das System ist das gleiche, wie bei der o. H. G. Siehe daher die Vorbemerkung zu § 120.

Im einzelnen sind jedoch einige Abweichungen vorgeschrieben. Zunächst gilt der § 120 nur mit Abweichungen.

Wie sich die im § 120 enthaltene Materie für die Kommanditgesellschaft regelt, soll hier im Zusammenhang und im Anschluß an die Erläuterung des § 120 dargestellt werden. **§ 167.**

1\. Die Berechnung des Geschäftsergebnisses für die Gesellschaft erfolgt auf Grund der Bilanz, und zwar für jedes Jahr besonders. Hierüber Anm. 2 zu § 120. Anm. 1.

2\. Die Beteiligung der Gesellschafter am Geschäftsergebnisse der Gesellschaft erfolgt durch Zuschreibung des Gewinnes und Belastung mit dem Verluste (hierüber näheres Anm. 3 zu § 120). Daß auch für den Kommanditisten in dieser Weise Gewinn und Verlust zu berechnen sind, hebt der vorliegende Paragraph ausdrücklich hervor. Allein in seinem Abs. 2 bestimmt dieser Paragraph, daß der Anteil des Kommanditisten am Gewinn nur solange seinem Aktivsaldo zugeschrieben wird, als bis er den Betrag der bedungenen Einlage (d. h. der zwischen den Gesellschaftern vereinbarten, nicht der möglicherweise hiervon verschiedenen, nach außen wirkenden Haftungssumme) erreicht. Solange also der Kommanditist einen Passivsaldo hat (ist das überhaupt möglich? vgl. hierüber Anm. 4 zu § 169), wird ihm sein Anteil am Gewinn gutgeschrieben und vermindert seinen Passivsaldo. Solange ferner sein Aktivsaldo den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht, erfolgt ebenfalls die Zuschreibung des Gewinnanteils. Sobald aber dieser Betrag erreicht ist, hört die Zuschreibung auf. Indessen das bedeutet nicht, daß der Kommanditist fortan nicht mehr am Gewinn teilnehme. Er nimmt vielmehr am Gewinn noch weiter teil, es unterbleibt nur die Zuschreibung zum Kapitalguthaben. Die weiteren Gewinnanteile werden ihm zwar auch gutgeschrieben, aber sie bilden ein einfaches Kreditum, eine Buchforderung des Kommanditisten (D. 122). Sie gelten als „bezogen" im Sinne des § 169 Abs. 2. Über sie kann er beliebig verfügen, selbst wenn dies zum Nachteil der Gesellschaft geschieht ,und die Gesellschaft ist berechtigt, sie ihm ohne weiteres und trotz seines Widerspruchs auszuzahlen. Sie bilden nur nicht einen Bestandteil seines Aktivsaldos und sind daher der Zinsberechnung nicht zugrunde zu legen, dienen nicht zur Ausgleichung späterer Verluste (Anm. 8 zu § 169), sie bilden endlich nicht die Grundlage für die Teilnahme am Auseinandersetzungsguthaben; im Konkurse der Gesellschaft ist dieses Kreditum eine Konkursforderung (vgl. Anm. 2 zu § 172). Nur durch Vereinbarung aller Gesellschafter kann dies geändert und bestimmt werden, daß die weiteren Gewinnanteile das Kapitalguthaben vermehren (Cosack § 111, X, 2a).

Es ist ferner bestimmt, daß der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage am Verluste teilnimmt. Darüber hinaus nimmt er am Verluste nicht teil. Gleichwohl ist sein Konto auch darüber hinaus noch mit etwaigen Verlustanteilen zu belasten. Aber aus anderen Gründen (vgl. hierüber Anm. 4 zu § 169) und mit anderer Wirkung, jedenfalls nicht mit der Wirkung, daß diese weiteren Belastungen einen wirklichen Passivsaldo darstellen, dessen Betrag nach der Auseinandersetzung der Kommanditist einzuschießen hätte. Anm. 2.

Für und gegen den Komplementar bestehen diese beiden Sonderbestimmungen nicht: Ihm ist der Gewinn gutzuschreiben, auch wenn er den Betrag seiner bedungenen Einlage übersteigt und mit dem Verluste ist er zu belasten auch über den Betrag seines Kapitalanteils und seiner etwa noch rückständigen Einlage hinaus (vgl. Anm. 4 zu § 169), alles nach Maßgabe seiner vertraglichen oder seiner nach § 168 zu bemessenden Gewinn- oder Verlustbeteiligung, aber, wie gesagt, ohne die gedachte Grenzbestimmung. Anm. 3.

3\. Für jeden Gesellschafter erfolgt die Gewinn- und Verlustrechnung. Auch der Inhaber eines Passivsaldos nimmt an dem Gewinn teil. Für den Komplementar gilt dies ohne weiteres, aber auch für den Kommanditisten gilt dies (vgl. hierüber Anm. 2 u. 3 und ferner Anm. 4 zu § 169). Anm. 4.

4\. Über die Frage, wie Entnahmen im Laufe des Jahres bei der Jahresrechnung zur Geltung kommen, s. Anm. 5 zu § 120. Anm. 5.

5\. Über die Frage, wie Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Jahres gemacht hat, bei der Jahresrechnung zur Geltung kommen, s. Anm. 6 zu § 120. Anm. 6.

§ 167. Anm. 7. 6. Über das juristische Wesen der Kapitalkonten, des Aktiv- und das Passivsaldos s. Anm. 7 zu § 120.

Über den Passivsaldo des Kommanditisten vgl. noch oben Anm. 2.

Anm. 8. **Zusatz. Übergangsfrage.** Hierüber Anm. 46 zu § 105.

§ 168.

§ 168. Die Antheile der Gesellschafter am Gewinne bestimmen sich, soweit der Gewinn den Betrag von vier vom Hundert der Kapitalantheile nicht übersteigt, nach den Vorschriften des § 121 Abs. 1, 2.

In Ansehung des Gewinns, welcher diesen Betrag übersteigt, sowie in Ansehung des Verlustes gilt, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, ein den Umständen nach angemessenes Verhältniß der Antheile als bedungen.

Der vorliegende Paragraph gibt den Maßstab für die Verteilung von Gewinn und Verlust unter die Gesellschafter.

Anm. 1. 1. **Die Verteilung des Gewinnes.**

a) Vorweg gebühren jedem Gesellschafter, also auch den Kommanditisten, vom Gewinn 4% seines Aktivsaldos. S. hierüber, insbesondere über die Berechnung dieser sogenannten Gesellschafterzinsen Anm. 1 und 2 zu § 121.

Anm. 2. b) Der übrig bleibende Jahresgewinn wird nicht, wie bei der o. H. G., nach Köpfen verteilt, vielmehr gilt ein angemessenes Verhältnis als bedungen, wenn kein anderes vereinbart ist. Die Vorschrift bezieht sich gleichmäßig auf Komplementare und Kommanditisten. — Gilt sie auch dann, wenn der Vertrag bloß den Anteil am Verluste festsetzt und nicht den Anteil am Gewinn? Man wird wohl berechtigt sein, die Bestimmung des § 722 Abs. 2 BGB. auch hier zur Anwendung zu bringen. Dieser bestimmt, daß, wenn nur der Anteil am Gewinn oder am Verlust vereinbart ist, die Bestimmung im Zweifel für den Gewinn und Verlust gilt. Es ist dies eine Auslegungsregel, die mit der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nicht in Widerspruch steht. Denn wenn etwas anderes vereinbart ist, so gilt natürlich auch die Auslegungsvorschrift nicht. Aber jene Auslegungsregel als solche darf man hier subsidiär anwenden, zumal sie dem entspricht, was unter der Herrschaft des früheren Rechts als Rechtens gegolten hat (vgl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 162; Behrend § 88 Anm. 14; Bolze 17 Nr. 517) und nicht ersichtlich ist, daß dieser Rechtszustand beseitigt werden sollte.

Anm. 3. Anhaltspunkte für die Frage der Angemessenheit werden sein: die persönliche Haft der Komplementare, die persönliche Tätigkeit derselben, die Höhe der Vermögenseinlage usw. (vgl. Bolze 17 Nr. 517 und RG. bei Gruchot 38, 1132). Nötigenfalls sind Sachverständige zuzuziehen, was Art. 162 des alten HGB. ausdrücklich vorschrieb. — Zu bemerken ist jedoch, daß dies alles nur ein Berechnungsmodus ist, über die Auszahlung des Gewinnanteils disponiert § 169.

Anm. 4. 2. **Die Verteilung des Verlustes.** Auch diese richtet sich nach den Umständen. Dies ist aber wiederum nur ein Berechnungsmodus. Die Wirkung ist für den Kommanditisten schlimmstenfalls die, daß seine Einlage aufgezehrt wird und daß die Möglichkeit der Teilnahme am Gewinn späterer Jahre hinausgeschoben wird (vgl. hierüber Anm. 4 zu § 169); eine Pflicht zur Zahlung des Passivsaldos besteht aber weder während der Dauer der Gesellschaft, noch nach der Auflösung derselben. Beim Komplementar besteht die letztere Pflicht, wenn infolge seiner Verlustbeteiligung ein Passivsaldo für ihn entsteht.

Auch diese Bestimmung ist dispositiv, der Gesellschaftsvertrag kann anders bestimmen. Setzt er den Maßstab nur für die Gewinnbeteiligung fest, so gilt auch hier im Zweifel derselbe Maßstab für die Verlustbeteiligung (vgl. Anm. 2).

§ 169.

Der § 122 findet auf den Kommanditisten keine Anwendung. Dieser hat nur Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns; er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalantheil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde. § 169.

Der Kommanditist ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt das Recht der einzelnen Gesellschafter zu Entnahmen aus der Gesellschaftskasse.** In dieser Beziehung sind die Komplementare und die Kommanditisten verschieden gestellt.

Anm. 1. 1. **Die Komplementare.** Für diese bestimmt der vorliegende Paragraph nichts. Für sie gilt gemäß § 161 Abs. 2 der § 122. Sie dürfen also 4 % Zinsen ihres Aktivsaldos schlechtweg entnehmen, auch wenn kein Gewinn erzielt ist, auch wenn ihre Einlage durch Verluste früherer Jahre gemindert ist (D. 122). Sie dürfen ferner den diese 4 % übersteigenden etwaigen Anteil am Jahresgewinn entnehmen, letzteren jedoch nur, soweit dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Im übrigen darf der Komplementar sein Kapitalkonto nicht vermindern.

Über alles dieses siehe die Erläuterung zu § 122.

Anm. 2. 2. **Die Kommanditisten.** Für diese gilt § 122 nicht, sondern die folgenden Regeln.

a) Der Anspruch des Kommanditisten auf Auszahlung erstreckt sich schlechtweg auf den ihm zukommenden Gewinn. Dieser berechnet sich nach § 168, umfaßt daher einen Vorwegbetrag bis zu 4 % seines Aktivsaldos und den ganzen diesen übersteigenden Anteil am Gewinn. Ist aber kein Gewinn gemacht, so kann er nichts ausbezahlt verlangen, während der Komplementar 4 % auch dann ausbezahlt verlangen kann, wenn ein Gewinnanteil für ihn sich nicht ergeben hat. — Der Kommanditist kann nur Geld verlangen; das ist zwar nicht, wie im § 122, besonders hervorgehoben; doch sollte in dieser Hinsicht offensichtlich nichts anders bestimmt werden, als im § 122, wie schon das Wort „auszahlen" ergibt. Ist kein Geld vorhanden, so muß es durch Aufnahme von Darlehen, Veräußerung von Gegenständen usw. beschafft werden. — Die Auszahlung wird bewirkt durch die Komplementare, der Kommanditist kann die Gesellschaft darauf verklagen. Der Anspruch ist zu richten gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Komplementare (Bolze 19 Nr. 614). Ist der Kommanditist ausnahmsweise geschäftsführender Gesellschafter und als solcher mit der Kasse betraut (vgl. Anm. 7 zu § 164), so kann er die Entnahme selbst bewirken.

Anm. 3. b) Sein Anspruch auf Auszahlung ist nicht dadurch bedingt, daß die Entnahme der Gesellschaft nicht schädlich ist. Beim Kommanditisten macht das Gesetz diese Beschränkung nicht, der § 122 aber ist ausdrücklich von der Anwendung ausgeschlossen.

Anm. 4. c) Aber eine andere Einschränkung ist gemacht: Der Kommanditist erhält keinen Gewinn ausgezahlt, so lange sein Kapitalanteil unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag, sei es durch Verlust, sei es auf andere Weise z. B. durch unberechtigte Entnahmen herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.

Die Vorschrift denkt in erster Linie an den Fall, in dem die Einlage zum Teil noch vorhanden, aber durch Verlust (oder auf anderer Weise) vermindert ist. Der Gewinn wird in diesem Falle zur Deckung des Verlustes verwendet und zu diesem Zwecke dem Kommanditisten gutgeschrieben. Der hierzu nicht erforderliche Teil des Gewinnes wird ihm natürlich ausgezahlt.

Dasselbe gilt zweifelsohne, wenn die Einlage nicht bloß vermindert, sondern aufgezehrt ist.

§ 169. Aber man muß ferner annehmen, daß das Konto des Kommanditisten auch belastet werden muß, wenn nach Aufzehrung seiner Einlage sich Gesellschaftsverluste ergeben, und daß er nicht eher den Gewinn ausbezahlt erhält, als bis der so entstandene Passivsaldo ausgeglichen und außerdem seine Einlage bis zur ursprünglichen Höhe herangewachsen ist.

Zwar nehmen gewichtige Autoritäten (Behrend § 88 Anm. 17; Anschütz-Völderndorff Anm. 18; Renaud, Kommanditgesellschaften 323; Cosack § 111, X, 1c gegen seine 3. Aufl. 598, sowie Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 167) an, daß der Kommanditist, der seine Einlage gemacht hat, einen Passivsaldo gar nicht haben könne, weil er ja nur mit seiner Einlage hafte und nach Aufzehrung derselben von der Teilnahme am Gesellschaftsverluste befreit sei. Hieraus ziehen sie die Folgerung, daß nach Aufzehrung der Gesellschaftseinlage der Kommanditist an den Verlusten der folgenden Jahre nicht mehr teilnehme, und an den weiteren Jahresgewinnen beteiligt sei, sobald er einen seiner ursprünglichen Einlage entsprechenden Aktivsaldo wieder habe.

v. Hahn (Note 3 zu Art. 161) und Puchelt (Anm. 5 zu Art. 161), Makower (I 331), Dernburg (II, § 367 Anm. 5) lehren das Gegenteil. Die letztere Ansicht trifft zu.

Allerdings nimmt der Kommanditist an den Verlusten der Gesellschaft nur bis zum Betrage seiner Einlage teil.

Bis zum Betrage der Einlage, aber am ganzen Gesellschaftsverlust.

Wenn seine Einlage auch aufgezehrt ist, so hört er dadurch nicht auf, gerade so, wie er fortfährt, am Gewinn beteiligt zu sein, auch an den Verlusten der Gesellschaft teilzunehmen. Diese Teilnahme ist nicht gegenstandslos. Sie ist es nur für den Augenblick, weil kein aktuelles Deckungsobjekt vorhanden ist, aber das Deckungsobjekt liegt potentiell in der weiteren Teilnahme des Gesellschafters am Gewinn. Sein Konto wird jetzt belastet. Diese Buchung hat den Sinn, daß in den folgenden Jahren der Gewinnanteil des Kommanditisten zunächst zur Ausgleichung dieses Minus zu benutzen ist.

Diese Auffassung entspricht der Stellung der Kommanditisten. Dieser unterscheidet sich vom offenen Gesellschafter lediglich dadurch, daß er nichts weiter einzusetzen hat, als seine Einlage: aber nirgends ist die Absicht erkennbar, ihn vor dem offenen Gesellschafter und folgeweise auch vor dem Komplementar, der sein Mitgesellschafter ist, insofern zu bevorzugen, als er an den Verlusten der Jahre, während derer seine Einlage aufgezehrt ist, nicht teilnehmen soll.

Anm. 5. Es bezieht sich, wie schließlich bemerkt werden muß, diese Einschränkung auch auf die Gesellschafterzinsen. Früher war dies mit Recht verneint worden (RG. in JW. 97, 469). Jetzt aber bilden diese Zinsen einen integrierenden Bestandteil des dem Kommanditisten zukommenden Gewinnes und der ganze ihm zukommende Gewinn kann zurückbehalten werden zur Deckung von Verlusten (Makower I 333).

Anm. 6. d) Andererseits braucht der Kommanditist bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht mehr zurückzuzahlen.

Damit wird aber kein Gegensatz zu den dem offenen Handelsgesellschafter zustehenden Rechten bestimmt, sondern im Gegenteil zur Verdeutlichung hervorgehoben, daß in dieser Beziehung der Kommanditist dem offenen Handelsgesellschafter gleichsteht. Zu beachten ist aber hinsichtlich des Kommanditisten, daß die Vorschrift, wie der ganze Paragraph, nur für das innere Verhältnis zur Gesellschaft gilt Im Verhältnis zu den Gläubigern gilt § 172. Die beiden Vorschriften verhalten sich zu einander wie folgt: Was der Kommanditist im Einverständnis mit seinen Mitgesellschaftern an Zinsen und Gewinn bezogen hat, sei es auch nach Verminderung seiner Einlage, bleibt endgültig sein eigen und kann von der Gesellschaft nicht zurückgefordert werden.

Die Gläubiger aber können den Kommanditisten haftbar machen, wenn er unter Beeinträchtigung seiner Einlage Zinsen und Gewinn bezogen hat, es sei denn, daß Verteilung und Bezug in gutem Glauben geschahen (§ 172 Abs. 5).

Durch die Vorschrift des vorliegenden Absatzes aber wird eine condictio indebiti der Gesellschaft gegen den empfangenden Gesellschafter nicht ausgeschlossen: beruhte die Auszahlung auf anfechtbarer Willenserklärung, auf Irrtum, z. B. auf einem Rechenfehler in der Bilanz, so kann die Gesellschaft gegen ihn das Ausgezahlte zurückfordern. **§ 169.** Anm. 7.

Insbesondere ist dann die condictio indebiti gegeben, wenn dem Kommanditisten irrtümlich Gewinn ausbezahlt wurde, welcher zur Deckung des Verlustes zu verwenden war. Wendt (bei Endemann I 439) meint allerdings, die Kondiktion sei dann ausgeschlossen, weil ihm ja der Gewinn in Wirklichkeit geschuldet gewesen sei und ihm nur kein Recht auf Erhebung zugestanden hätte. Allein der Gewinn war ihm nicht geschuldet, es war nur buchmäßig ausgerechnet, wieviel er an Gewinnanteil zu fordern gehabt hätte, wenn seine Einlage nicht vermindert gewesen wäre. Da aber die Einlage vermindert war, so hatte er eben den der ausgerechneten Ziffer entsprechenden Betrag nicht zu fordern (vgl. Anm. 4).

Die Vorschrift ist anzuwenden auf die Gewinnbezüge, die dem Kapitalanteile des Kommanditisten nicht zugeschrieben sind, weil dieser den Betrag der bedungenen Einlage überstiegen hat (§ 167 Abs. 2). Dieser ist ein wirkliches Kreditum und kann auch zur Deckung späterer Verluste ebensowenig verwendet werden, wie ein bezogener Gewinn (Anm. 2 zu § 167; D. 122; Makower I 335). Anm. 8.

e) Daß der Kommanditist seinen Kapitalanteil nicht einseitig vermindern kann, versteht sich von selbst und es sollte ihm dies nicht etwa dadurch gestattet werden, daß der § 169 den § 122, dessen Abs. 2 dieses Verbot enthält, von der Anwendung auf den Kommanditisten ausschließt. Es liegt das im Wesen der Gesellschaft überhaupt. Mit Zustimmung der Mitgesellschafter kann eine Verminderung der Einlage (Zurückzahlung oder Erlaß) erfolgen (D. 123); doch hat dies den Gläubigern gegenüber keine Wirkung (§ 172 Abs. 3; so auch Makower I 334). Anm. 9.

Ebenso kann, da die Vorschrift des § 169 dispositiver Natur ist, mit Zustimmung aller Gesellschafter über Gewinnauszahlung anderes bestimmt werden, z. B., daß der Kommanditist feste Zinsen erhalten soll, die unter allen Umständen auszuzahlen sind. Auch hier gilt aber den Gläubigern gegenüber die Vorschrift des § 172. Anm. 10.

§ 170.

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt. **§ 170.**

Der vorliegende Paragraph ordnet die Vertretung der Gesellschaft nach außen an, aber in negativer Weise, indem er die Kommanditisten von der Vertretung ausschließt. Daraus folgt, daß die Komplementare die gesetzlichen Vertreter der Kommanditgesellschaft sind. Doch ist mit diesem einfachen Satze die Sache nicht abgetan. Einleitung.

1. **Der Komplementar als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft.** Hierüber gelten die §§ 125 bis 127 entsprechend. Anm. 1.

a) § 125. Gesetzliche Regel ist, daß jeder Komplementar allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. In diesem Falle braucht hierüber nichts eingetragen zu werden. Es kann aber auch ein Komplementar von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen sein, nicht aber alle (Anm. 3 zu § 125); der ausgeschlossene aber kann beschränkte Vollmacht erhalten, nicht aber kann der von der Vertretung ausgeschlossene Komplementar zum Prokuristen bestellt werden. Auch zu Gesamtvertretern können mehrere Komplementare bestellt werden und endlich kann bestimmt werden, daß ein Komplementar zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist; es sei denn, daß nur ein Komplementar vorhanden ist (Anm. 15 zu § 125). Die Ausnahmen von der Einzelvertretung müssen zur Eintragung angemeldet werden.

Über alles dieses s. die Erl. zu § 125.

b) § 126. Der Umfang der Vertretungsmacht des Komplementars, die prinzipielle Unbeschränkbarkeit derselben und die möglichen Ausnahmen von der Unbeschränkbarkeit, alle Anm. 2.

170. diese Fragen bestimmen sich ebenso wie beim offenen Gesellschafter. Der Komplementar kann daher alle innerhalb seiner Vertretungsmacht liegenden Handlungen mit Wirkung nach außen vornehmen (z. B. den Verkauf einer Zweigniederlassung LG. Düsseldorf bei Holdheim 8, 154); für Eintragungen bei Gelegenheiten derartiger Handlungen kann der Registerrichter nicht die Zustimmung des Kommanditisten fordern. Siehe hierüber die Erl. zu § 126, ebenso auch die dort gegebenen Erläuterungen über die Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen der Gesellschafter, über die **Kollusion**, über die **Wirkung der Vertretungshandlungen**, über **konkludentes Handeln**. Über **Kontrahieren mit sich selbst** und über Pseudovertretung gelten die Anm. 10 ff. und Anm. 39 ff. im Exk. zu § 58.

Anm. 3. c) § 127. **Die Entziehung der Vertretungsbefugnis** bestimmt sich ebenso wie im § 127. Da nur alle übrigen Gesellschafter die Entziehung verlangen können, so muß der Antrag auch von den Kommanditisten ausgehen. Außerdem aber kann auch hier durch einstweilige Verfügung auf Antrag eines Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, die Entziehung erfolgen (vgl. hierüber Anm. 7 zu § 127). Auch die Frage, ob der Komplementar die Vertretung niederlegen kann, richtet sich nach Anm. 8 zu § 127.

Anm. 4. 2. **Der Kommanditist kann, wie gesagt, zum gesetzlichen Vertreter nicht bestellt werden.** Das bestimmt unser § 170. Dies ist zwar nicht durch einen sehr klaren Wortlaut des Paragraphen („ist zur Vertretung nicht ermächtigt") ausgesprochen, sollte aber jedenfalls damit gesagt sein und folgt auch aus der Struktur der Kommanditgesellschaft. Allein der Kommanditist kann zum Prokuristen (RG. 31, 39; vgl. Anm. 3 zu § 48 u. Anm. 6 zu § 164) und zum sonstigen Handlungsbevollmächtigten (OLG. Bamberg in OLGR. 3, 277 zum „kaufmännischen Leiter") bestellt werden. Alsdann verpflichtet er durch seine Rechtshandlungen, die er erkennbar namens der Gesellschaft vornimmt, die Gesellschaft. Daß er dabei zur Vermeidung eigener Vollhaftung ausdrücklich erklären müsse, daß er als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter handle, wie dies Art. 167 Abs. 3 des alten HGB. vorschrieb, ist jetzt nicht mehr vorgeschrieben.

Anm. 5. Da er der Gesellschaft zum Prokuristen bestellt werden kann, und die Bestimmung getroffen werden kann, daß der Komplementar zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertritt (vgl. Anm. 1), so **kann auf diesem Wege auch der Kommanditist mit gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft werden.** Es ist nicht anzunehmen, daß der vorliegende Paragraph dies hat ausschließen wollen.

§ 171.

§ 171. Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern.** Von der Haftung des Komplementars handelt er nicht. Die Vollständigkeit erheischt die Erörterung auch dieser Haftung.

Anm. 1. 1. **Die Haftung des Komplementars gegenüber den Gläubigern richtet sich nach § 128 und § 129.** S. daher die Erläuterungen zu diesen Paragraphen. Zu bemerken ist hier:

a) § 128. Die zu diesem Paragraphen gegebene Erläuterung ist auch hier maßgebend, insbesondere über den Rechtsgrund der Haftung, über das Verhältnis der Solidarhaft zur Gesellschaftsschuld, über die dabei in Betracht kommenden prozessualen Fragen, über die aus der Solidarität sich ergebenden Einzelfragen (wie Erlaß, Verzug usw. des einzelnen Schuldners wirken), über den Gegenstand der Solidarhaft (welche Gesellschaftsschulden damit gemeint sind), über den Regreß der Gesellschafter unter sich; über die Haftung des Pseudo-

gesellschafters; über den Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft; über den Einfluß des Konkurses der Gesellschaft auf die Solidarhaft des Komplementars. **§ 171.**

b) § 129. Hierüber vgl. die Erläuterung zu § 129, insbesondere über die Ausdehnung der gegen die Gesellschaft gerichteten Klagen auf die Gesellschafter; über die Verbindung dieser Klagen: über die Umwandlung der einen Klage in die andere; über die Einwendungen, welche dem Komplementar zustehen (aus seiner Person? aus den Rechten der Gesellschaft? Beschränkungen des Rechts, Einreden der Gesellschaft vorzubringen bei Anfechtung und Aufrechnung); über die Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Gesellschafter; über die Frage, in wie weit sich alles dies auf ausgeschiedene Gesellschafter bezieht. Anm. 2.

c) **Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der Einzelgesellschafter.** Der frühere Art. 119 sprach ausdrücklich aus, daß die persönlichen Gläubiger einer o. H. G. die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen zum Gegenstand ihres Angriffs nicht machen könnten und im Art. 169 des alten HGB. war diese Bestimmung für die Kommanditgesellschaft für anwendbar erklärt. Jetzt ist bei der o. H. G. jene Bestimmung gestrichen und ebenso findet sich bei der Kommanditgesellschaft diese Bestimmung nicht. Sie ist aber dort nicht gestrichen, weil sie nicht gelten soll, sondern weil sie überflüssig ist, indem sie schon aus der Struktur der Gesellschaft nach dem BGB. folgt.

Vgl. hierüber Anm. 28—32 zu § 124, wo die Begriffe persönliche Gläubiger, Gesellschaftsgläubiger und Zugriff erläutert sind.

Sie gilt zufolge § 161 Abs. 2 auch für die Kommanditgesellschaft (vgl. Anm. 13 zu § 161).

d) **Das Aufrechnungsrecht bei der Kommanditgesellschaft.** Hierüber s. Anm. 33—38 zu § 124. Die dort aufgestellten Grundsätze gelten auch hier, aber auch für den Kommanditisten. Hinzuzufügen ist noch, daß das RG. (41, 27) entschieden hat, der Schuldner könne, wenn der Komplementar eine Privatforderung einklagt, ihm seine Forderung an die Gesellschaft entgegenhalten, und zwar auch, wenn die Gesellschaft im Konkurse ist.

Jenes Aufrechnungsrecht bedeutet etwas ganz anderes, als die in Anm. 20 erörterte Aufrechnungsfrage. An dieser letzteren Stelle ist die Frage behandelt, inwieweit der von dem Gesellschaftsgläubiger belangte Kommanditist den ihm zustehenden Einwand, er habe seine Einlage bereits gemacht, durch Aufrechnung einer ihm an die Gesellschaft zustehenden Forderung begründen kann. Hier dagegen handelt es sich um die davon verschiedene Frage, inwieweit der Einzelgesellschafter, der seine Einlage noch nicht gemacht hat, sie auch nicht durch Aufrechnung mit einer Forderung, die ihm gegen die Gesellschaft zusteht, machen kann, dem Gläubiger gegenüber mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung aufrechnen kann. Ferner handelt es sich hier um weitere Aufrechnungsfragen, die mit der ersterwähnten nichts zu tun haben (inwieweit die Gesellschaft eine dem Gesellschafter zustehende Forderung zur Aufrechnung benutzen kann usw.).

2. **Die Haftung des Kommanditisten** (Linsmeyer in DJZ. 03, 474). Anm. 3.

a) **Er haftet den Gläubigern unmittelbar.** Diese früher bestrittene Frage ist hier im Sinne der herrschend gewesenen Meinung entschieden. Das Reichsgericht hatte in Übereinstimmung mit der Literatur schon früher eine direkte Haftung den Gläubigern gegenüber angenommen (RG. 17, 37; 32, 399; vgl. ferner jetzt RG. 51, 36 und Furrer 19).

b) **Die Haftung ist aber ausgeschlossen, sobald die Einlage geleistet ist;** vgl. Anm. 16. Als eingezahlt gilt den Gläubigern gegenüber die Einlange nur, wenn ein der Einlageziffer entsprechender Wert dem Gesellschaftsfonds zugeführt ist. Insoweit eine solche Zuführung nicht stattgefunden hat, ist die Einlage im Verhältnis zu den Gläubigern als nicht eingezahlt zu betrachten. Für diese sind daher auch die von den Gesellschaftern festgesetzten Einbringungspreise nicht unbedingt maßgebend (Behrend § 89; D. 120; anders Cosack § 111 VIII 2a und RG. 51, 36). Die Beweislast für die gehörige Einzahlung hat der Kommanditist (vgl. Anm. 16): also hat er, wenn nicht bar eingezahlt ist, im Streitfall den Wert der Einlage zu be- Anm. 4.

§ 171. weisen. Als eingezahlt gilt aber auch das, was der Kommanditist zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern geleistet hat. Hierüber und über die Frage, inwieweit er Aufrechnung vorschützen kann, um damit seine Einlagepflicht wett zu machen, s. Anm. 19 u. 20.

Anm. 5. c) **Die Grenze der Haftung ist der Betrag der versprochenen Einlage.** Näheres hierüber Anm. 1 zu § 172.

Anm. 6. d) **Die Haftung des Kommanditisten ist eine solidarische** (ebenso Furrer 121). Sie tritt, wie die Haftung des Komplementars, neben die Gesellschaftsschuld, und ist eine Solidarschuld neben der Schuld des Komplementars und der Schuld der anderen Kommanditisten.

Für diese hinzutretende und solidarische Verbindlichkeit gelten dieselben Regeln, wie für die Solidarschuld des Komplementars (vgl. daher die Erläuterungen zu § 128 und zu § 129, auf welche auch oben Anm. 1 u. 2 verwiesen ist). Es kann z. B. aus einem von der Kommanditgesellschaft akzeptierten Wechsel verklagt werden: einmal die Gesellschaft, sodann der Komplementar und endlich jeder Kommanditist, soweit dessen Einlage nicht dem Gesellschaftsfonds einverleibt ist und zwar nach Wahl des Gläubigers alle zusammen oder nur einer dieser Verpflichteten allein oder einzelne von ihnen. Es können alle diese Verpflichteten verklagt werden am Sitze der Gesellschaft, da sowohl der Komplementar, als auch der Kommanditist aus dem gleichen Rechtsgrunde, wie die Gesellschaft haftet, der Sitz der Gesellschaft also für ihn Erfüllungsort ist (ROHG. 24, 166; RG. in JW. 98, 225; OLG. Dresden in DJZ. 99, 24; vgl. Anm. 4 zu § 129).

Anm. 7. Die Solidarhaft des Kommanditisten versagt auch nicht im Konkurse (vgl. Anm. 28 zu § 128, auf welche oben in Anm. 1 verwiesen ist). Folgerichtig müßte nun hier, wie bei der o. H. G. (vgl. Anm. 28 zu § 128) jeder Gläubiger auch im Falle des Konkurses der Kommanditgesellschaft berechtigt sein, die Haftung gegen den Kommanditisten geltend zu machen, wie er dies auch gegenüber dem Komplementar zu tun berechtigt ist (s. oben Anm. 1). Allein im Anschluß an die frühere, von uns nicht gebilligte Rechtsprechung (vgl. unsere 5. Aufl. § 5 zu Art. 169) bestimmt Abs. 2 unseres Paragraphen aus Zweckmäßigkeitsgründen, weil durch das selbständige Vorgehen jedes einzelnen Gläubigers die Einlage der Konkursmasse entzogen werden könnte (D. 123), daß **im Konkurse nur der Konkursverwalter die Ansprüche aus der Solidarhaft geltend machen kann.**

Anm. 8. Was die **juristische Konstruktion** der Klage des Konkursverwalters betrifft, so ist von dem der Sach- und Rechtslage nicht gerecht werdenden Wortlaut des § 171 abzusehen. Der Konkursverwalter kann seiner ganzen rechtlichen Stellung nach nicht die den einzelnen Gläubigern zustehende Forderung geltend machen. Mit Recht führt daher das Reichsgericht (51, 37 und ähnlich 46, 353) aus: der Konkursverwalter, der das Recht aus § 171 geltend macht, handelt nicht in Vertretung des Gemeinschuldners, also der Gesellschaft; er übt vielmehr ein selbständiges, ihm vom Gesetz verliehenes Recht aus. Für den Inhalt dieses Rechts ist der Umfang des Rechts maßgebend, das den Gläubigern zusteht und hierfür ist nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern die Eintragung entscheidend (vgl. auch RG. in JW. 00, 414[11]).

Dieser Auffassung ist beizutreten; es ist nur noch hervorzuheben, daß das Recht des Konkursverwalters ein anderes ist, als das den Gläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht. Dies letztere hört mit der Konkurseröffnung auf; an seine Stelle tritt das selbständige Recht des Verwalters, das dieser im Interesse der gesamten Gläubigerschaft wahrzunehmen hat. Es verhält sich hiermit ähnlich, wie mit dem Anfechtungsrecht (§ 13 Ges. v. 11. Juli 1879).

Hieraus ergeben sich nachstehende Folgerungen:

Anm. 9. 1. Nach der Konkurseröffnung kann der Kommanditist nicht mehr einen Gläubiger mit der Wirkung befriedigen, daß er dies dem Verwalter entgegenhalten kann (RG. 37, 86).

Anm. 10. 2. Nach Aufhebung des Konkurses ist wieder jeder Gläubiger zur Geltendmachung befugt. Ein vom Verwalter abgeschlossener Vergleich steht aber jedem Gläubiger entgegen (vgl. RG. 39, 64).

Anm. 11. 3. Für die Klage des Konkursverwalters ist der Gerichtsstand am Sitze der Gesellschaft gegeben (RG. 46, 352).

4. Die Haftung des Kommanditisten wird nicht dadurch dem Verwalter gegenüber ausgeschlossen, daß er einwendet, er sei durch **Betrug** zum Beitritt zur Gesellschaft bewogen (RG. 51, 33). § 171. Anm. 12.

e) **Das Ziel der vom Gläubiger gegen den Kommanditisten gerichteten Klage** ist Zahlung einer Geldsumme an den Gläubiger. Anm. 13.

α) **Zahlung einer Geldsumme.** Verabredungen der Gesellschafter, welche sich auf die Modalitäten der Einbringung beziehen, mögen sie Gegenstand, Art oder Frist der Einbringung betreffen, greifen den Gläubigern gegenüber nicht durch. Dies ist im § 172 ausgesprochen. Nur soweit ein der versprochenen Einlage gleicher Wert dem Gesellschaftsfonds bereits einverleibt ist, muß der Gläubiger sich dies entgegenhalten lassen (s. Anm. 4).

β) **An den Gläubiger,** nicht etwa an die Gesellschaftskasse. Die Gesellschaft braucht sich solche Rückzahlung unter Umständen gar nicht gefallen zu lassen, wenn z. B. mit der Kommanditgesellschaft eine andere Art oder eine spätere Einzahlung der Einlagen vereinbart ist. Anm. 14.

f) **Als Einreden** stehen dem Kommanditisten nicht nur persönliche Befreiungsgründe, sondern alle Einreden zu, die der Gesellschaft zustehen (näheres hierüber die Erläuterung zu § 129, auf welche auch oben Anm. 2 verwiesen ist. Auch die Anm. 33ff. zu § 124 behandelte Aufrechnungseinrede regelt sich hier wie bei der o. H. G. (vgl. oben Anm. 2c). Klagt der Konkursverwalter, so hat diesem gegenüber der Kommanditist die weitere Einrede, daß die von ihm geforderte Einlage zur Tilgung der Schulden, für die er haftet, nicht erforderlich sei (RG. 51, 38). Anm. 15.

g) **Die prozessuale Gestaltung der Klage** ist nach Behrends treffender Darstellung (§ 89 Nr. VI) folgende: Anm. 16.

Der Gläubiger begründet seine Klage durch den Hinweis auf die Einlagepflicht des Kommanditisten.

Dieser kann einwenden, und hat, wenn er dies tut, zu beweisen, daß er die Einlage zum Gesellschaftsfonds eingebracht habe (ROHG. 25, 279; D. 123). Ist die Einlage nicht bar gezahlt, so ist der Wert der Einlage von ihm zu beweisen (vgl. Anm. 4). Er kann die Einlegung noch im Laufe des Prozesses bewirken und alsdann wirksam vorschützen, ja sogar noch nach der Verurteilung gemäß § 767 CPO.

Kläger kann dann replizieren, die dem Gesellschaftsfonds zugeführte Einlage sei nachträglich den Vorschriften des § 172 zuwider verkürzt worden. Selbstverständlich aber kann diese Replik auch in der Klage vorweg genommen werden, zumal wenn der Kläger die Erfüllung der Einlagepflicht an sich zugeben will. Anm. 17.

Der klägerischen Behauptung gegenüber, die Einlage sei dem Gesetze zuwider verkürzt, kann Beklagter die seinerseits zu beweisende Berufung auf die zweifache bona fides nach Maßgabe des § 172 Abs. 5 vorschützen.

Wenn nach Zustellung der Klage der beklagte Kommanditist sich dadurch befreit, daß er die Einlage an die Gesellschaft leistet, so wird, falls der Kläger auf Zahlung an sich lediglich geklagt hat, Kläger in die **Kosten** zu verurteilen sein (Linsemann in DJZ. 03, 475; der von Goldmann Anm. 18 angezogene § 93 CPO. trifft nicht zu, weil Beklagter ja in diesem Fall den Klageantrag nicht anerkennt). Hat der Gläubiger, was er vorsichtshalber tun wird, alternativ auf Zahlung an ihn oder Leistung der Einlage an die Gesellschaft geklagt, dann kommt es für die Kostenfrage darauf an, ob Beklagter zur Klage Veranlassung gegeben hat. Anm. 18.

Endlich steht der Einrede, daß die Einlage zum Gesellschaftsfonds geleistet sei, die Behauptung gleich, daß in Höhe derselben bereits Gesellschaftsgläubiger befriedigt seien (RG. 7, 48; D. 123 und OLG. Colmar in ElsLothZ. 27, 239). Es genügt aber nicht der Einwand, daß der Kommanditist bereits anderweitig verklagt oder verurteilt sei. Andererseits aber kann er den Einwand noch vorschützen, wenn die Befriedigung des andern Gläubigers erst nach der Klageerhebung, ja gemäß § 767 CPO. selbst dann, wenn sie erst nach dem Urteil erfolgt ist. Der Erhebung des Einwandes steht nicht entgegen, daß der Kommanditist für die Schuld auch die Bürgschaft übernommen hatte (RG. 7, 48), weil es nicht darauf ankommt, ob die Anm. 19.

§ 171. Befriedigung in der ausgesprochenen Absicht, der Verpflichtung aus § 171 zu genügen, erfolgt ist, sondern nur objektiv darauf, daß eine Schuld der Gesellschaft gezahlt wurde (dagegen Furrer 238).

Anm. 20. Auch eine durch Aufrechnung mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft bewirkte Aufhebung der Einlagepflicht kann der Kommanditist dem Anspruche der Gläubiger entgegensetzen (zust. RG. 37, 86 bzw. 137; LG. I Berlin in ZHR. 42, 535). Solche Aufrechnung kann auch geschehen, wenn die Schuld der Gesellschaft zur Zeit des Eintritts des Kommanditisten schon bestand. Bestimmt freilich der Gesellschaftsvertrag, daß trotz der Schuld die Einlage bar gezahlt werden soll, so würde eine spätere Aufrechnung den Gläubigern nicht entgegengesetzt werden können. Daß die Schuld der Gesellschaft schon vor der Eintragung bestand, hindert an sich die Aufrechnung nicht. Denn die Eintragung muß auch dann erfolgen, wenn bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Aufrechnung vereinbart war (so zutreffend Förtsch Anm. 3a zu Art. 165 gegen RG. 17, 40 und unsere 1. Auflage).

Welche weiteren Einwendungen, außer der Behauptung der erfolgten Einlage, dem Kommanditisten zustehen, darüber s. Anm. 15.

Anm. 21. h) Aus dem Vorgetragenen in Verbindung mit dem zu § 161 (Anm. 6 ff.) Gesagten folgt das für die Rechtsstellung des Kommanditisten grundlegende Prinzip, daß nach innen, den Gesellschaftern gegenüber, das Maß seiner Pflichten durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt wird, während er nach außen den Gläubigern gegenüber gemäß der Eintragung haftet (vgl. auch § 171). Diese letztere Verpflichtung geht stets auf Zahlung einer Geldsumme, doch befreit sich der Kommanditist durch den Nachweis, daß er eine seiner durch Eintragung festgestellten Haftsumme entsprechende Leistung an als für die Gesellschaft gemacht hat.

Anm. 22. **Zusatz 1. Auch gegen den zur Zeit der Klage ausgeschiedenen Gesellschafter besteht die Solidarhaft** wegen der zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstandenen Verbindlichkeiten. Denn auch dieser kann möglicherweise seine Einlage noch nicht geleistet oder in einer Weise geleistet oder in einer Weise zurückgezahlt erhalten haben, welche nach § 172 den Gläubigern gegenüber nicht wirksam ist.

Näheres über die Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter s. Anm. 13 ff. zu § 129. Die prozessuale Gestaltung der Klage ist die gleiche, wie die oben Anm. 16 ff. geschilderte.

Anm. 23. **Zusatz 2.** Erwähnt soll an dieser Stelle werden, daß die Vorschrift des früheren Art. 168, **der Name eines Kommanditisten dürfe in der Firma der Kommanditgesellschaft nicht enthalten sein, widrigenfalls der Kommanditist voll haftet,** im neuen HGB. gestrichen worden ist. Es ist daher fortan zulässig, daß ein bisheriger offener Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, Kommanditist wird, ohne daß er voll haftet. Eine Neugründung mit dem Namen des Kommanditisten in der Firma ist allerdings nach § 119 Abs. 2 nicht zulässig. Sie würde nicht eingetragen werden, jedenfalls nur zu Unrecht. Wenn dies aber geschieht, besteht keine Vollhaftung des Kommanditisten. Wenn aber eine solche Firma, ohne eingetragen zu sein, unzulässigerweise geführt wird, so besteht zwar Vollhaftung des Kommanditisten, aber aus anderem Grunde, nämlich wegen § 176.

Soweit vor dem 1. Januar 1900 eine nach Art. 168 des alten HGB. unzulässige Firma bestanden hat, haftet der Kommanditist für die bis zum 1. Januar 1900 eingegangenen Verbindlichkeiten voll, von da ab nicht mehr (es sei denn, daß § 176 Platz greift). Es unterliegt aber diese Haftung der fünfjährigen Verjährung nach §§ 159, 161 Abs. 2 (vgl. Anm. 29 im Exk. zu § 177).

§ 172.

§ 172. Im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.

Auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage können sich die Gläubiger nur berufen, wenn die Erhöhung in

handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise von der Gesellschaft mitgetheilt worden ist. § 172.

Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam.

Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das Gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnantheile entnimmt, während sein Kapitalantheil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalantheil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

Was ein Kommanditist auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

Die Einzelheiten der im § 171 ausgesprochenen Haftung des Kommanditisten, insbesondere der Schutz der Gläubiger gegen ungehörige Verkürzung der Einlage. Anm. 1.

1. (Abs. 1 u. 2.) **Die Grenze der Haftung** ist regelmäßig der eingetragene Betrag der Einlage. Solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist, ist ja die Haftung des Kommanditisten unbegrenzt (§ 176). Von der Eintragung (und zwar bei dem Register der Hauptniederlassung, Goldmann Anm. 5 gegen Lehmann-Ring Nr. 2) ab aber ist regelmäßig der eingetragene Betrag maßgebend. Ob die Eintragung dem Gläubiger bekannt geworden ist, ist überall gleichgültig: der § 15 ist hier nicht anwendbar (a. M. Denzler, Filiale 180). Nur die Eintragung entscheidet, nicht die Veröffentlichung. — Wenn der versprochene Betrag höher ist als der eingetragene, so können sich die Gläubiger hierauf nur berufen, wenn dieses höhere Einlageversprechen in handelsüblicher Weise allgemein oder dem einzelnen Gläubiger in anderer Weise von der Gesellschaft bekannt gemacht worden ist. Daß ein einzelner Gesellschafter oder gar ein Dritter die Mitteilung gemacht hat, genügt nicht. Nicht die Kenntnis als solche entscheidet. Es muß eine offizielle, von der Gesellschaft, ausgehende Bekanntmachung sein, nur eine solche wirkt wie die Eintragung und erhöht die Grenze der Solidarhaft (näheres über die handelsübliche Bekanntmachung s. Anm. 27 zu § 25). Es ist aber nicht nötig, daß gerade dem betreffenden Gläubiger die Mitteilung zugegangen ist, es genügt die handelsübliche allgemeine Bekanntmachung.

Zwar ist alles dies nur im Abs. 2 gesagt, bei der Frage, wie die nachträgliche Erhöhung der Einlage von den Gläubigern geltend gemacht werden kann. Doch ist dies auf die vorliegende Frage, inwieweit ein von vornherein abgegebenes höheres Einlageversprechen den Gläubigern zugute kommt, entsprechend anwendbar.

Der solchergestalt kundgegebene Betrag der Einlage ist unbedingt maßgebend. Der Kommanditist wird nicht gehört mit dem Einwande, daß in Wahrheit eine geringere Einlage versprochen worden ist (RG. 17, 40), ebensowenig mit dem Einwande, daß die Vereinbarung dahin ging, es solle nicht in Geld, sondern durch Einbringung von Sachen geleistet werden. Ist allerdings die Leistung erfolgt, so können die Gläubiger weitere Rechte nicht geltend machen, es sei denn, daß die Leistung nicht an Wert die eingetragene Haftsumme erreicht (vgl. Anm. 4 zu § 171; RG. 51, 36).

Weiter aber, als mit dem Betrage der solchergestalt kundgegebenen Einlage haftet der Kommanditist den Gläubigern nicht, also insbesondere nicht in Höhe der Verzugszinsen und der Vertragsstrafe für die verzögerte Einzahlung, des sogenannten Zubehörs (Renaud, Kommanditgesellschaften 404 Note 2; anders Puchelt-Förtsch Anm. 2 zu Art. 165, allerdings nur nach altem Recht). Er haftet ferner nicht mit seinem ganzen Aktivsaldo, wenn dieser Betrag die versprochene Einlage übersteigt. Insoweit unterliegt Anm. 2.

§ 172. der Aktivsaldo auch den Gläubigern gegenüber seiner freien Verfügung (vgl. Anm. 2 zu § 167). Freilich solange er den Überschuß nicht entnommen hat, muß er sich gefallen lassen, daß dieser als Teil des Gesellschaftsvermögens den Zugriffen der Gesellschaftsgläubiger unterliegt. Aber das ist keine Haftung. Von einer solchen kann man nur sprechen, soweit ein in das Privatvermögen des Haftenden durchführbaren, gegen ihn direkt gerichteter Anspruch besteht. Ferner müssen es sich die Gläubiger der Gesellschaft gefallen lassen, daß im Konkurse der Kommanditist die seiner Einlage angewachsenen Gewinne liquidiert. Durch besondere Abreden können natürlich die zugewachsenen Gewinne zur Einlage geschlagen werden, wie auch jede andere Erhöhung der Einlage gestattet ist; den Gläubigern gegenüber wirkt solche Erhöhung nach Maßgabe des Absatzes 2.

Soll der Betrag der Einlage mit Wirkung gegenüber den Gläubigern herabgesetzt werden, so kommt § 174 zur Anwendung.

Anm. 3. 2. (Abs. 3.) **Unwirksamkeit eines Erlasses oder einer Stundung der Einlage.** Der eingetragene oder sonst nach Absatz 2 kundgemachte Betrag ist für die Haftung gegenüber den Gläubigern derart maßgebend, daß, wenn die Gesellschaft dem Kommanditisten die Zahlung der Einlage stundet oder ihm gar erläßt, dies seine Haftung gegenüber den Gläubigern nicht mindert. Die Gesellschaft hat zwar in solchen Fällen kein Klagerecht, wohl aber die Gläubiger (über den Fall des Konkurses s. Anm. 7 zu § 171). Will die Gesellschaft der Haftung des Kommanditisten ein Ziel setzen, so mag sie mit ihm das Ausscheiden vereinbaren und öffentlich beurkunden. Aber so lange er Kommanditist ist, oder im Rechtsverkehr als Kommanditist gilt, ist ein Erlaß der Einlage zwar nicht unstatthaft, aber den Gläubigern gegenüber unwirksam, zwischen den Parteien ist er wirksam.

Anm. 4. 3. (Abs. 4.) **Unwirksamkeit einer Rückzahlung der Einlage.** Zwar ist es der Gesellschaft unbenommen, dem Kommanditisten die Einlage ganz oder zum Teil zurückzuzahlen. Sie hat, wenn sie dies tut, keinen Anspruch auf Wiedereinzahlung. Denn sie ist an die getroffene Vereinbarung gebunden. Wohl aber hat der Gläubiger das Recht, Zahlung bis zum Betrage der Zurückzahlung zu verlangen; der Kommanditist kann sich dann durch Zurückgewährung des Empfangenen an die Gesellschaft befreien (Anm. 16 und 19 zu § 171). Soll eine den Gläubiger bindende Herabsetzung der Einlage erfolgen, so muß sie gemäß § 174 erfolgen. Erfolgt sie nicht in dieser Weise, so ist sie nicht gerade rechtswidrig, aber einflußlos für den Umfang der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (RG. 37, 87). Das allein will dieser Paragraph vorschreiben. Selbstverständlich fällt unter diesen Paragraph auch die Rückzahlung beim Ausscheiden des Kommanditisten.

Anm. 5. Unter Rückzahlung versteht man nicht bloß Barzahlung, sondern alle Zuwendungen von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens an den Kommanditisten, welche den Erfolg haben, seine im Gesellschaftsfonds steckende Einlage unter den versprochenen Betrag zu mindern, also auch Hypothekenbestellungen, Umwandlungen der Beteiligung in eine Darlehnsschuld usw. Dahin gehört auch die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Deckung seiner Privatschulden. Ebenso eine eigenmächtige Verfügung des Kommanditisten über das Gesellschaftsvermögen in seinem Privatinteresse, wie dies namentlich dann vorkommen kann, wenn ihm ausnahmsweise die Geschäftsführung übertragen ist. Nicht dahin gehören Zuwendungen an den Kommanditisten, die auf einer Verpflichtung der Gesellschaft beruhen (vgl. Behrend § 89).

Anm. 6. Der unzulässigen Rückzahlung steht ferner in der Wirkung oder vielmehr in der Wirkungslosigkeit gegenüber dem Gläubiger gleich der Bezug von Gewinn trotz Verminderung der Einlage unter den geleisteten Betrag. Ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Kommanditist den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet ist, seine verminderte Einlage durch Nichterhebung von Gewinn ergänzen zu lassen (vgl. § 169), bestimmt der vorliegende Absatz 4, daß, wenn er Gewinn erhebt, ehe seine verminderte Einlage wieder die ursprüngliche Höhe erreicht hat, er den Gläubigern insoweit haftet. Es kann ja sein, daß die Vorschrift des § 169 durch Vereinbarung mit der Gesellschaft außer Kraft

gesetzt ist, indem z. B. bestimmt ist, daß er ohne Rücksicht auf die Verminderung seiner Einlage an dem jährlichen Gewinn teilnehmen soll. Eine solche Vereinbarung ist, da ja § 169 dispositiven Charakter hat, im Verhältnis zur Gesellschaft gültig. Aber den Gläubigern gegenüber ist sie nicht wirksam. Das wird besonders wichtig bei der Zusage bestimmter Dividenden (Förtsch Anm. 11 zu Art. 165). § 172.

Die Wirkungslosigkeit der Auszahlung von Zinsen ist hier nicht, wie im alten Art. 165, betont. Es war das überflüssig. Denn schon der Gesellschaft gegenüber besteht für den Kommanditisten kein Recht auf den Bezug von Gesellschafterzinsen, die nicht einen Bestandteil des erzielten Gewinnes bilden (vgl. Anm. 2 zu § 169). Doch kann die Zahlung von Zinsen auf Grund von Vereinbarungen erfolgen; aber den Gläubigern gegenüber wäre das unwirksam, solange dadurch die Einlage unter die im Absatz 1 u. 2 festgesetzten Grenzen sich mindert. Anm. 7.

4. (Abs. 5.) Guter Glaube als ausnahmsweiser Nichthaftungsgrund. Von der Haftung in Höhe der zu Unrecht erhobenen Gewinne — nicht auch der zu Unrecht erhobenen Einlage! — ist hier eine Ausnahme gemacht unter der doppelten Voraussetzung, daß die Bilanz in gutem Glauben aufgestellt und die Bezüge in gutem Glauben empfangen sind. Anm. 8.

Der gute Glaube besteht darin, daß man der Ansicht war, die Bilanz widerspreche nicht den Vorschriften dieses Paragraphen. Er wird aber ausgeschlossen durch grob fahrlässiges Nichtkennen der Unrichtigkeit (vgl. über den Sprachgebrauch der Worte „guter Glaube" § 932 BGB. und Planck I Vorb. 42). Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, ist also entweder die Bilanz nicht in gutem Glauben errichtet (z. B. insofern, als der Komplementar Außenstände, deren Zweifelhaftigkeit er kannte, voll angesetzt hat) oder war der Kommanditist bei der Erhebung des Gewinnes nicht in gutem Glauben, so haftet er in Höhe des gesetzwidrig empfangenen Betrages den Gläubigern der Gesellschaft (RG. bei Gruchot 37, 1163). Anm. 9.

§ 173.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe der §§ 171, 172 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht. § 173.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Haftung des in eine Handelsgesellschaft eingetretenen Kommanditisten für die bisherigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

1. **Vorausgesetzt ist der Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist.** In eine bestehende Handelsgesellschaft muß der Eintritt erfolgen. Wird eine Handelsgesellschaft erst dadurch gebildet, daß der Kommanditist beitritt, tritt also jemand dem Geschäft eines Einzelkaufmanns als Kommanditist bei, so tritt zwar ebenfalls eine Haftung ein, aber nicht auf Grund dieses Paragraphen, sondern auf Grund des § 28. Ob die bestehende Handelsgesellschaft aber eine o. H. G. oder eine Kommanditgesellschaft ist, ist gleichgültig. In beiden Fällen liegt ein Eintritt im Sinne des vorliegenden Paragraphen vor. (Übrigens liegt nach dem neuen HGB. in beiden Fällen keine Neubildung, sondern Gesellschaftsfortsetzung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft vor, vgl. hierüber Anm. 6 u. 7 zu § 162). Anm. 1.

Damit die hier vorgesehene Folge des Eintritts in Wirksamkeit trete, ist erforderlich, daß entweder der Eintritt eingetragen oder die Gesellschaft nach dem Eintritt ihre Geschäfte fortgesetzt habe (vgl. über den Umfang der Haftung bei nicht erfolgter Eintragung unten Anm. 3). Vorher ist die Beitrittserklärung ein interner Akt unter den Gesellschaftern (vgl. hier Anm. 4 zu § 130).

Die Aufnahme eines neuen Kommanditisten bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter, also auch der bisherigen Kommanditisten (Anm. 10 zu § 163).

§ 173. 2. **Nicht vorausgesetzt ist die Beibehaltung der alten Firma.** Es schadet daher nichts, wenn
Anm. 2. dieselbe den Zusatz et Comp. erhält oder überhaupt verändert wird.

Anm. 3. 3. **Die Wirkung des Eintritts** ist Haftung des Eintretenden als Kommanditist nach Maßgabe der §§ 171 und 172 für die bisherigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Er haftet also selbstverständlich nur in Höhe seiner Einlage und es wird hieran auch dadurch nichts geändert, daß die Eintragung erst einige Zeit nach seinem Eintritt erfolgt. In diesem Falle haftet er nach § 176 Abs. 2 zwar in vollem Umfange, dies aber nur für die zwischen seinem Eintritt und der Eintragung entstehenden Verbindlichkeiten, für die früheren Schulden nur beschränkt als Kommanditist (Makower I 344).

Seine Verbindlichkeit unterliegt denselben Gesichtspunkten, wie wenn sie während seiner Mitgliedschaft entstanden wäre. Es gilt für sie derselbe Erfüllungsort, wie für die Gesellschaftsschuld; er haftet auch nach seinem Austritte usw. (vgl. über alles dieses Anm. 6 zu § 130).

Anm. 4. 4. **Daß die neue bzw. die fortgesetzte Kommanditgesellschaft selbst für die früheren Verbindlichkeiten haftet,** ist als selbstverständlich vom Gesetze nicht besonders hervorgehoben.

Anm. 5. **Zusatz. Der Paragraph bezieht sich nicht auf den Eintritt eines Komplementars in eine Kommanditgesellschaft.** Allein auch ein solcher Eintritt hat die Haftung des Eintretenden zur Folge. Es liegt in solchem Falle der Fall des § 130 in entsprechender Anwendung vor (§ 161 Abs. 2).

§ 174.

§ 174. Eine Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten ist, solange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber unwirksam; Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, brauchen die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen.

Der vorliegende Paragraph spricht den Rechtssatz aus, daß eine Herabsetzung der Einlage den bisherigen Gläubigern gegenüber vor der Eintragung unwirksam ist.

Anm. 1. 1. **Eine Herabsetzung der Einlage.** Darunter versteht man die Vereinbarung, die natürlich nur unter Zustimmung aller Gesellschafter stattfinden kann, daß der Kommanditist fortan mit einer geringeren Einlage haften solle, als bisher. Diese Vereinbarung kann getroffen werden, wenn die Einlage noch nicht oder nicht ganz eingezahlt ist, oder wenn sie bereits eingezahlt ist. In dem letzteren Falle wird das Mehr über den nunmehr geltenden Betrag ein einfaches Kreditum des Kommanditisten an die Gesellschaft.

Der Gesellschaft gegenüber wirkt eine solche Vereinbarung vom Augenblicke an, wo sie getroffen ist, aber

Anm. 2. 2. **den bisherigen Gläubigern gegenüber ist sie vor der Eintragung unwirksam.** Wer vor der Eintragung Gläubiger der Gesellschaft geworden ist, braucht die Herabsetzung gegen sich nicht gelten zu lassen. Diese Folgerung spricht unser Paragraph ausdrücklich aus.

Es ist jedoch nur gesagt, daß die Herabsetzung vor der Eintragung unwirksam ist (vgl. RG. in JW. 87, 17 [18]). Es ist nicht gesagt, daß sie mit der Eintragung unbedingt wirksam ist. Vielmehr richtet sich die Wirksamkeit im übrigen nach § 15 Dieser kommt insoweit zur Anwendung, als er mit § 174 vereinbart ist. Wenn daher die Herabsetzung zwar eingetragen, der Gläubiger aber die Eintragung weder erfahren hat, noch erfahren konnte, so braucht er sie trotz der Eintragung nicht gegen sich gelten zu lassen (D. 125).

Für den Verkehr mit der Zweigniederlassung ist in dieser letzteren Hinsicht gemäß § 15 die Eintragung am Sitze der Zweigniederlassung entscheidend. Tritt ein Gläubiger mit einer Zweigniederlassung in Verbindung, so gilt ihm gegenüber die Eintragung der Herabsetzung am Sitze der Gesellschaft allein nicht. Denn diese ist ja, wie gesagt, nach dem vor-

liegenden Paragraphen nicht für unbedingt wirksam erklärt. Es ist nur gesagt, daß die Herabsetzung bis zu dieser Eintragung unwirksam ist. Soll sie wirksam sein, so müssen auch die sonstigen Erfordernisse des § 15 vorliegen: sie muß also, um jenen Personen gegenüber, welche mit der Zweigniederlassung verhandeln, wirksam zu sein, im Register der Zweigniederlassung eingetragen oder dem Gläubiger bekannt sein (D. 125). § 174.

Zusatz 1. Über die Wirksamkeit der Erhöhung der Einlage gegenüber dem Gläubiger ist im vorliegenden Paragraphen nichts gesagt, während die Formalien der Anmeldung im folgenden Paragraphen für Erhöhung und Herabsetzung gemeinsam geordnet sind. Die Wirksamkeit der Erhöhung gegenüber den Gläubigern ist bereits in den §§ 171 u. 172 behandelt. Anm. 3.

Zusatz 2. Im Falle der Auflösung der Kommanditgesellschaft und des völligen Ausscheidens eines Kommanditisten kommt nicht der vorliegende Paragraph mit seiner verschärften Bedeutung der Eintragung zur Anwendung, sondern der § 15, einmal weil § 174 eine Ausnahme bedeutet, die entsprechender Anwendung nicht fähig ist, sodann aber weil das gesetzgeberische Bedürfnis nach dieser verschärften Bedeutung der Eintragung zwar bei der Veränderung der Höhe der Einlage, nicht aber bei der völligen Auflösung und dem völligen Ausscheiden in demselben Grade vorhanden ist, und endlich weil sich sonst hinsichtlich des Komplementars und des Kommanditisten allzu verschiedene Folgerungen ergeben würden (vgl. Anm. 15 im Exk. zu § 177). Der Ausscheidende haftet demnach den Gläubigern, die es bereits zur Zeit der Eintragung des Ausscheidens waren, wie bisher, also mit dem Betrage seiner eingetragenen Einlage, soweit diese nicht geleistet oder ihm zurückgewährt ist. Über die Verjährung der Ansprüche gegen den ausgeschiedenen Kommanditisten vgl. Anm. 28 im Exk. zu § 177. Anm. 4.

§ 175.

Die Erhöhung sowie die Herabsetzung einer Einlage ist durch die sämmtlichen Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2. Auf die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung. § 175.

Der vorliegende Paragraph gibt drei Vorschriften über die Anmeldung und Bekanntgabe der Erhöhung und Herabsetzung der Kommanditisteneinlage.

1. **Die Anmeldung** ist von den sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken, also auch von den Kommanditisten. Anm. 1.
2. **Die Bekanntmachung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2**, d. h. es wird nur bekannt gemacht, daß die Herabsetzung oder Erhöhung der Einlage eines Kommanditisten (oder wie vieler Kommanditisten) stattgefunden hat, nicht der Betrag der Herabsetzung oder Erhöhung und nicht der Name des betreffenden Kommanditisten. Anm. 2.
3. **Ein Zwang zur Anmeldung** findet nicht statt, soweit es sich um die Eintragung in das Handelsregister am Sitze der Gesellschaft handelt. Denn es muß den Gesellschaftern unbenommen bleiben, derartige Vereinbarungen als innere zu betrachten, so lange wie sie es wollen. Dagegen kann die Eintragung am Sitze der Zweigniederlassung erzwungen werden, nachdem die Eintragung am Sitze der Gesellschaft erfolgt ist. Anm. 3.

§ 176.

Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Betheiligung als § 176.

§ 176. Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus dem § 2 ein Anderes ergiebt.

Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Haftung des Kommanditisten für die vor der Eintragung gemachten Geschäfte.

Anm. 1. 1. **Bedingung der Haftung ist Geschäftsbeginn** (vgl. hierüber Anm. 14 zu § 123) **unter Zustimmung des Kommanditisten.** Diese Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden (Furrer 159), aber es ist immer eine Zustimmung erforderlich. Die Ansicht der 6./7. Auflage, daß schon in dem Abschlusse eines Vertrages, in dem nicht vorgesehen ist, daß die Geschäfte erst später beginnen sollen, die Zustimmung zum sofortigen Betrieb liegt, kann nicht aufrecht erhalten werden. Bei dieser Annahme hätte die besondere Hervorhebung des Gesetzes, daß die Zustimmung erforderlich sei, keinen Sinn und es würde der dem Kommanditisten durch diese Bestimmung des § 176 gewährte Schutz hinfällig werden (ebenso Furrer 159; Goldmann Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 1).

Anm. 2. 2. **Die Eintragung entscheidet,** die Anmeldung genügt nicht (ROHG. 23, 280). War daher die Kommanditgesellschaft angemeldet, aber nicht eingetragen, oder nicht als solche eingetragen, so liegt eben das Erfordernis des Gesetzes nicht vor, und es tritt, vorausgesetzt, daß das Erfordernis des Geschäftsbeginnes der Gesellschaft vorliegt, die Vollhaftung des Kommanditisten ein.

Anm. 3. Die Eintragung aber genügt, die Veröffentlichung ist nicht erforderlich. Von der Eintragung an haftet der Kommanditist nur beschränkt. Der Dritte kann nicht einwenden, daß er die Eintragung nicht gekannt hat, auch nicht, daß er sie nicht hat kennen können. Der § 15 greift hier nicht Platz.

Anm. 4. **Die Folge der Vollhaftung** ist, daß der unbeschränkt haftende Kommanditist in allen Beziehungen einem offenen Gesellschafter gleichsteht, und daß die Einzelheiten des Vertrages, wie Zahlungsort und Zahlungszeit auch für ihn gelten. Es gilt daher auch hier der für die Kommanditgesellschaft maßgebende Gerichtsstand des Erfüllungsorts (OLG. Dresden in DJZ. 99, 24).

Anm. 5. 3. **Die Vollhaftung tritt nicht ein, wenn der Dritte die Beteiligung als Kommanditist kannte;** gleichgültig ist, woher, und nicht notwendig, daß ihm auch die Höhe der Einlage bekannt war (RG. 12, 135 und KG. bei Bauer 9, 42). Aber erforderlich ist wirkliche Kenntnis, es genügt nicht eine verschuldete Unkenntnis (Förtsch Anm. 6 zu Art. 163).

Anm. 6. 4. **Auf Kommanditgesellschaften, die sich nach § 2 bilden,** findet der Abs. 1 keine Anwendung. Es handelt sich im Falle des § 2 um Gesellschaften, welche ein nicht unter § 1 fallendes, aber kaufmännisch eingerichtetes Gewerbe in der Weise betreiben, daß einer der Gesellschafter nur beschränkt haften soll. Solche Kommanditgesellschaften können naturgemäß vor ihrer Eintragung ihre Geschäfte nicht beginnen, wenigstens nicht als Kommanditgesellschaften, da sie erst mit der Eintragung Kommanditgesellschaften werden. Beginnt eine solche Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so kommen die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung. Die Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705 BGB.) enthalten nun aber über die Frage nach dem Umfange der Haftbarkeit der Gesellschafter in solchem Falle nichts. Inwieweit es möglich ist, eine bürgerliche Gesellschaft in der Weise zu errichten, daß zwar alle solidarisch haften, aber einer von ihnen beschränkt, in Höhe einer bestimmten Einlage, kann hier nicht eingehend untersucht werden. Die Möglichkeit ist zu bejahen. Aber natürlich muß der Wille der Gesellschafter, daß einer von ihnen nur beschränkt haften soll, dem Gläubiger gegenüber zum Ausdruck gebracht und als Grundlage der mit dem Gläubiger geschlossenen Rechtsbeziehungen gemacht sein (vgl. Anm. 18 zu § 162). Von ähnlichen An-

schauungen geht das RG. (39, 31) bei Beurteilung einer Genossenschaft aus, die im Rechts- § 176. leben auftrat, ehe sie eingetragen war (vgl. auch RG. 12, 229). Jedenfalls kommt der vorliegende Paragraph (Vollhaftung wegen Nichteintragung) nicht zur Anwendung.

5. Auch hier ist, wie im § 123, hinzuzufügen, daß die Bestimmung des vorliegenden Paragraphen Anm. 7. insofern nicht erschöpfend ist, **als die öffentliche Kundgebung, daß die Gesellschaft besteht, auch in anderer Weise erfolgen kann** (vgl. Anm. 9 zu § 123). Hiergegen Laband in ZHR. 30, 527; gegen ihn Behrend § 89 Anm. 4.

6. **Beim Eintritt des Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft** (vgl. hierüber Anm. 8. Anm. 1 zu § 173) gilt das gleiche, wie dies Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt. Auch in diesem Falle muß der Kommanditist für die Eintragung der Kommanditisteneigenschaft Sorge tragen zur Vermeidung der Vollhaftung, aber natürlich nur für die Verbindlichkeiten bis zur Eintragung, und ferner nur für die Verbindlichkeiten von seinem Eintritt ab. Als solche Verbindlichkeiten gelten auch die Verpflichtungen zur Bezahlung von Waren, die zwar nach dem Eintritt abgerufen und geliefert, aber vor dem Eintritte bestellt waren (RG. bei Holdheim 11, 127).

Für die Verbindlichkeiten nach der Eintragung haftet der Kommanditist nur begrenzt, und ebenso haftet er für die Verbindlichkeiten bis zu seinem Eintritte nur begrenzt (über letzteres vgl. Anm. 3 zu § 173). Was man unter Eintritt versteht, darüber siehe Anm. 1 zu § 173.

Die Bemerkungen zu 1—5 sind auch hier maßgebend; die Eintragung entscheidet Anm. 9. auch hier; die Vollhaftung tritt auch hier nicht ein, wenn der Dritte die Beteiligung als Kommanditist kannte; auf Kommanditgesellschaften nach § 2 findet auch Abs. 2 keine Anwendung; die öffentliche Kundgebung kann auch hier in sonstiger Weise erfolgen.

Selbstverständlich kommt der vorliegende Paragraph (und zwar Abs. 1) auch zur Anwendung, wenn eine Kommanditgesellschaft dadurch entsteht, daß jemand dem Geschäft eines Einzelkaufmanns als Kommanditist beitritt.

Die Haftung aus dem vorliegenden Paragraphen wird **im Konkurse** vom Konkurs- Anm. 10. verwalter geltend gemacht. § 171 Abs. 2 ist sinngemäß anwendbar.

§ 177.

Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht § 177. zur Folge.

Der Tod des Kommanditisten hat die Auflösung der Kommanditgesellschaft nicht zur Folge.

1. An seine Stelle treten vielmehr seine Erben, jedoch nur die, welche als allgemeine Rechtsnachfolger des Kommanditisten zu betrachten sind, nicht auch die Legatare (Makower I 345; anders Renaud, Kommanditgesellschaften 203). Die Erben treten mit allen Rechten und Pflichten, insbesondere hinsichtlich der Geschäftsführung, in die Gesellschaft ein. Die Rechtslage ist dieselbe, wie in dem Falle, in dem in der o. H. G. die Fortsetzung mit den Erben vereinbart wird und die o. H. G. fortgesetzt wird. Der Erbe des Kommanditisten muß demgemäß auch eingetragen werden (vgl. Makower I 345; Bolze 3 Nr. 794; Goldmann Anm. 11; abweichend Renaud, Kommanditgesellschaften 202 und Lehmann-Ring Nr. 2).

Der § 139 greift jedoch in keiner Weise Platz: der Erbe kann deshalb, außer durch Vereinbarung, nicht früher ausscheiden, als der Erblasser dies gekonnt hätte; eine Schwebezeit besteht nicht während der Frist des § 139 Abs. 3, sondern nur bis feststeht, wer Erbe wird (Makower I 345). — Was die Haftung des Kommanditisten betrifft, so haften die Erben des Kommanditisten für die vor dem Anfall der Erbschaft begründeten Nachlaßverbindlichkeiten nur als Erben. Ob sie als solche unbeschränkt oder mit dem Nachlaß haften, richtet sich nach den erbrechtlichen Vorschriften (§§ 1967 ff. BGB.). Für die späteren Verbindlichkeiten haften sie ohne erbrechtliche Beschränkung, stets aber lediglich mit der Kommanditisteneinlage: der § 176 Abs. 2 ist unanwendbar, weil der Betrag der Einlage des Erblassers eingetragen ist (Makower I 345).

§ 176. 2. Nicht das gleiche gilt von der Auflösung der Gesellschaft, die als Kommanditistin beteiligt ist. Die Auflösung einer Gesellschaft bedeutet nicht das gleiche, wie der Tod eines Kommanditisten, der eine physische Person ist. Denn Auflösung ist bei der Handelsgesellschaft nicht Untergang. Beteiligt bleibt vielmehr die Gesellschaft auch nach ihrer sogenannten Auflösung, solange bis die Kommanditgesellschaft sich mit ihr auseinandergesetzt oder sie ihren Kommanditanteil in zulässiger Weise veräußert (vgl. Behrend § 94 Anm. 3; KGJ. 14, 53; Förtsch Anm. 4 zu Art. 170).

3. In entsprechender Anwendung des § 138 ist zulässig die Vereinbarung, daß, wenn ein Kommanditist stirbt, seine Erben ausscheiden und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird (vgl. Anm. 8 und 9 im Exk. zu § 177).

Exk. zu § 177.

Exkurs zu § 177.

1. Die Auflösung der Kommanditgesellschaft und das Ausscheiden von Gesellschaftern. 2. Die Liquidation der Gesellschaft. 3. Die Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschaft.

Einleitung. Über diese drei Gegenstände enthält der Abschnitt über die Kommanditgesellschaften keine besonderen Vorschriften, außer der einzigen Vorschrift des § 177. Im übrigen sind gemäß § 161 Abs. 2 **die Vorschriften über die o. H. G. entsprechend anzuwenden.**

In kurzer Darstellung soll gezeigt werden, wie die sinngemäße Anwendung sich gestaltet.

Anm. 1. **I. Die Auflösung der Kommanditgesellschaft und das Ausscheiden eines Gesellschafters.**

1. **§ 131 (Auflösungsgründe).** Der Begriff der Auflösung (Aufhören des Betriebes des Handelsgewerbes, Fortbestehen einer Gesellschaft zum Zwecke der Abwickelung) ist der gleiche, wie bei der o. H. G. (vgl. daher Anm. 1 und 2 zu § 131). Die Folgen der Auflösung sind ebenfalls die gleichen (vgl. daher Anm. 1 zu § 131). Die gesetzlichen Gründe der Auflösung sind ebenfalls die gleichen (vgl. daher Anm. 5ff. zu § 131). Doch ist im einzelnen zu bemerken: der Ablauf der Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen ist, gilt auch hier; der Beschluß der Gesellschafter bringt auch hier die Gesellschaft zur Auflösung, die Kommanditisten müssen dabei mitstimmen; der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft (vgl. Eich, Der Konkurs der Kommanditgesellschaft, Berlin 00) bringt auch die Kommanditgesellschaft zur Auflösung und es gelten ferner unsere weiteren Anmerkungen über den Konkurs der o. H. G. auch hier entsprechend. (Als Gemeinschuldner sind aber nicht die Kommanditisten zu betrachten; dagegen gilt das sonst für den Konkurs der o. H. G. a. a. O. Gesagte auch für die Kommanditisten: auch sie können ihre gesellschaftlichen Ansprüche als Konkursforderung nicht geltend machen — vgl. Cosack § 111 XI 3 —; die Lehre von der Aufrechnung im Konkurse gilt auch hier und zwar auch für die Kommanditisten, der Zwangsvergleich kommt auch den Kommanditisten, soweit ihre Einlage rückständig ist, zugute [Jaeger Anm. 4 zu § 211 KO.], dagegen nicht den bereits ausgeschiedenen Kommanditisten [Anm. 28 zu § 128; RG. 56, 366]); der Tod eines Gesellschafters hat nur dann die Auflösung zur Folge, wenn es ein Komplementar ist, der Tod des Kommanditisten ist nach § 177 kein Auflösungsgrund, aber durch Vertrag kann auch dies bestimmt werden; der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, ist Auflösungsgrund auch hier, doch kann nicht nur der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§§ 138, 161 Abs. 2), sondern die übrigen Gesellschafter sind zufolge der Vorschrift des § 141 Abs. 2 auch nachträglich in der Lage, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen (D. 127). Die Kündigung seitens eines Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, ist Auflösungsgrund. Die gerichtliche Entscheidung ist ebenfalls Auflösungsgrund, diese kann auch von einem Kommanditisten beantragt werden. Über diese beiden letzten Auflösungsgründe weiter unten.

2. **§ 132 (die Kündigung seitens eines Gesellschafters).** Diese kann auch von einem Kommanditisten ausgehen. Einen Fall dieser Art siehe RG. 21, 93. Im übrigen vgl. die Erläuterung zu § 132, besonders über die Dauer der Gesellschaft (der Gesellschaftsvertrag entscheidet, ev. die gesetzliche Regel; über die Form der Kündigung; über die Wirkung der rechtzeitigen Kündigung; über die verspätete Kündigung; und endlich über die Beweislast). Die Kündigung auch seitens des Kommanditisten hat die Auflösung, nicht etwa das Ausscheiden des Kommanditisten zur Folge. Soll die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden, so kann dies zwar vereinbart werden, aber nur mit Zustimmung des betr. Kommanditisten (vgl. unten Anm. 8). **Erl. zu § 177.** Anm. 2.

3. **§ 133 (erzwungene Auflösung; Antrag auf gerichtliche Entscheidung).** Die betr. Klage kann auch jeder Kommanditist anstellen. Über die Einzelfragen (Wichtigkeit der Gründe, Form der Antragstellung, Inhalt der gerichtlichen Entscheidung) siehe die Erläuterungen zu § 133. Ferner vgl. über die von diesen Auflösungsgründen verschiedene Anfechtung des Gesellschaftsvertrages aus allgemeinen Rechtsgründen die Einleitung zu § 133, woselbst auch die wichtige Frage erörtert ist, ob der aus solchen Rechtsgründen (z. B. wegen Betruges) zurücktretende Gesellschafter seine Einlage als Konkursforderung von der Gesellschaft zurückverlangen kann. Macht der Kommanditist im Konkurse der Gesellschaft eine derartige Regreßforderung geltend, so kann er dies nicht im Wege der Aufrechnung gegen die vom Verwalter erhobenen Ansprüche aus § 172 und § 176 tun, weil beide Ansprüche nicht gleichartig sind; der Kommanditist hat einen Anspruch gegen die Gesellschaft; der Verwalter macht ein selbständiges, ihm als Vertreter der Gläubigerschaft zustehendes Recht geltend (vgl. Anm. 8 zu § 171). Endlich siehe über die Übergangsfrage Anm. 25 zu § 133. Anm. 3.

4. **§ 134 (Auslegungsvorschrift; lebenslängliche Gesellschaft)** ist entsprechend anwendbar. Auch wenn auf die lebenslängliche Dauer eines K o m m a n d i t i s t e n ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wird, so gilt er als auf unbestimmte Dauer geschlossen. Anm. 4.

5. **§ 135 (Recht des Gläubigers eines Gesellschafters auf Auflösung der Gesellschaft).** Dieses Recht hat der Gläubiger jedes Gesellschafters, auch des Kommanditisten. Anm. 5.

Das nähere über dieses Recht siehe § 135, insbes. über die Begriffe fruchtlose Vollstreckung, über die Form der Pfändung und Überweisung, über die Folgen der Kündigung; und endlich über die Übergangsfrage.

6. **§ 136 (fortdauernde Geschäftsführung)** gilt auch hier. Anm. 6.

7. **§ 137 (Pflichten der Erben des Gesellschafters)** gilt auch hier und bezieht sich auch auf die Erben des Kommanditisten (anders in betreff des Abs. 1 des § 137 Goldmann Anm. 22). Anm. 7.

8. **§ 138 (Ausscheiden eines Gesellschafters).** Auch dieser Paragraph ist entsprechend anwendbar. Hier bei der Kommanditgesellschaft wird es sich meist empfehlen, bezüglich des Kommanditisten im Gesellschaftsvertrage die Bestimmung zu treffen, damit nicht durch solche Ereignisse, wenn sie sich in der Person des Kommanditisten ereignen, die Gesellschaft gesprengt werde. Der betr. Bestimmung des Gesellschaftsvertrages müssen auch die Kommanditisten zustimmen. Anm. 8.

Vorausgesetzt ist auch hier das Übrigbleiben von zwei Gesellschaftern. Davon muß einer wenigstens ein unbeschränkt haftender sein; der Fortfall des einzigen Komplementars oder aller Komplementare hat die Auflösung zur unvermeidlichen Folge (RGZ. 11, 29; Förtsch Anm. 5 zu Art. 170). Aber der Fortfall des einzigen Kommanditisten hat diese Folge nicht immer. Denn hier muß für das jetzige Handelsrecht das entsprechende gelten, wie beim Eintritt eines Kommanditisten. Wie dieser nach dem neuen HGB. weder in dem Falle, in dem ein bisheriger offener Gesellschafter Kommanditist wird, noch in dem Falle, in dem eine neue Person Kommanditist einer bisherigen o. H. G. wird, die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, sondern die Fortsetzung der Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität (Anm. 6 zu § 162), so muß das gleiche gelten, beim Ausscheiden eines Gesellschafters, vorausgesetzt, daß m i n d e s t e n s e i n e o. H. G. b l e i b t (so schon nach früherem Rechte Behrend § 90 Anm. 4; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1309). Ist auch dies nicht der Fall, bleibt vielmehr nur ein Komplementar übrig, dann ist die Gesellschaft naturgemäß aufgelöst. Aber die Ver- Anm. 9.

Erl. zu § 177.

einbarung, daß der einzige Kommanditist ausscheidet und der einzige Komplementar das Geschäft übernimmt, ist auch hier zulässig (vgl. Anm. 6 zu § 138 und RG. 56, 16, wo auch die Art der Auseinandersetzung behandelt wird); ebenso, daß an Stelle des ausscheidenden Kommanditisten ein anderer eintritt (BayObLG. bei Bauer 11, 142).

Über andere Arten von Fortsetzungsvereinbarungen siehe Anm. 4 zu § 138.

Anm. 10. 9. **§ 139 (Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben auf Grund des Gesellschaftsvertrages).** Auch im Kommanditgesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll. Das hat hier aber nur Bedeutung für den Komplementar. Denn die Erben des Kommanditisten bleiben schon von Gesetzes wegen Gesellschafter (§ 177). Der Komplementar kann die im § 139 bezeichneten Rechte allerdings ausüben, jedoch nur unter Modifikationen, die sich aus der verschiedenen Rechtslage ergeben. Ist er nämlich der Erbe des einzigen Komplementars, so kann er naturgemäß sein Verbleiben in der Gesellschaft nicht davon abhängig machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt werde. Auch kann er natürlich in solchem Falle nicht sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären; denn mit dem Ausscheiden des einzigen Komplementars löst sich die Gesellschaft auf (vgl. Anm. 9). Es muß daher in einem solchen Fall (mit Goldmann Anm. 27 gegen 6./7. Aufl.) angenommen werden, daß die entsprechende Anwendung des § 139 entfällt und, falls über die Stellung des Erben als Komplementar keine Einigung erzielt wird, die Auflösung der Gesellschaft zu erfolgen hat. Dem Erben das Recht zu geben, als Komplementar in der Gesellschaft zu verbleiben (wie es in der 6./7. Aufl. angenommen ist), geht nicht an, da hierfür die gesetzliche Grundlage fehlt.

Anm. 11. 10. **§ 140 (Ausschließung eines Gesellschafters).** Auch gegen den Kommanditisten kann auf Ausschließung geklagt werden. Zur Anstellung der Ausschließungsklage ist der Antrag aller übrigen Gesellschafter, also auch der Kommanditisten, erforderlich. Hat die Gesellschaft z. B. zwei Komplementare, so können die Kommanditisten im Verein mit dem einen Komplementar die Ausschließung des anderen Komplementars beantragen; hat sie zwei Kommanditisten und einen Komplementar, so können der Komplementar und ein Kommanditist die Ausschließung des anderen Kommanditisten beantragen. Die Ausschließung des Komplementars ist aber begrifflich nicht möglich, wenn nur ein Komplementar vorhanden ist, weil ohne Komplementar die Kommanditgesellschaft nicht bestehen kann. Hier ist nur Auflösungsbegehren möglich. Ob § 142 in solchem Falle Platz greift, darüber siehe Anm. 14. Wenn nur ein Kommanditist und ein Komplementar vorhanden ist, entsteht die gleiche Schwierigkeit. Vgl. Anm. 14. Wenn aber zwei Komplementare übrig bleiben, so kann der einzige Kommanditist ausgeschlossen werden; es wird dadurch die Gesellschaft eine o. H. G. (vgl. Anm. 9).

Anm. 12. 11. **§ 141 (Fortsetzung der Gesellschaft bei Kündigung durch einen Gläubiger eines Gesellschafters oder bei Konkurs eines Gesellschafters).** Der vorliegende Paragraph kommt auch dann zur Anwendung, wenn die betreffende Tatsache einen Kommanditisten betraf, falls nur zwei Komplementare übrig bleiben (vgl. Anm. 9). Er kommt auch dann zur Anwendung, wenn die betr. Tatsachen einen Komplementar betreffen, falls es nur nicht der einzige Komplementar ist (vgl. Anm. 9).

Anm. 13. 12. **Erl. zu § 141 (die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter).** Hierüber gelten die gleichen Grundsätze, wie sie im Erl. zu § 141 erörtert sind, insbesondere über die Rechte der verbleibenden Gesellschafter infolge des Ausscheidens eines Gesellschafters, die Feststellung der Abfindungssumme; den rechtlichen Charakter des Abfindungsguthabens; die Zeit der Auszahlung; die Gesellschaftsschulden; auch über die häufig vorkommenden Konkurrenzverbote; über die Pflicht des ausscheidenden Gesellschafters zum Ersatze eines Fehlbetrages (nur daß natürlich hier überall die Sonderstellung des Kommanditisten, der nur bis zur Höhe der Einlage am Verlust teilnimmt, zu berücksichtigen ist und zu Modifikationen führt); über die Rechte des Ausscheidenden in bezug auf die schwebenden Geschäfte (vgl. auch RG. 56, 16); über den Anspruch auf jährliche Rechenschaft und jährliche Auszahlung.

13. **§ 142 (Recht auf Übernahme im Falle von Vorhandensein von Ausschließungsgründen unter zwei Gesellschaftern).** Der Abs. 1 greift dann Platz, wenn ein Komplementar und ein Kommanditist vorhanden sind, im anderen Falle, wenn mehrere Komplementare oder mehrere Kommanditisten übrig bleiben, ist ja § 140 gegeben. Wenn aber ein Komplementar und ein Kommanditist vorhanden ist, so kann der Komplementar gegen den Kommanditisten und auch der Kommanditist gegen den Komplementar auf Übernahme nach § 142 klagen. **Erl. zu § 177.** Anm. 14.

Das gleiche gilt überall hinsichtlich des Abs. 2 des § 142.

14. **§ 143 (Anmeldung und Eintragung der Auflösung und des Ausscheidens).** Hier gilt das entsprechende. Vgl. daher die Erl. zu § 143, insbesondere auch darüber, daß die Parteien gegen einander auch ein Zivilrecht auf Bewirkung der Anmeldung haben; über das, was einzutragen ist (hinsichtlich der Veröffentlichung ist hier zu bemerken, daß nach dem Zusammenhang der Gesetzesvorschriften, obwohl hierüber eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, nur die Tatsache des Ausscheidens und die Zahl der ausscheidenden Kommanditisten zu veröffentlichen ist, nicht auch der Name des ausscheidenden Kommanditisten und die Höhe seiner Einlage; vgl. § 161 und § 175); darüber, wer die Anmeldung zu bewirken hat (auch die Kommanditisten haben dabei mitzuwirken); endlich aber auch über die Wirkung der Eintragung und Nichteintragung der Auflösung und des Ausscheidens (in bezug auf den Kommanditisten kommt hier nicht etwa § 174 zur Anwendung; vgl. hierüber Anm. 4 zu § 174). Anm. 15.

15. **§ 144 (Fortsetzung der Gesellschaft nach Konkursbeendigung)** kommt zur Anwendung. Vgl. hierüber die Erl. zu § 144. Anm. 16.

II. Liquidation der Kommanditgesellschaft.

1. **§ 145 (die Liquidation als regelmäßige Folge der Auflösung)** findet auch hier Anwendung. Vgl. daher die Erl. zu § 145, namentlich über den Inhalt und das juristische Wesen der Liquidation; über die Ausnahme des Konkursfalles; über die Vereinbarung anderer Arten der Auseinandersetzung, insbesondere auch über die Überlassung des Geschäfts mit Aktiven und Passiven an einen der Gesellschafter (die Rechtsnatur, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer solchen Vereinbarung). Anm. 17.

2. **§ 146 (die Personen der Liquidatoren, die Ernennung anderer anstatt der geborenen Liquidatoren)** findet auch hier Anwendung. Zu den geborenen Liquidatoren gehören, da das Gesetz die Kommanditisten nicht ausnimmt, auch die Kommanditisten. Daß sie an der Geschäftsführung und Vertretung nicht teilnehmen, bezieht sich bloß auf die lebende Gesellschaft (Cosack § 111 XI 2; vgl. Hahn § 2 zu Art. 133). Desgleichen gehören die Kommanditisten zu den Beteiligten im Sinne des § 146 Abs. 2. Anm. 18.

3. **§ 147 (Abberufung der Liquidatoren).** Auch hier gehört der Kommanditist zu den Beteiligten, die dem einstimmigen Beschlusse zustimmen müssen, und von denen jeder den Antrag auf Abberufung stellen kann. Anm. 19.

4. **§ 148 (Registerpflicht der Liquidatoren).** Bei der Anmeldung hat der Kommanditist mitzuwirken. Im übrigen gilt die Erl. zu § 148, auch über die Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung. Anm. 20.

5. **§ 149 (Aufgabe der Liquidatoren)** ist ohne weiteres anwendbar. Es gelten daher auch die Erl. zu § 149, und auch unsere Zusätze, betreffend die negative Abgrenzung der Befugnisse der Liquidatoren gelten hier (vgl. Anm. 28 ff. zu § 149), auch über die Frage, wem sie verantwortlich sind und ob sie ihr Amt niederlegen können. Anm. 21.

6. **§ 150 (Vertretungsbefugnis beim Vorhandensein mehrerer Liquidatoren)** ist anwendbar. Anm. 22.

7. **§ 151 (Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren)** ist anwendbar.

8. **§ 152 (gemeinsame Anordnung der Gesellschafter)** ist anwendbar.

9. **§ 153 (Zeichnung der Unterschrift der Liquidatoren)** ist anwendbar.

10. **§ 154 (Aufstellung zweier Bilanzen, bei Beginn und bei Schluß der Liquidation)** ist anwendbar. Siehe daher die Erl. zu § 154, auch über die sonstige Rechenschaftspflicht. Hin- Anm. 23.

Erl. zu § 177. sichtlich der Rechte der Kommanditisten auf Rechenschaftspflicht ist jedoch das zu § 166 Gesagte zu berücksichtigen.

Anm. 24. 11. **§ 155 (vorläufige und endgültige Vermögensverteilung)** ist anwendbar. Siehe daher die Erl. zu § 155, auch über die Geltendmachung der schließlichen Aktivsalden gegen die Inhaber der schließlichen Passivsalden.

Anm. 25. 12. **§ 156 (entsprechende Anwendbarkeit der für die lebende Gesellschaft geltenden Bestimmungen).** Hier gilt ebenfalls das entsprechende, natürlich mit dem Unterschied, daß hier nicht die für die lebende o. H. G., sondern die für die lebende Kommanditgesellschaft geltenden Bestimmungen Platz greifen. So ist z. B. das Aufsichtsrecht des § 118 für den Komplementar auch in der Liquidation gegeben, für den Kommanditisten ist nur das beschränkte Kontrollrecht des § 166 gegeben. Ferner: Der § 128 über die Solidarhaft der Gesellschafter ist zwar anwendbar, aber hinsichtlich des Kommanditisten nur mit der seiner beschränkten Haftung entsprechenden Modifikation.

Anm. 26. 13. **§ 157 (Firma, Bücher und Papiere nach Beendigung der Liquidation)** ist entsprechend anwendbar. Zu den Gesellschaftern gehört auch hier der Kommanditist. Die Bücher können also auch beim Kommanditisten verwahrt werden, und jeder Kommanditist hat Einsicht in die Bücher. Näheres zu § 157, insbesondere auch über den Zwang gegenüber dem Aufbewahrer und über die Kosten der Aufbewahrung.

Anm. 27. 14. **§ 158 (Liquidationsähnlicher Zustand für den Fall, daß eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart, aber nicht sofort vollzogen wird)** ist anwendbar, ebenso aber auch unsere Bemerkung für den Fall, daß die Liquidation ausgeführt wird, sich aber nachträglich ein Vermögensstück vorfindet.

III. Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter.

Anm. 28. **Die §§ 159 und 160 sind auch auf die Kommanditgesellschaften anwendbar.** Zunächst natürlich auf die Komplementare. Sodann aber auch auf den Kommanditisten. Und daraus folgt, daß dieser auch nach der Auflösung oder nach seinem Ausscheiden während der Verjährungszeit für die Schulden der Gesellschaft in Höhe seiner Einlage persönlich haftet (ROHG. 19, 350), und zwar auch dann, wenn er seine Einlage eingezahlt hatte und sie bei seinem Ausscheiden in vertragsmäßiger Weise ausgezahlt erhält. Er bleibt eben gemäß § 171 den zur Zeit seines Ausscheidens vorhandenen Gläubigern haftbar, gleichviel ob er ausscheidet und ob er seine Einlage zurückerhält. Mag letzteres auch vertrags- und rechtmäßig geschehen sein, so berührt dies die Rechte der Gläubiger nicht (vgl. § 172 Abs. 4 und Anm. 4 zu § 172). Die Eintragung der Herabsetzung der Einlage aber ist kein Moment, das eine Verjährung beginnen läßt. Es ist z. B. jemand Kommanditist mit einer noch nicht gemachten Einlage von 10000 Mk. geworden. Die Gesellschaft wird dem A. am 1. Februar 1900 die Summe von 20000 Mk. schuldig. Am 1. April 1900 wird die Einlage des Kommanditisten auf 5000 Mk. herabgesetzt. Am 1. April 1902 wird das Ausscheiden des Kommanditisten eingetragen. In diesem Falle haftet der Kommanditist dem A. bis zum 1. April 1907 in Höhe von 10000 Mk. Es hat nicht etwa am 1. April 1900 eine Verjährung in Höhe von 5000 Mk. begonnen. Die einmal eingetretene Haftung beginnt vielmehr erst zu verjähren mit der Eintragung des Ausscheidens, sie beginnt nicht zu verjähren mit der Eintragung der Herabsetzung der Einlage.

Anm. 29. **Die Verjährung setzt aber allen Haftungen ein Ziel, die in der Kommanditisteneigenschaft ihren Grund haben,** auch der aus § 172 und der Vollhaftung im Falle des § 176, dies umsomehr, als ja auch die Vollhaftung des offenen Gesellschafters mit Ablauf von fünf Jahren beendet ist und der Kommanditist in diesem Falle nur „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter" haftet. Früher kam hier noch in Frage die Haftung aus Art. 168 (Haftung, weil der Name des Kommanditisten in der Firma steht). Solche Haftung kann jetzt nicht mehr eintreten. Soweit sie auf Grund des alten HGB. noch besteht, verjährt auch sie gemäß §§ 159 und 160 (vgl. hier überall Förtsch Anm. 7 zu Art. 172).

Zu verweisen ist auch auf die Zusätze zu § 160, wo ausgeführt ist, daß sich die Verjährung nicht beziehe auf die Regreßansprüche der Gesellschafter unter einander, so daß dieselben auch zur Geltung kommen, wenn von mehreren Gesellschaftern der eine bereits durch Verjährung befreit ist; und wo ferner die Übergangsfrage, d. h. die Frage nach der Dauer einer vor dem 1. Januar 1900 begonnenen, aber noch nicht vollendeten Verjährung und nach dem Beginn und der Unterbrechung der Verjährung erörtert wird. **Erl. zu § 177.** Anm. 30.

Dritter Abschnitt.

Aktiengesellschaft.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

§ 178.

Die sämmtlichen Gesellschafter der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligt, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften. § 178.

Lit.: Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften; Pinner, Das deutsche Aktienrecht, Kommentar, Berlin 99.

I. Vorbemerkungen zum Aktienrecht.

A. **Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des HGB. vom 10. 5. 97 auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften.** Anm. 1.

1. **Allgemeiner Grundsatz.** Die D. (327) geht ohne weiteres davon aus, daß die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften nach dem neuen Recht beurteilt werden. Dies ist als allgemeine Ansicht zu betrachten. Da die Frage jetzt an praktischer Bedeutung zurücktritt, kann auf die Erörterungen der 6./7. Aufl. verwiesen werden (vgl. auch Lehmann in ZHR. 48, 114; ferner Riesenfeld, Der Einfluß des neuen Aktienrechts auf die Statuten der bestehenden Ge-Gesellschaften 6 ff. und Rießer, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht).

2. **Im Einzelnen gilt hinsichtlich der Übergangsfragen folgendes:** Anm. 2.

a) **Die vorhandenen Gesellschaften selbst werden als bestehend anerkannt**, auch wenn sie unter Bedingungen errichtet sein sollten, die nach dem neuen Gesetze zur Errichtung einer Aktiengesellschaft nicht ausreichen. *Selbst dann wird der dem früheren Rechte entsprechende Gründungsakt als ausreichend anerkannt*, wenn die Aktiengesellschaft vor dem 1. Januar 1900 nur angemeldet war (Art. 23 EG. z. HGB.).

Aber auch sonst werden alle früheren Rechtsakte der bestehenden Gesellschaften anerkannt, durch welche vollendete Maßregeln getroffen sind. Aktien unter 1000 Mk. bleiben gültig; eine unter der Herrschaft des früheren Rechts durchgeführte Kapitalsherabsetzung oder Kapitalserhöhung bleibt gültig, wenn sie auch den Vorschriften des neuen Rechts nicht entspricht. Nur dürfen es nicht Rechtsakte sein, deren Zweck und Inhalt darin besteht, das künftige Funktionieren der Gesellschaft zu bestimmen, ihr künftiges gesellschaftliches Leben zu regeln. Denn die neue Funktionstätigkeit, das gesellschaftliche Leben der Aktiengesellschaften, regelt sich vom 1. Januar 1900 ab nach dem neuen Recht (vgl. das Folgende).

b) **Das neue gesellschaftliche Leben der früheren Gesellschaften steht unter dem neuen Recht.** Auch hier gilt in betreff der näheren Ausführung das Anm. 1 Gesagte. Anm. 3.

3. **Nicht betroffen werden von dem Grundsatze zu 1 die Verhältnisse Dritter zur Aktiengesellschaft.** *Nur das gesellschaftliche Leben der Aktiengesellschaft* steht unter dem Zeichen des neuen Rechts. Ob für die Verhältnisse Dritter zur Gesellschaft das alte oder das neue Recht Anwendung findet, richtet sich nach besonderen Regeln. Insbesondere wird das wichtig bei Anm. 4.

§ 178. den Verträgen der Personen, die zu Organen der Gesellschaft bestellt sind; bei Ansprüchen der Gesellschafter, die zwar ihren Ursprung in der Mitgliedschaft haben, aber reine Gläubigerrechte geworden sind. Hier greift gemäß Art. 170 EG. z. BGB. das alte Recht Platz, soweit nicht Art. 171 eine Ausnahme macht oder die neue Vorschrift ausschließlichen Charakter hat (vgl. Allg. Einl. Anm. 12) wie z. B. letzteres der Fall ist bei solchen Verträgen mit Dritten, welche nur erfüllt werden könnten durch Maßregeln, die den neuen öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes widersprechen (vgl. RG. 22, 1).

Anm. 5. 4. **Die Anwendung dieser Grundsätze im einzelnen** soll bei den einzelnen Paragraphen erörtert werden.

Anm. 6. **B. Welche Bestimmungen des BGB. sind für die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft subsidiär anwendbar?**

a) Art. 2 Abs. 1 EG. z. HGB. bestimmt:

> In Handelssachen kommen die Vorschriften des BGB. nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB. oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.

Im Anschluß an diese Vorschrift ist es vor allem streitig geworden, ob die Bestimmungen des BGB. über Vereine auf die Aktiengesellschaft Anwendung finden.

Für die Anwendbarkeit hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller und die Praxis entschieden (Staub 6./7. Aufl. dieses Kommentars und in dem Kommentar zur GmbH. 20; Makower I 347; Lehmann-Ring Vorbm. vor § 178 Nr. 3; Lehmann I 102; Simon in ZHR. 49, 1; Gierke in ABürgR. 19, 131; Biberfeld in ZgA. 12, 77; Goldmann Anm. 16; ferner KGJ. 23 A S. 105; RG. bei Bauer 11, 181 und RG. in DJZ. 02, 53). Die gegenteilige Ansicht ist vertreten von Dernburg I § 82 Nr. 4; Goldmann-Lilienthal I 52; Pinner in ZHR. 50, 105 und Reichau: Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien ein rechtsfähiger Verein? 02.

Bei der Entscheidung der Frage ist zunächst davon auszugehen, daß die Worte „wenn nicht ein anderes bestimmt ist" in Art. 2 besagen, daß die Vorschriften des BGB. nicht nur dann nicht gelten, wenn eine ausdrückliche Bestimmung des HGB. entgegensteht, sondern auch dann nicht, wenn die Vorschrift des bürgerlichen Rechts den aus dem Zusammenhang sich ergebenden handelsrechtlichen Grundsätzen widerspricht. Dies ist jetzt, nachdem das RG. diesen Grundsatz bei der Frage der Anfechtung aktienrechtlicher Erklärungen wegen Betrugs mit voller Schärfe angewendet hat, nicht mehr zweifelhaft.

Es fragt sich also: Widerspricht die Anwendung der Vereinsvorschriften des BGB. an sich den Prinzipien des Aktienrechts? Dies ist — und es muß hiermit der von Staub in der 6./7. Aufl. verfochtenen Ansicht entgegengetreten werden — aus dem historischen Werden der Vorschriften über die Aktiengesellschaft und dem Willen des Gesetzgebers zu bejahen. Das Institut der Aktiengesellschaft als solches sollte im HGB. einheitlich geregelt werden und ist einheitlich geregelt worden (vgl. Gierke in ZHR. 45, 487); eine § 105 Abs. 2 entsprechende Bestimmung ist nicht aufgenommen. Die ausschließliche Regelung bedingt aber eine vollständige nicht durch andere Gesetze ergänzbare. Für die Frage des Vereinscharakters der Aktiengesellschaft ist sedes materiae daher lediglich das HGB.; für Anwendung der vereinsrechtlichen Grundsätze des BGB. ist kein Platz.

Die hiergegen von den Gegnern erhobenen Einwände erscheinen nicht stichhaltig. Daß die Aktiengesellschaft in § 6 Abs. 2 HGB. als „Verein" bezeichnet ist, ist schon um deswillen ohne Belang, als in diesem Paragraphen lediglich ein zusammenfassender Ausdruck für verschiedene juristische Personen gebraucht ist; ferner kann dieser Umstand deswegen nicht als Gegenargument verwertet werden, weil die Entstehungsgeschichte des Paragraphen darauf hinweist, daß der Ersatz des ursprünglichen Worts „Personenvereinigung" durch „Verein" lediglich redaktionelle Bedeutung hat. Ebenso versagt die Bezugnahme auf § 22 BGB. Beabsichtigt war nach dem Bericht zum zweiten Entwurf (Mugdan, Materialien 826), die reichsgesetzlich geordneten Vereinigungen der Regelung durch das BGB. zu entziehen. Wenn dies nun auch in § 22 bestimmten Ausdruck nicht gefunden hat, so folgt doch sicherlich nicht aus

der jetzigen Fassung des Paragraphen, der die Verleihung der Rechtsfähigkeit für die reichsgesetzlich geordneten Vereine dem BGB. entzieht, daß damit die Anwendung aller anderen Vereinsvorschriften gegeben sein solle. § 178.

Auch die eingehende Darlegung von Staub im Kommentar zum Ges. betr. GmbH. vermag nicht zu überzeugen. Er bekämpft etwas, was die Gegner seiner Theorie nie gesagt haben. Daß die ausschließliche Regelung des Aktienrechts sich nur auf die Vorschriften bezieht, die das Institut als solches betreffen, ist selbstverständlich. Der vereinsrechtliche Charakter, die Organisation, die besondere Gestaltung der Gesellschaft, sollten ihre ausschließliche Regelung im Gesetz erhalten; die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts aber, soweit sie sich nicht auf diese Gegenstände beziehen, treten ergänzend zur Seite; allerdings auch diese nur, soweit sie nicht aktienrechtlichen Prinzipien widersprechen (s. Anm. 11). Es wird niemand bestreiten, daß für Fragen, wie z. B., ob ein Minderjähriger oder Geisteskranker Aktien zeichnen kann, das bürgerliche Recht zur Anwendung kommt.

Die Frage ist praktisch im wesentlichen für folgende Fälle von Bedeutung: Anm. 7.

1. **Können auch nicht wirtschaftliche Gesellschaften die Form der Aktiengesellschaft wählen?** Dies wird auch von den Gegnern der hier vertretenen Ansicht meist bejaht (näheres Anm. 19 zu § 182).

2. § 29 BGB., der bestimmt, daß, **wenn Vorstandsmitglieder fehlen**, das Amtsgericht in dringenden Fällen solche bestellen kann, ist, wenn man obiger Ansicht beitritt, nicht anzuwenden, weil dies sicherlich eine Organisations-, eine vereinsrechtliche Frage betrifft. Gerade dies aber hat das KGJ. (23 A S. 105) entgegengesetzt entschieden. Anm. 8.

3. Dagegen ist anzunehmen, daß § 31, der die **Verantwortlichkeit des Vereins für die Vorstandsmitglieder** behandelt, Anwendung findet. Diese Frage ist keine aktienrechtliche, sie ist nicht im HGB. geordnet; die Vorschrift ist als allgemeingültige auch für die Aktiengesellschaften zu erachten (RG. bei Bauer 11, 181 und DJZ. 02, 53; vgl. aber Anm. 11). Anm. 9.

4. Ob eine Aktiengesellschaft **aus Gründen öffentlichen Rechts aufgelöst** werden kann (§ 43 BGB.), ist an sich, da auch dies eine vereinsrechtliche Frage ist, zu verneinen, soweit es nicht, wie in Preußen (im AG. z. BGB.) ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist. Der Umstand, daß Preußen eine ausdrückliche Bestimmung für nötig erachtet hat, spricht jedenfalls dafür, daß es § 43 nicht für anwendbar erachtet hat (für Versicherungsgesellschaften gelten besondere Vorschriften, vgl. § 67 PrivVersUntGes.). Anm. 10.

b) Die hier vertretene Ansicht hat eine weitere Stütze in den bereits erwähnten Entscheidungen des RG. betreffend die Anfechtung von Zeichnungen wegen Betrugs erhalten (vgl. Anm. 25 zu § 185). Hier sind ganz allgemein zivilrechtliche Normen, wie die, daß Willenserklärungen wegen Betruges anzufechten sind, daß die Gesellschaft für Vergehen ihres Vorstandes haftet, für die Aktiengesellschaft in gewissen Fällen ausgeschlossen, weil aktienrechtliche Prinzipien entgegenstehen. Man wird, dieser Theorie folgend, daher bei jeder Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze prüfen müssen, inwieweit sie Grundsätzen des Aktienrechts widersprechen (vgl. z. B. Anm. 6 zu § 218 und Marcus in SeuffA. 70, 83). Anm. 11

c) Um das Gesagte zusammenzufassen, gilt für die Anwendung der Vorschriften des BGB. folgendes: Anm. 12.

1. Die Vorschriften des BGB. über Vereine finden keine Anwendung;
2. die allgemeinen Bestimmungen des BGB. sind ergänzend anzuwenden, soweit sie aktienrechtlichen Grundsätzen nicht widersprechen.

C. **Ausländische Aktiengesellschaften** (Plotke in BoehmsZ. 10, 211). Anm. 13.

Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der ausländischen Aktiengesellschaften (für Versicherungsgesellschaften vgl. § 85 PrivVersUntGes.) richtet sich nach den Rechten ihres Sitzes (Art. 7 EG. z. BGB.). Allerdings bestimmt Art. 10 EG. z. BGB.:

Ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 BGB. erlangen

§ 178. könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrats anerkannt ist.

Es wird aber mit Recht angenommen (Cosack § 146, I, 14; Goldmann-Lilienthal 59, Anm. 26: Planck Anm. zu Art. 10; vgl. auch bei uns Anm. 4 zu § 33), daß sich diese Bestimmung nicht auf die Gesellschaften bezieht, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken und reichsgesetzlicher Regelung unterliegen (OLG. Kiel in OLGR. 5, 101; OLG. Hamburg v. 7. 11. 03 in OLGR. 8, 12). Wenn das OLG. Hamburg v. 23. 6. 03 (bei Bauer 11, 58) prinzipiell derartige Gesellschaften dem Art. 10 unterstellt, so berücksichtigt es nicht den singulären Charakter dieser Vorschrift, die eine Ausnahme von Art. 7 darstellt und ferner nicht, daß in der angezogenen Bestimmung des § 22 die reichsgesetzlich geregelten Gesellschaften ausgenommen sind. Selbstverständlich werden die ausländischen Gesellschaften meist nicht in allen Einzelheiten mit den Vorschriften des deutschen Rechts übereinstimmen. Es wird aber genügen, wenn die ausländische Rechtsform die wesentlichen Merkmale der deutschrechtlichen Aktiengesellschaft enthält, insbesondere also die beschränkte Haftung der Teilnehmer, die juristische Persönlichkeit, die Vertretung durch einen gewählten Vorstand. (Das RG. in DJZ. 04, 555 hat eine amerikanische Aktiengesellschaft nicht als rechtsfähig anerkannt, sondern als rechtsfähigen Verein angesehen.)

Anm. 14. Über inländische Zweigniederlassung ausländischer Aktiengesellschaften s. zu § 210.

II. Die Erläuterung des § 178.

Anm. 15. 1. **Der § 178 enthält keine Begriffsbestimmung der Aktiengesellschaft.** Absichtlich vermeidet es der Gesetzgeber, eine Definition zu geben (D. 128). Es ist auch zuzugeben, daß eine Definition vom gesetzgeberischen Standpunkte aus nicht gerade nötig ist und überdies ist sie im Grunde genommen sehr einfach. Eine Aktiengesellschaft ist ein Verein, welcher unter Erfüllung der wesentlichen Erfordernisse eines Aktiengesellschaftsvertrages errichtet und in das Handelsregister eingetragen ist. Das erstere, daß es ein Verein (jedoch nicht im Sinne des BGB., vgl. oben Anm. 6) ist, d. h. eine durch die Vereinigung von Personen gebildete juristische Person, war schon früher nicht zweifelhaft (vgl. z. B. RG. 23, 202) und kann jetzt noch weniger zweifelhaft sein (vgl. § 6 Abs. 2 HGB. und insbesondere § 210). Welches aber die wesentlichen Erfordernisse eines Aktiengesellschaftsvertrages sind, sagt § 182. Es sind die, deren Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung die Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge hat. (Hierüber später.)

Daraus, daß die Aktiengesellschaft ein Verein, eine Personenvereinigung ist, folgt, trotz der juristischen Selbständigkeit der Gesellschaft, daß eine Statutenbestimmung, die die Generalversammlung zum Schiedsrichter in Streitigkeiten der Gesellschaft mit den Aktionären bestellt, nichtig ist (RG. in DJZ. 03, 549).

Anm. 16. 2. **Anstatt der Definition gibt der vorliegende Paragraph einige Grundsätze,** die den Vorschriften über die Errichtung der Aktiengesellschaft zugrunde liegen und für das rechtliche Wesen der Aktiengesellschaft charakteristisch sind. Der weitere Ausbau dieser Grundsätze ist Sache der Einzelvorschriften.

Jene Grundsätze sind:

Anm. 17. a) **Die sämtlichen Mitglieder der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft beteiligt.**

Anm. 18. α) Sämtliche Mitglieder beteiligen sich mit Einlagen. Die Mitgliedschaft kann also nur erworben werden durch Einlegung eines Vermögenswertes. Freiaktien (actions gratuites) nach Art der Freikuxe, mit andern Worten „Mitgliedschaften ohne Leistungspflicht“ widerstreben dem Wesen der Aktiengesellschaft (Lehmann I 136). Daß sich die Mitglieder nur mit Einlagen beteiligen, ist nicht gesagt. Das alte HGB. hatte dies gesagt. Das jetzige hat es vermieden, weil es jetzt auch sonstige Leistungsversprechen gibt und die Mitgliedschaft unter Umständen nur dadurch erworben wird, daß außer der einmaligen Einlage

weitere periodische Leistungsverpflichtungen übernommen werden (§ 212). Es ist deshalb für das neue HGB. nicht richtig, wenn Lehmann I 137 sagt: „Jeder Aktionär ist als solcher nur den Betrag seiner Einlage schuldig; demnach nach Leistung seiner Einlage nichts weiter schuldig; das sei das wichtigste Grundrecht des Aktionärs, ja mehr als dies, das wichtigste Charakteristikum der Aktiengesellschaft, deshalb unverzichtbar ohne Aufgabe der Aktiengesellschaftsform."

β) „Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital" sind es, mit denen jedes einzelne Mitglied beteiligt ist. Dieser Ausspruch ist für sich nicht verständlich. Ja er ist sogar irreführend. Man könnte versucht sein, das hierin zum Ausdruck gebrachte Prinzip darin zu erblicken, daß das von den Gesellschaftern eingelegte Kapital in einzelne Beträge zerlegt wird und in dieser Weise das Beteiligungsverhältnis der Mitglieder an den Ergebnissen der Gesellschaft zum Ausdruck kommt. Anm. 19.

Allein die solchergestalt im Gesetz erfolgte Formulierung des Prinzips erweist sich als ungenau, wenn man die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes in Betracht zieht. Nicht immer wird nämlich gerade die Summe dessen, was eingelegt ist, in einzelne Beträge zerlegt, um das Beteiligungsverhältnis festzustellen. Denn da man unter Einlage füglich nichts anderes verstehen kann, als den Vermögenswert, den der Gesellschafter vertragsmäßig an die Gesellschaft zu leisten hat, damit er ein Teil des Gesellschaftsvermögens werde, als solcher den Zwecken der Gesellschaft diene und für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, auf dessen Rückgabe er keinen Anspruch hat und dessen Äquivalent in seinem Mitgliedsrecht liegt, so wird bei der Überpari-Emission (§§ 184, 278 Abs. 3) mehr eingelegt, als die Grundziffer beträgt, die in einzelne Beträge zerlegt wird, um das Beteiligungsverhältnis der einzelnen Gesellschafter festzusetzen.

So entspricht die in Teilbeträge zerlegte Grundziffer nicht notwendig der Summe der in Wahrheit eingelegten Vermögenswerte. Nicht das Einlagekapital wird in Aktien zerlegt, nicht darin also besteht das spezifische Wesen der Aktiengesellschaft, ihr Unterschied von anderen juristischen Personen, sondern darin, daß das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter zum Ausdruck gebracht wird in Teilbeträgen irgendeiner Grundziffer. Anm. 20.

So äußerlich das Merkmal auch erscheinen mag, so hohe Bedeutung hat es für den Verkehr. In Verbindung mit dem anderen Momente, daß die Einlage die Verpflichtung des Aktionärs regelmäßig erschöpft, liegt die Bedeutung der Aktie als eines Wertpapiers darin, daß ihr Wert nicht ausgedrückt wird in einer Quote des Gesellschaftsvermögens, sondern in einer bestimmten Ziffer.

Andererseits birgt dieses Moment große Gefahren in sich, weil eine solche fixe Ziffer den Schein erweckt, als stelle die Aktie einen unwandelbaren Vermögenswert dar, der dieser Ziffer gleichkommt, und als sei ein jener Grundziffer entsprechender Barbetrag von Anfang an vorhanden gewesen und stets vorhanden.

Den Gefahren, die dieser Schein in sich birgt, sucht der Gesetzgeber durch seine Einzelbestimmungen vorzubeugen.

Insbesondere hatte schon das Aktiengesetz von 1884 in dieser Hinsicht die Unterpari-Emission verboten und damit die Wahl der Grundziffer der Willkür entrückt, womit allerdings einem unhaltbaren Zustand ein Ziel gesetzt wurde. Denn nach früherem Recht konnte, wenn nur 100000 Mark eingelegt wurden, das Grundkapital auf 200000 Mark angegeben werden. Die Aktien wurden eben 50 % unter Pari ausgegeben. Jetzt muß die Grundziffer mindestens ebenso groß sein, wie das eingelegte Kapital.

Bis zu einem gewissen Grade bleibt jene Grundbeteiligungsziffer gleichwohl auch jetzt noch eine fiktive Ziffer. War sie es im hervorragenden Sinne bei der früheren Unterpari-Emission, so ist sie es, wenn auch nicht in so hervortretender Weise, in anderer Hinsicht noch heute. Sie ist es zunächst bei jeder Überpari-Emission. Denn wenn mehr eingelegt ist, als die Grundziffer der Beteiligung angibt, so ist in solchem Falle das, was der Gesetzgeber Einlagekapital nennt, nicht die Summe der Einlagen, sondern eine von den Schöpfern

§ 178. der Gesellschaft willkürlich gewählte Ziffer, welche bei Feststellung des Beteiligungsverhältnisses in Betracht kommen soll.

Jene Grundziffer oder, wie das Gesetz sagt, das Grundkapital ist ferner eine fiktive Ziffer immer dort, wo Sacheinlagen gemacht werden. Schätzungen sind und bleiben ewig Meinungssachen, keine objektiv feststehenden unverrückbaren Begriffe. Mindestens aber ist bei jeder Abweichung vom wahren Werte, nach unten oder nach oben, das sogenannte Grundkapital eine fiktive Ziffer; denn es ist dann mehr oder weniger eingelegt, als die Ziffer des Grundkapitals anzeigt. Ja auch bei Summeneinlagen ist sie eine fiktive Ziffer dann, wenn dieselben nicht voll geleistet sind; denn niemand weiß, ob alle Zeichner ihrer Zahlungspflicht auch voll genügen werden.

Und endlich wird jedes Grundkapital eine fiktive Ziffer in dem Augenblicke, in dem die Gesellschaft ihre Geschäfte beginnt. Gesetzt, die Gesellschaft erhielte bei ihrer Entstehung einen dem Grundkapital genau entsprechenden Barbetrag, so ist doch dieser Betrag in dem Augenblicke, wo die Gesellschaft ihr Geschäftsleben beginnt, einem unaufhörlichen Wechsel ausgesetzt, und jene ein für allemal festgesetzte Grundziffer, genannt Grundkapital, wird zur Fiktion. Sie ist nur eine Ziffer, ein Rechnungsfaktor. Sie zeigt an, wie viel an Werten (wenigstens nach der Schätzung der bei der Einbringung Beteiligten) als Gegenwert für die Ausgabe der Aktien mindestens geleistet worden ist oder wenigstens geleistet werden sollte. Sie wird ferner als Grundziffer einer Berechnung benutzt, um auszurechnen, wie hoch die Beteiligung des einzelnen Mitgliedes an den Ergebnissen der Gesellschaft ist, und sie zeigt endlich an, welcher Betrag am Gesellschaftsvermögen mindestens vorhanden sein muß, ehe an eine Verteilung von Gewinnen an die Mitglieder herangetreten werden kann, oder mit anderen Worten: welchen Betrag reinen Aktivvermögens die Gesellschaft ihren Gläubigern unter allen Umständen zu reservieren verspricht (vgl. hierüber auch Lehmann I 158 ff.).

Anm. 21. γ) Einlagen sind nur auf das Grundkapital zulässig. Das RGZ. (8, 16) hat daher mit Recht einen neben dem Grundkapital gebildeten Dispositionsfonds für den Aufsichtsrat für unzulässig erklärt.

Anm. 22. b) **Die Mitglieder haften nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Daß nicht alle haften, macht sie zur juristischen Person (darüber, daß die Aktiengesellschaft juristische Person ist, s. insbesondere Anm. 1 zu § 210); daß keines haftet, unterscheidet sie von der Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei welcher neben der Gesellschaft der Komplementar persönlich für die Vereinsschulden haftet.

Eine scheinbare Ausnahme von diesem Prinzip bildet § 217. Dort ist eine direkte Haftung des Aktionärs gegenüber den Gläubigern für den Fall angeordnet, daß er den Vorschriften des Gesetzbuchs zuwider Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat. Allein hier ist nicht die Aktionäreigenschaft, sondern die rechtswidrige Ausübung der Aktionäreigenschaft der Rechtsgrund für die Haftung.

§ 179.

§ 179. Die Aktien sind untheilbar.

Sie können auf den Inhaber oder auf Namen lauten.

Aktien, die vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden, dürfen nicht auf den Inhaber lauten. Das Gleiche gilt von Antheilscheinen, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden (Interimsscheine).

Werden auf Namen lautende Aktien vor der vollen Leistung der Einzahlungen ausgegeben, so ist der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Urkunden anzugeben.

Lit.: Kusenberg, Die Rechtseigenart der Aktienurkunde.

§ 179.

Der Paragraph gibt einige Einzelbestimmungen über die Aktie (hier im Sinne der Aktienurkunde. Das Wort „Aktie" wird im Gesetz auch für einen Teil des Grundkapitals, sowie für die Rechtstellung des Aktionärs, das Aktienrecht, gebraucht).

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Die Aktien sind unteilbar.** Das bedeutet: Es kann das Aktienrecht nicht der Gesellschaft gegenüber derart zerlegt werden, daß mehrere Mitgliedschaften daraus entstehen. Die herrschende Ansicht nimmt aber (entgegen der 6./7. Aufl.) mit Recht an, daß diese Vorschrift die Gesellschaft nicht an sonst dem Gesetze entsprechenden Maßregeln hindert, die eine Teilung der Aktien, natürlich unter Berücksichtigung des Mindestbetrages, zur Folge haben. Sie kann daher z. B. im Wege der Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals beschließen, daß statt bisheriger 600 Aktien zu 4000 Mk. 1200 Aktien zu 2000 Mk. vorhanden sind (OLG. Hamburg in OLGR. 4, 253; bestätigt von RG. bei Bauer 10, 110; ferner Makower I 357; Lehmann I 187; Lehmann-Ring Nr. 2; Goldmann Anm. 8).

Der Aktionär kann die Zerlegung nicht vornehmen. Dagegen ist es zulässig, daß eine Aktie mehreren Mitberechtigten zusteht (§ 225), sei es zum ideellen Miteigentum, sei es zum Eigentum zur gesamten Hand. Es folgen in diesem Fall die Aktien den Vorschriften über unteilbare Sachen, mehrere Inhaber haften als Gesamtschuldner (§ 431 BGB.); haben mehrere eine Aktie zu fordern, so ist an alle zu leisten oder zu hinterlegen (§ 432 BGB.).

Nicht von der Aktie können die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte losgelöst werden, wohl aber ist dies zulässig in betreff der Rechte auf vermögensrechtliche Bezüge, derart, daß das Recht, auf die Gestaltung derselben durch Teilnahme an den Gesellschaftsbeschlüssen mitzuwirken, bei der Aktie verbleibt. Hierauf beruht die Zulässigkeit der Schaffung von selbständig übertragbaren Dividenden- und Genußscheinen, ferner die Möglichkeit, Bezugsrechte bei Kapitalserhöhungen selbständig zu veräußern. Näheres hierüber s. Anm. 24 ff.

Anm. 2.

2. (Abs. 2.) **Die Aktien können auf den Inhaber oder auf den Namen lauten.** Dieselbe Gesellschaft kann auch beide Arten von Aktien ausgeben (vgl. § 183 Abs. 2). Die Namensaktie ist ein sogenanntes Orderpapier und als solches durch Indossament, auch durch Blankoindossament übertragbar. Es kann aber das Statut bestimmen, daß die Veräußerung nur mit Genehmigung der Gesellschaft gestattet ist und zwar ganz allgemein (§ 222 Abs. 2), also nicht nur im Falle des § 180 und des § 212. Der Name muß der einer bestimmten physischen oder juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft sein; auch mehrere Berechtigte können genannt sein (vgl. § 225); beim Einzelkaufmann kann die Aktie auch auf seine Firma lauten (§ 17). Die Ausstellung auf den Inhaber macht die Aktie zum Inhaberpapier im weiteren Sinne, doch nicht zur Schuldverschreibung auf den Inhaber, im Sinne des § 793 BGB. Denn was die Aktie verbrieft, geht weit über „das Versprechen einer Leistung" hinaus. Es greifen daher die §§ 793 ff. BGB. nicht schlechtweg auf sie Platz. Vielmehr kann nur eine entsprechende Anwendung insoweit stattfinden, als die Sondernatur der Aktie als der Verbriefung eines Mitgliedschaftsrechts und die Sondervorschriften des Aktienrechts nicht entgegenstehen (näheres Anm. 16 ff. zu § 223).

Anm. 3.

3. (Abs. 3 u. 4.) **Aktien, die vor der Volleinzahlung ausgegeben werden, müssen auf den Namen lauten, Interimsscheine müssen stets auf den Namen lauten.**

a) **Aktien, die vor der Volleinzahlung ausgegeben werden,** müssen auf den Namen lauten. Die Vorschrift enthält eine Änderung des früheren Rechts. Früher durften Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrages oder des etwaigen höheren Ausgabepreises überhaupt nicht ausgegeben werden (Art. 15c Abs. 3); in Zukunft ist dieses Verbot auf Inhaberaktien beschränkt, während die Ausgabe der Namensaktien vor der Vollzahlung gestattet, und hierbei nur der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Aktienurkunden anzugeben ist. Daß Aktien vor der Vollzahlung nicht auf den Inhaber lauten dürfen, dafür liegt der Grund darin, daß das Gesetz grundsätzlich den zeitigen Aktionär in erster Linie für die Vollzahlung der Aktie haften läßt. Erst subsidiär sind die Zeichner und eingetragenen Zwischenmänner zur Zahlung verbunden (§§ 218 ff.). Um diese Haftung der späteren Erwerber einer Aktie nicht hinfällig zu machen, bedurfte es des Verbots der Ausstellung von Inhaberaktien vor der Vollzahlung.

§ 179. — Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall der Bareinlage, eine entsprechende Anwendung auf den Fall der Sacheinlage ist (gegen Makower I 360) nicht angängig. Es ist trotz des Wortes „Leistung" in Abs. 2, das an sich Sacheinlagen mit umfassen würde, aus dem Worte „Einzahlungen" in Abs. 4 zu schließen, daß das Gesetz die Ausdehnung nicht gewollt hat.

Durch die Zulassung der Ausgabe vor Volleinzahlung ist die frühere Streitfrage, ob Versicherungsgesellschaften, bei denen die Einlage zum Teil in Wechseln geleistet ist, Aktien ausgeben können, im bejahenden Sinne gelöst.

Anm. 4. Werden der Vorschrift zuwider Inhaberaktien vor der Vollzahlung ausgegeben, so sind dieselben nicht nichtig (in § 209 ist dieser Fall nicht mit erwähnt). Das bedeutet das Wort „dürfen nicht". Hätte die Nichtigkeit die Folge sein sollen, so hätte es heißen müssen „können nicht". Vgl. Planck I 28 und Goldmann Anm. 22.

Dazu tritt aber die Schadensersatzpflicht und Strafbarkeit der Verwaltungsorgane nach § 241 Nr. 4, § 249 Abs. 3 und § 314 Nr. 2.

Anm. 5. b) **Interimsscheine.** Sie dürfen niemals auf den Inhaber lauten.

Unter den Interimsscheinen im Sinne dieses Paragraphen sind nur solche zu verstehen, in denen die Gesellschaft das Mitgliedsrecht provisorisch bestätigt vor Ausgabe der Aktienbriefe (RG. 31, 31 und RG. 49, 22; D. 129). Entspricht der Schein diesen Erfordernissen, so kommt es auf die Bezeichnung desselben nicht an. Hiernach fallen bloße Quittungen über gezahlte Einlagebeträge nicht darunter, auch wenn sie Interimsscheine genannt werden sollten: sie brauchen demgemäß auch nicht als Interimsscheine versteuert zu werden; wohl aber sogenannte „Quittungsbogen", wie sie im Verkehr üblich sind, in denen nicht nur über die Zahlung quittiert, sondern gleichzeitig das Anteilsrecht zum Ausdruck gelangt ist (RG. 22, 118; 30, 18). Es fallen darunter ferner nicht Scheine, in denen zwar der Aktienbezug zugesichert wird, aber nicht von der Gesellschaft, sondern von den Gründern. Aber auch von der Gesellschaft ausgegebene Scheine, in denen der Aktienbezug zugesichert wird, sind nicht notwendig Interimsscheine, sondern nur dann, wenn schon ein wirkliches Anteilsrecht und ein Recht auf Aushändigung von Aktien gegen Vollzahlung gewährt wird (RG. 49, 22). Andererseits sind Urkunden, die sich als Interimsscheine bezeichnen, aber inhaltlich alle Erfordernisse von Aktien haben, wirkliche Aktien (vgl. das zitierte RGErk. und LG. Berlin I bei Bauer 5, 177). Die Ausgabe wirklicher Interimsscheine setzt die Existenz der Gesellschaft voraus (§ 209 Abs. 2). Und endlich sei der Deutlichkeit wegen hervorgehoben, daß von diesen Anteilsscheinen, wie das Gesetz die Interimsscheine nennt, wohl zu unterscheiden sind die oben in Anm. 1 erwähnten und dort für ungültig erklärten. Die letzteren haben zum Inhalt die Gewährung eines Anteilsrechts an einer ausgegebenen Aktie, die hier in Rede stehenden haben die Zusicherung einer vollen Aktie, eines Anteils an der Gesellschaft zum Gegenstande.

Interimsscheine dürfen ausgegeben werden, wenn die Aktien noch nicht voll gezahlt sind. Aber es kann vor der Vollzahlung auch eine Namensaktie ausgegeben werden und umgekehrt kann der Interimsschein auch nach der Vollzahlung ausgegeben werden. Es hat jedoch in diesem Falle der Aktionär ein Recht auf Ausgabe einer Aktie (vgl. Anm. 11).

Wird der Interimsschein vor der Vollzahlung ausgegeben, so braucht er den Betrag der geleisteten Einzahlungen nicht zu enthalten. Abs. 4 ist auf ihn nicht anwendbar. Meist wird er aber diese Angabe enthalten.

Anm. 6. Der Interimsschein kann auch über mehrere Anteilsrechte lauten (RG. 22, 118).

Auf den Inhaber ausgestellte Interimsscheine sind nichtig (§ 209 Abs. 2).

Über die Form des Interimsscheins s. im übrigen Anm. 1 zu § 181.

Anm. 7. Die materielle Bedeutung des Interimsscheins anlangend, so ist zu bemerken, **daß der Interimsschein das volle Mitgliedsrecht gewährt** (RG. 5, 193; 36, 40): volles Stimmrecht, volles Dividendenrecht, volles Recht auf die Liquidationsraten (RG. 33, 17). Darauf, wieviel eingezahlt ist, kommt es nicht an, nur hinsichtlich der Liquidationsraten kommt dies in Betracht (vgl. § 300). Auch ist der Interimsschein ein Wertpapier, wie die Aktie (RG. 31, 31; 36, 38). Dennoch sind Aktien und Interimsscheine nicht fungible Dinge. Wer

seiner Einlagepflicht voll genügt hat, kann Aktien verlangen (vgl. Anm. 11). Wer zur **§ 179.** Lieferung von Aktien verurteilt ist, genügt dem Urteil nicht, wenn er sich zur Lieferung von Interimsscheinen erbietet (Bolze 1 Nr. 1188).

Zusatz 1. Daß die Aktie als Trägerin des verbrieften Rechts die Bedeutung einer Anm. 8. **selbständigen Sache hat** (RG. 22, 129 und 31, 22), kann nach dem neuen bürgerlichen Recht nicht ohne weiteres gesagt werden. Denn Sachen sind fortan nur noch körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.), und nur Inhaberpapiere, also auch Inhaberaktien, gehören zu den Sachen. Das letztere ist zwar nicht allgemein ausgesprochen, gilt aber wohl allgemein, da die einzelnen Stellen hiervon anscheinend wie von etwas Selbstverständlichem ausgehen (vgl. §§ 935 Abs. 2; 1006 Abs. 1; 1362 BGB.). Auch Orderpapiere mit Blankoindossament werden offenbar den körperlichen Sachen zugerechnet (Endemann I 228; vgl. § 1362 BGB.). Dagegen kann dies von Orderpapieren ohne Blankoindossament nicht angenommen werden.

Jedenfalls aber ist die Aktie ein Wertpapier (vgl. Anm. 39), und in vielen Beziehungen Anm. 9. werden alle Wertpapiere wie bewegliche Sachen behandelt (vgl. z. B. § 783 BGB.; ferner §§ 372 ff. BGB. wegen der Hinterlegung). Weiteres über die Inhaberaktien s. Zusatz 4 zu § 223; über die Namensaktien in den Erl. zu §§ 222 und 223.

Zusatz 2. Die Ausgabe von Aktienurkunden ist obligatorisch. Es ist dies zwar nicht Anm. 10. ausdrücklich im Gesetz gesagt. Dennoch folgt es deutlich aus den Vorschriften des Gesetzes, so insbesondere aus dem vorliegenden Paragraphen Abs. 3; vgl. ferner § 180 und § 278; ROHG. 19, 232; Ring 156; Behrend § 117; Petersen-Pechmann 14; Pinner 5. Es muß (entgegen der 6./7. Aufl.) für zulässig erachtet werden, daß über mehrere Aktienrechte eine Urkunde ausgestellt wird, da dies im Gesetz nicht verboten ist (Keyßner in ZHR. 32, 256; Lehmann I 197; Goldmann Anm. 17). Immerhin dürfte dies kaum zweckmäßig sein und selten vorkommen (über ausländische Aktienbriefe, die über mehrere Anteile ausgestellt sind, vgl. RG. 42, 39).

Jedoch folgt aus dem Anm. 10 erwähnten Rechtssatz nicht, daß der Staat die Aus- Anm. 11. gabe der Urkunden erzwingen könne, etwa zur Vermeidung von Kriminal- oder Stempelstrafen (RGSt. 8, 34). Auch hängt von der Ausgabe der Aktien nicht der Bestand der Aktiengesellschaft (RGSt. 31, 403), noch der Bestand des Aktienrechts ab (RG. 31, 17; 41, 13, 14, 34, 110; 49, 25, 52, 417; KGJ. 14, 33). Vielmehr bedeutet das nur, daß jeder Aktionär die Ausgabe der auf ihn entfallenden Aktien verlangen kann. Dieses Recht ist durch Mehrheitsbeschluß unentziehbar; der Aktionär braucht nur gegen Aushändigung einer Aktie Vollzahlung zu leisten (Lehmann I 197; Behrend 788). Wenn aber alle Aktionäre einverstanden sind, so bleibt es bei der Nichtausgabe von Aktien (Makower I 355; anders Lehmann I 198). Die Aktiengesellschaft kann auch so bestehen; die Legitimation der Aktionäre zur Ausübung der Aktionärrechte wird, wenn Aktien nicht ausgegeben sind, auf andere Weise geführt (RG. 34, 115; RGSt. 31, 403; vgl. auch KGJ. 14, 27). Die Aktiengesellschaft kann sich auch wieder auflösen, ehe sie Aktienurkunden ausgegeben hat (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1285; vgl. auch den Fall im RG. 34, 110). Das Aktienrecht kann endlich, auch wenn noch keine Aktienurkunde oder ein Interimsschein ausgegeben ist, veräußert werden. Dies leugnen Lehmann-Ring (Nr. 3 zu diesem Paragraphen, Nr. 5 zu § 223 gegen Goldmann Anm. 13 und RG. 34, 115; sowie 52, 923) entgegen dem auch von ihnen anerkannten Prinzip, daß der Erwerb des Aktionärrechts nicht an die Ausgabe von Aktien gebunden ist. Ihr Grund, daß der Gesellschaft gegenüber der Nachweis nur durch Vorlegung der Aktie geführt werden kann, ist formalistisch. Sind keine Aktien ausgegeben, so kann die Gesellschaft die Legitimation durch Vorlegung von Aktien nicht fordern; der Aktionär hat sich dann auf andere Weise zu legitimieren (ebenso Lehmann II 87).

Allerdings ist dabei zu bemerken, daß wenn die Auslegung eines Vertrages ergibt, daß Aktienurkunden geliefert werden sollen, und sich herausstellt, daß solche nicht ausgegeben sind, ein Vertrag über eine unmögliche Leistung vorliege (RG. 52, 423). Ferner ist, wenn Aktien ausgegeben sind, ihr Besitz zur Ausübung der Rechte nötig (Jacobi, Wertpapiere 351 Anm. 5).

Zusatz 3. Über die äußere Form der Aktien und Interimsscheine s. Anm. 1—3 zu § 181. Anm. 12.

§ 179. **Zusatz 4. Die Stempelpflichtigkeit der Aktien und Interimsscheine** richtet sich nach dem Anm. 13. Reichsgesetz vom 14. 6. 00. Dannach beträgt der Stempel für inländische **Aktien** 2% vom Nennwert, zuzüglich des Betrags, zu denen sie höher, als der Nennwert lautet, ausgegeben sind. **Nennwert** ist die äußere Bezeichnung, die der Aussteller dem Papier verleiht (RG. in ZgA. 14, 173); bei dem **Agio** ist nur der Betrag der wirklichen Mehrzahlung, nicht aber die Übernahme von Stempel und Stückzinsen durch den Zeichner zu berechnen (RG. 55, 43). Ist kein bestimmter Betrag, zu dem die Aktien ausgegeben werden, vereinbart, z. B. wenn eine Aktiengesellschaft eine andere im Wege der Fusion übernimmt und als Gegenleistung den Aktionären der übernommenen Gesellschaft ihre im Wege der Kapitalserhöhung neu ausgegebenen Aktien gibt, so ist der Wert der letzteren zu schätzen. Es ist hierbei zu erwägen, welchen Wert die Gesamtgegenleistung hat, woraus sich der Wert der einzelnen Aktie ergibt. Ausgeschlossen ist auch nicht, daß der Kurswert der Aktien der übernehmenden Gesellschaft zugrunde gelegt wird (RG. bei Holdheim 13, 265 und Anm. 29 zu § 306).

In gleicher Weise sind **Interimsscheine** mit 2% vom Betrage der beteiligten Einzahlungen zu versteuern; der versteuerte Betrag der Interimsscheine wird auf den Betrag der zu versteuernden Aktien angerechnet. Der Umtausch der Interimsscheine gegen die definitiven Stücke gilt nicht als Anschaffungsgeschäft (Allg. Anweis. zum Reichsstempelgesetz 6 D).

Die Stempelpflicht beginnt mit der **Ausgabe** d. h. mit der wirklichen Zuteilung der Aktienurkunden (RGSt. 31, 400).

Bei Zuwiderhandlungen haften sämtliche Vorstandsmitglieder (RGSt. 11, 433).

Anm. 14. Von der **bevorstehenden Ausgabe** haben die Mitglieder des Vorstandes die Stempelbehörde zu unterrichten (§ 3 des Reichsstempelgesetzes). Sonst sind sie strafbar und auch Dritte, welche die Ausgabe ins Werk setzen (RGSt. 31, 406). Die Ausgabe steht bevor, wenn die Generalversammlung die Beschlüsse gefaßt hat, nicht aber schon, wenn die betreffenden Anträge angekündigt sind (RGSt. 21, 90; 25, 145). Auch bei der Simultangründung gilt diese Anzeigepflicht, Emittenten sind in solchem Falle in erster Linie die Gründer (RGSt. 25, 145; 31, 406). Der Stempel ist zu entrichten bei Ausgabe der Urkunden; der Stempel ist ein Urkundenstempel: ohne Urkundenausgabe keine Stempelpflicht (RGSt. 8, 34; 17, 433; vgl. Anm. 11). Ausgabe ungestempelter Aktien, sowie jedes sonstige Rechtsgeschäft über ungestempelt ausgegebene Aktien macht ebenfalls strafbar. **Diesen Stempel hat die Gesellschaft zu entrichten** (RG. 22, 127; 26, 34; Bolze 11 Nr. 476).

Anm. 15. **Außer dieser Urkundensteuer ist noch ein Geschäftsstempel zu entrichten.** Das Gesetz vom 14. Juni 1900 versteuert nämlich auch die Anschaffungsgeschäfte über Aktien und stellt, nachdem das Plenum des Reichsgerichts die Übernahme der Aktien bei Gründung als Anschaffungsgeschäft nicht angesehen hatte (RG. 31, 17), diese Übernahme der Aktien und die Zuteilung von Aktien bei Errichtung einer Aktiengesellschaft auf Grund vorhergehender Zeichnung und die Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber den Anschaffungsgeschäften gleich (Tarif Nr. 4). Dabei ist natürlich nicht eine dreifache Steuer zu entrichten: für die Übernahme, die Zuteilung und die Ausreichung, sondern nur für die Übernahme bei der Simultangründung im Fall, daß die Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt, bzw. für die Zeichnung und Zuteilung bei der Sukzessivgründung für den Fall, daß die Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt. Die Erwähnung der Ausreichung an den ersten Erwerber bezieht sich mehr auf den Fall der Kapitalserhöhung (vgl. auch RG. 39, 130). — Der Stempel beträgt $^{2}/_{10}$ vom Tausend. — Verpflichtet zur Tragung des Stempels sind die Gründer bzw. Zeichner (vgl. RG. 22, 127; 26, 34; Bolze 11 Nr. 476).

Anm. 16. **Endlich aber führt das preußische Stempelgesetz vom 31. Juli 1895 eine dritte Steuer ein:** Der Gründungsvertrag muß mit $^{1}/_{50}$% und, wenn dabei Mobilien eingebracht werden, mit $^{1}/_{3}$%, wenn Forderungsrechte eingebracht werden mit $^{1}/_{50}$%, wenn Grundstücke inferiert werden, sogar mit 1% des Werts versteuert werden (Tarif Nr. 25). Die Gültigkeit dieser preußisch-rechtlichen Stempelvorschrift, insbesondere in betreff der Besteuerung der Sach-

einlagen, war in der 6./7. Aufl. (vgl. auch Staub bei Holdheim 9, 101 und in DJZ. 00, 221) bestritten. Die hierfür angeführten Gründe, daß nach § 18 des Reichsstempelgesetzes Geschäfte, die mit dem Reichsstempel belegt sind, einer landesgesetzlichen Stempelabgabe nicht unterworfen werden dürfen und daß die Beteiligung an der Aktiengesellschaft durch Einbringung von Sachen gegen Gewährung von Aktien ein einheitliches Geschäft ist, das nicht in zwei Teile gespalten werden dürfe, sind durchaus der Beachtung wert (vgl. Heinitz in DJZ. 98, 263 u. Komm. zum Stempelgesetz 3. Aufl. zu Tarif Nr. 23 Anm. IV C.; dagegen Fleck bei Holdheim 7, 288). Das Reichsgericht hat sich aber in dauernder Praxis auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt (RG. 45, 103 und in JW. 01, 146[19]; 00, 299[19]; 00, 577[31]; 00, 578[32]; 00, 609[16]), der daher auch bis zu einer etwaigen Änderung der Rechtsprechung die Praxis beherrschen wird. § 179.

Hierbei ist aber folgendes zu bemerken:

1. Landesgesetzlich besteuert wird nur das Einbringen von Immobilien, Mobilien und Forderungen; nicht aber jede sonstige Leistung, z. B. nicht die Verpflichtung, ein Werk herzustellen (RG. in JW. 01, 146[19]). Wird nicht das Eigentum eines Grundstücks, sondern das Recht auf Auflassung eingebracht, so ist nicht 1% sondern 1/30% für Einbringung einer Forderung zu versteuern. Anm. 17.

2. Wenn Aktien eingebracht werden, so ist nur der Anschaffungsstempel, nicht aber ein Landesstempel zu verwenden (RG. 51, 351). Anm. 18.

3. Tarif Nr. 25c des preußischen Gesetzes kommt nicht nur zur Anwendung, soweit die Einbringung gegen Gewährung von Aktien erfolgte, sondern auch, soweit über den Aktienanteil hinaus Leistungen gegen Barzahlung oder sonstige Vergütungen erfolgen (RG. 51, 386 und in Gruchot 46, 1195; dagegen RG. in JW. 00, 609[16]). Anm. 19.

4. Nach dem preußischen Stempelgesetz kommt auf die Stempel für Einbringung der Errichtungsstempel zur Anrechnung, wenn Errichtung und Einbringung gleichzeitig beurkundet werden. Hierbei kommt der ganze Errichtungsstempel, nicht nur der auf den durch Einbringung gedeckten Teil des Aktienkapitals fallende Stempel, zur Anrechnung (RG. 46, 239). Anm. 20.

5. Verpflichtet zur Zahlung der preußischen Stempelsteuer sind nach § 12a des Stempelgesetzes die Teilnehmer am Gründungsvertrage; nicht etwa die erst später in das Leben tretende Gesellschaft. Anm. 21.

Zusatz 5. Anwendung auf die älteren Gesellschaften.

a) Die Vorschrift, daß die Aktie unteilbar ist, aus der folgt, daß Anteilscheine nicht ausgegeben werden können, ist zwar keine Änderung gegen das Recht des früheren HGB., wohl aber eine Änderung gegen das Recht vor der Aktiennovelle von 1884. Auf diese Gesellschaften ist aber ebenfalls das Verbot anwendbar. Aber Anteilscheine aus dieser früheren Zeit sind nach wie vor gültig (vgl. Lehmann-Ring Nr. 8; Anm. 2ff. zu § 178).

b) Die Vorschrift, daß Namensaktien auch vor der Vollzahlung ausgegeben werden können, ist eine Erleichterung, von der auch die bestehenden Gesellschaften Gebrauch machen können (vgl. Anm. 2ff. zu § 178). Anm. 22.

c) Daß aber vor der Vollzahlung keine Inhaberpapiere ausgegeben werden können, daran sind auch die früheren Gesellschaften, d. h. die vor der Aktiennovelle von 1884 errichteten, gebunden. Haben sie aber schon vor der Aktiennovelle Inhaberpapiere vor der Vollzahlung ausgegeben, so sind dieselben gültig (Lehmann Ring Nr. 8; vgl. Anm. 2ff. zu § 178). Anm. 23.

Zusatz 6. Genußscheine (Lit: Klemperer, Die rechtliche Natur der Genußscheine, Halle 98). Anm. 24.

I. **Begriff.** Als Genußscheine, die im Gesetz Erwähnung nicht gefunden haben, und die lediglich die Praxis geschaffen und ausgebildet hat, werden verschiedenartige Rechtsgebilde bezeichnet (RG. 30, 16 und 49, 13), die aber nach der hier vertretenen Ansicht alle das gemein haben, daß sie **Aktionärrechte nicht gewähren.** Die Bedeutung eines Genußscheines, seine Unterordnung unter eine der verschiedenen, zu erörternden Arten, hängt von dem Inhalt des Scheins ab (RG. 49, 13; PrOVGSt. 10, 291). Gemeinsam ist allen, daß sie Anteile am Gewinn ev. auch am Liquidationserlöse gewähren.

§ 179. II. Arten.

Anm. 25. 1. Soweit Interessenten gewisse Vorzugsrechte gewährt werden, ohne daß diese an die Aktien geknüpft werden, z. B. soweit Darlehnsgläubigern, Obligationären, auch Gründern besondere Vorzugsrechte auf Dividende gewährt sind, liegen unzweifelhafte Gläubigerrechte vor (RG. 49, 10; OLG. Dresden bei Holdheim 10, 97 und 11, 105; RG. bei Holdheim 11, 259; OLG. Dresden bei Holdheim 10, 97; LG. Dresden bei Holdheim 11, 108; OLG. Hamburg bei Holdheim 13, 168). Die Inhaber dieser Genußscheine haben keinen Einfluß auf die Geschäftsführung; sie brauchen nur die Änderung der Beeinträchtigung ihrer Rechte durch die Aktionäre nicht zu dulden (vgl. die zitierten Entscheidungen).

Der gleichen Beurteilung unterliegen die Genußscheine, die Aktionären bei Einforderung von Zuzahlungen ohne Erhöhung des Aktienkapitals gegeben werden (RG. 30, 17; KGJ. 24 A S. 70; PrOVGSt. 9, 240). Auch hier besteht lediglich ein obligatorisches Recht auf einen Anteil am Reingewinn.

Anm. 26. 2. Eine andere Art von Genußschein ist Zubehör des Aktienrechts. Vorzugsaktien werden oft in der Weise geschaffen, daß den neuen Aktien besondere Anteile am Gewinn und am Liquidationserlös gewährt werden, und diese besonderen Anteile werden durch Genußschein besonders verbrieft. In neuerer Zeit werden auch bei bestehenden Aktien für einen Teil der Ansprüche auf vermögensrechtliche Bezüge besondere Urkunden erteilt, die ebenfalls Genußscheine genannt werden. Es wird z. B. bestimmt: Von dem Reingewinn werden fortan zunächst 5 % als ordentliche Dividende an die Inhaber der Dividendenscheine gezahlt, sodann 10 % an die Inhaber von Genußscheinen, welche jetzt ausgegeben werden, bis zu 50 Mk. auf jeden Genußschein, und der Rest wird wiederum als Dividende verteilt; von dem Liquidationserlöse wird zunächst der Nominalbetrag der Aktien, sodann bis 1000 Mk. an die Genußscheininhaber gezahlt, der Rest wiederum an die Aktionäre.

In den Genußscheinen der letzteren Art liegt nichts als eine willkürliche Verteilung der vermögensrechtlichen Bezüge auf mehrere Urkunden vor (vgl. Leist, Sanierung 110).

Anm. 27. Der Schaffung solcher Genußscheine steht rechtlich nichts entgegen, insbesondere nicht der § 179. Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Aktie ist nicht verletzt. Das Aktienrecht wird hierdurch ebensowenig geteilt, wie durch die Schaffung von Dividendenscheinen. Wie es dem offenen Gesellschafter trotz der Unübertragbarkeit seines Gesellschaftsanteils freisteht, den Anspruch auf die vermögensrechtlichen Bezüge, wie sie sich nach ihrer Fälligkeit darstellen werden, jederzeit abzutreten (vgl. Anm. 12 zu § 109), so steht es dem Aktionär frei, seine Rechte auf Dividende und Liquidationserlös, wie sich diese nach ihrer Fälligkeit gestalten werden, jederzeit abzutreten. Um diese Abtretung leichter zu bewirken, können Urkunden geschaffen werden, durch die solche später fälligen Rechte verbrieft werden, und nichts anderes liegt in der Schaffung derartiger Genußscheine vor. Die Unteilbarkeit des Aktienrechts im Sinne des § 179 ist dadurch nicht gestört; denn das durch den Genußschein verbriefte Recht hat keine selbständige Existenz, es geht unter mit dem Untergange des Aktienrechts; auf die Gestaltung der Bezüge durch Ausübung seiner gesellschaftlichen Herrschaftsrechte hat lediglich der Inhaber der Aktie Einfluß und eine Teilung dieser Rechte erfolgt nicht und kann nicht erfolgen (vgl. Klemperer 92; OLG. Dresden bei Holdheim 6, 279).

Anm. 28. 3. Streitig ist die Rechtsnatur derjenigen Genußscheine, die an Stelle amortisierter Aktien treten. Klemperer und ihm folgend Fuld in ZHR. 12, 216, Lehmann-Ring Nr. 8 zu § 227, Meyer bei Holdheim 9, 53, PrOVGSt. 10, 293 lassen derartige Genußscheine an Stelle der Aktien treten, gewähren ihnen insbesondere das Stimmrecht. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden (vgl. auch Goldmann Anm. 33 und Leist, Sanierung 116). Es mag zugegeben werden, daß es Genußscheine geben kann, die wirkliche Aktienrechte darstellen und nur den falschen Namen „Genußscheine" führen. Aber als solche sind keinesfalls die Urkunden anzusehen, die an Stelle amortisierter Aktien treten. Die Aktie stellt eine Urkunde über einen Teil der Einlage am Grundkapital dar. Sie ist begriffsmäßig mit dieser Einlage verbunden. Wird die Einlage zurückgezahlt, so fehlt der Aktie der gesetzmäßig nötige Gegenwert; sie muß

also von Rechts wegen erlöschen; ihr Inhaber muß die Aktienrechte verlieren. Nähme man dies nicht an, so wäre nicht verständlich, zu welchem Zweck die eingehenden Bestimmungen über die Zahlung der Einlage, über die Erhaltung des Grundkapitals getroffen worden sind. Aktien ohne Gegenwert können weder bei der Gründung ausgegeben, noch können sie später durch Rückzahlung der Einlage geschaffen werden (ebenso LG. Mannheim in BadRpr. 4, 281). § 179.

Danach sind auch die Inhaber von Genußscheinen, die an Stelle amortisierter Aktien getreten sind, nicht Aktionäre, sie haben kein Stimmrecht; es kann ihnen auch solches nicht gewährt werden, da nur Aktionären das Stimmrecht zusteht. Sind alle Aktien amortisiert, so tritt der Anm 19 zu § 292 erörterte Fall ein, gleichviel ob Genußscheininhaber vorhanden sind; die Gesellschaft ist dann eo ipso aufgelöst.

III. **Stempelfrage.** Nach dem Gesetz vom 14. Juni 1900 unterliegen Genußscheine einer Abgabe von 50 Pf., wenn sie an Stelle amortisierter Aktien treten, sonst von 15 Mk., wenn es sich um inländische, von 30 Mk., wenn es sich um ausländische Urkunden handelt. Stellen sich die Genußscheine ihrem Inhalt nach als Schuldverschreibungen dar, so sind sie als solche zu versteuern (RG. 54, 25; vgl. Anm. 18 zu § 213). Durch die Abstempelung der Aktien dahin, daß das Bezugsrecht auf den Genußschein ausgeübt ist, wird eine Stempelpflicht nicht begründet (RG. in JW. 98, 674[46]). Anm. 29.

§ 180.

Die Aktien müssen auf einen Betrag von mindestens eintausend Mark gestellt werden. § 180.

Für ein gemeinnütziges Unternehmen kann im Falle eines besonderen örtlichen Bedürfnisses der Bundesrath die Ausgabe von Aktien, die auf Namen lauten, zu einem geringeren, jedoch mindestens zweihundert Mark erreichenden Betrage zulassen. Die gleiche Genehmigung kann ertheilt werden, wenn für ein Unternehmen das Reich, ein Bundesstaat oder ein Kommunalverband oder eine sonstige öffentliche Körperschaft auf die Aktien einen bestimmten Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat.

Auf Namen lautende Aktien, deren Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, dürfen auf einen Betrag von weniger als eintausend, jedoch nicht von weniger als zweihundert Mark gestellt werden.

Im Falle des Abs. 2 soll die ertheilte Genehmigung, im Falle des Abs. 3 sollen die Beschränkungen, denen nach § 222 Abs. 4 die Aktionäre in Ansehung der Uebertragung ihrer Rechte unterliegen, in den Aktien ersichtlich gemacht werden.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den gesetzlichen Mindestbetrag der Aktien, und zwar in der Weise, daß er ihn regelmäßig auf 1000 Mk. festsetzt (Abs. 1); von dieser Regel sind zwei Ausnahmen gestattet (Abs. 2—4) und endlich die getroffenen Bestimmungen auch auf Interimsscheine ausgedehnt (Abs. 5). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Der regelmäßige Mindestbetrag der Aktie ist 1000 Mark.** Auf diesen Betrag müssen die Aktien mindestens „gestellt" werden, d. h. bei Schaffung von neuen Mitgliedschaften (Gründung von Kapitalserhöhung) dürfen nur Aktien mit diesem Mindestbetrage kreiert werden. (Inwieweit die Vorschrift auf Aktiengesellschaften aus früherer Zeit mit Aktien unter 1000 Mark Platz greift, was hier als Schaffung neuer Aktienrechte im Sinne des vorliegenden Paragraphen gelten soll, darüber s. unten Anm. 16ff.). Anm. 1.

2. Die Aktien einer Gesellschaft können auch auf verschiedene Beträge lauten. Doch kommt dies der Verkehrsfähigkeit der Aktien nicht zustatten und kommt wohl nur bei Neuemissionen vor, namentlich seitens älterer Gesellschaften. Es können auch Aktien, deren Anm. 2.

§ 180. Betrag nicht durch 100 teilbar ist, geschaffen werden, da eine dem § 5 Abs. 3 GmbHG. entsprechende Bestimmung hier nicht gegeben ist.

Zuwiderhandlungen gegen die Vorschrift des Mindestbetrages haben Nichtigkeit und Schadensersatz (§ 209) und auch Strafen zur Folge (§ 314 Nr. 4).

Anm. 3. 3. (Abs. 2—4.) **In zwei bestimmt vorgesehenen Fällen kann der Mindestbetrag der Aktie bis herab auf 200 Mark lauten.**

a) (Abs. 2.) **Der erste Fall ist das Vorliegen der Genehmigung des Bundesrats zur Ausgabe solcher Aktien** (die auch im Wege der Kapitalserhöhung geschaffen werden können § 284 Nr. 4). Die Genehmigung kann nur erteilt werden für ein gemeinnütziges oder seinem Ertrage nach garantiertes Unternehmen.

α) Die Stellung der Interessenten gegenüber dieser Genehmigung ist eine verschiedene, je nachdem es sich um die Frage der Erteilung oder um die erteilte Genehmigung handelt. Auf die Erteilung der Genehmigung haben die Interessenten kein Recht; der Bundesrat bestimmt nach seinem Ermessen, nicht nur ob die Voraussetzungen der Genehmigung vorliegen, sondern auch ob er nach Feststellung dieser Voraussetzungen die Genehmigung erteilen will. Denn wie das Gesetz ausdrücklich sagt, „kann" sie der Bundesrat erteilen, muß es aber nicht (das Gesuch ist an den Reichskanzler zu richten, Kayser Anm. 7 zu Art. 207 a). Die erteilte Genehmigung aber gewährt den Interessenten, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, ein Recht auf Eintragung. Der Registerrichter hat kein Nachprüfungsrecht. Dies nimmt die herrschende Ansicht mit Recht an (zust. Behrend § 117 Anm. 8; Makower I 407; Lehmann I 302 Anm. 4; Neukamp 14; Goldmann Anm. 12; Lehmann-Ring Nr. 3).

Anm. 4. β) Die Voraussetzungen der Genehmigung sind in dem einen Falle ein gemeinnütziges Unternehmen und Ortsbedürfnis, in dem anderen Falle Ertragsgarantie.

αα) Gemeinnütziges Unternehmen und örtliches Bedürfnis.

Als gemeinnütziges Unternehmen ist ein solches zu betrachten, dessen Betrieb nicht ausschließlich privaten Zwecken dient; daß es nur allgemeinen Zwecken dienen soll, geht zu weit. In den Motiven z. Aktien-Ges. von 1884 I S. 102 wurden genannt: Sekundärbahnen, Kanäle. Straßen und sonstige Verkehrsverbindungen, Gas-, Wasser-, Badeanstalten; in den Beratungen wurden ferner genannt: Kasinos, zoologische Gärten, ja es wurde auch betont, daß unter Umständen die Anlegung einer Fabrik, z. B. einer Zuckerfabrik, ein gemeinnütziges Unternehmen sein kann. Auch populäre Theater dürften unter diese Bestimmung fallen.

Anm. 5. Unter dem örtlichen Bedürfnis ist ein lokalbegrenztes, jedoch nicht etwa nur ein auf den einzelnen Ort oder Gemeindebezirk begrenztes gemeint (Motive z. Aktien-Ges. von 1884 I S. 102). Es kann auch einen Kreis, eine Provinz, bei Kleinstaaten sogar ein ganzes Land umfassen; es darf nur kein allgemeines, örtlich unbegrenztes Bedürfnis sein.

Anm. 6. Eine Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ohne Erhöhung des Nennwertes der Aktien auf 1000 Mark ist nicht zulässig. Da die Genehmigung nur für ein bestimmtes Unternehmen erteilt, d. h. der Aktiengesellschaft nur erteilt ist, insofern ihr Unternehmen einen gemeinnützigen Charakter hat, so muß sie entweder diesen gemeinnützigen Charakter ihres Unternehmens wahren, oder aber den Aktienbetrag auf 1000 Mark erhöhen. Jede andere Beschlußfassung widerspricht dem Gesetze und ist nicht eintragsfähig. Es bedarf in dieser Hinsicht keines Vorbehalts in der Genehmigungsurkunde (zust. Behrend § 117 Anm. 8; Makower I 362; Rudorff zu § 180). Die gleichwohl erfolgte Eintragung ist nichtig und kann von Amts wegen gelöscht werden (§ 142 FGG.).

Anm. 7. ββ) Garantierter Ertrag.

Der Garant muß eine öffentliche Korporation sein. Inwieweit dieses Erfordernis vorliegt, richtet sich nach dem Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten; maßgebend wird hierfür sein, daß die Korporation in einer organischen Verbindung zum Staatsganzen steht

(KB. z. Aktien-Ges. v. 1884 S. 5). Die Banken, auch die privilegierten und landesherrlichen, gehören nicht dazu (Völdernborff 58), wohl aber die Reichsbank (RG. 15, 236). **§ 180.**

Was die Beschaffenheit der Garantie betrifft, so muß ein bestimmter Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet sein. Der garantierte Ertrag muß also bestimmt sein. Eine Höhe des Ertrages ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, hier waltet das freie Ermessen des Bundesrats, der sich eventuell auch mit einem halben Prozent begnügen kann. — Die Garantieerklärung muß unbedingt und ohne Zeitbeschränkung sein. Das bezieht sich aber nur auf den Ertrag, und Völdernborff (58) geht zu weit, wenn er verlangt, die Garantie müsse derart beschaffen sein, daß die Aktie dauernd in ihrem Werte gesichert erscheint. Nicht als Bedingung und nicht als Zeitbeschränkung gilt es z. B., wenn die Korporation sich ausbedingt: Übernahme des ganzen Unternehmens gegen volle Rückzahlung der Aktien und Festsetzung der Garantiedauer bis zu diesem Zeitpunkte. Es ist keine Bedingung, sondern das Ausbedingen einer Gegenleistung; und keine Zeitbeschränkung, weil die Garantie ja solange währen soll, wie die Gesellschaft (zust. Makower I 362). Anm. 8.

Die Form der Gewährleistung ist vom Gesetze nicht bestimmt. Der Bundesrat entscheidet, in welcher Form sie ihm als genügend erscheint. Anm. 9.

b) (Abs. 3.) **Die zweite Ausnahme ist die der vinkulierten Namensaktien,** d. h. Namensaktien, deren Übertragung an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist. Für diesen Fall ist der sonst vorgeschriebene Höchstbetrag nicht notwendig, weil Aktien von so schwerfälliger Übertragbarkeit für die Verwertung zur Agiotage nicht geeignet sind, so daß der Grund jenes hohen Mindestbetrages fortfällt. Eine Genehmigung des Bundesrats ist hier selbstverständlich nicht notwendig. Anm. 10.

Die Bestimmung muß im Statut enthalten sein. Das ergibt sich von selbst. Denn es gibt nur drei Wege, auf welchen solche Aktien geschaffen werden können, und alle drei sind nur im Wege der Statutenfeststellung zu betreten: Solche Aktien werden entweder bei der Gründung geschaffen oder bei einer Kapitalserhöhung ausgegeben (vgl. § 284 Nr. 4) oder es erfolgt die Herabsetzung von Normalaktien auf den Betrag von 200 Mark unter Beschränkung der Übertragbarkeit. Die letzten beiden Fälle aber sind Änderungen des Gesellschaftsvertrages (§§ 274, 278, 288). Soll die Herabsetzung nur bestimmte Aktien betreffen, so müssen die betreffenden Aktionäre besonders zustimmen. Anm. 11.

Eine weitere Vorschrift über die vinkulierten Namensaktien gibt das Gesetz im Abs. 4 und eine fernere im § 222 Abs. 4 (s. die Erläuterung zu diesem Paragraphen und über die dort erörterten Fragen, ob und inwieweit Veräußerungen und Verpfändungen oder Pfändungen ohne die erforderliche Genehmigung gültig sind). Anm. 12.

c) **Für beide Fälle** (Absatz 2 Gemeinnützige und garantierte Gesellschaften, und Absatz 3 Gesellschaften mit vinkulierten Namensaktien) bestimmt Absatz 4, daß die Genehmigung bzw. die Übertragungsbeschränkung aus der Urkunde hervorgehen soll. Die Verletzung des Verbots hat deren Nichtigkeit nicht zur Folge, wie aus dem Worte „sollen" hervorgeht. Wohl aber ist Strafbarkeit vorgesehen (§ 314 Nr. 5). Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist zwar nicht vorgesehen, aber da eine unerlaubte Handlung vorliegt, so ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein durch die Verletzung des Gebots entstehender Schaden von dem Schuldigen zu ersetzen. Anm. 13.

4. (Abs. 5.) **Für Interimsscheine gilt das gleiche,** was jedoch nicht dahin zu verstehen ist, daß auch der Interimsschein über mindestens 1000 Mark eingezahlten Betrages lauten muß, sondern über ein Mitgliedsrecht von mindestens 1000 Mark Nennwert (KB. zur Aktiennovelle von 1884 S. 5). Die Summe des eingezahlten Betrages braucht der Interimsschein überhaupt nicht zu enthalten (Anm. 5 zu § 179). Die Ausgabe von Interimsscheinen über Aktien von weniger als 1000 Mark ist zulässig unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 3. Anm. 14.

§ 180. **Zusatz 1.** Daß jede Aktie auf mindestens 1000 Mark lauten muß, bedeutet auch, daß

Anm. 15. sie in deutscher Reichswährung lauten muß (Lehmann I 162; ebenso Zitelmann in DJZ. 02, 75 gegen Rosendorff in DJZ. 01, 411 und Simon, Bilanzen 202).

Anm. 16. **Zusatz 2. Übergangsfrage. Inwieweit die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen für ältere Gesellschaften maßgebend sind,** s. Art. 24 EG. z. HGB. Derselbe lautet:

„Sind die Aktien einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 (Reichsgesetzbl. S. 123) in Geltung gewesenen Vorschriften auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt, so bleiben im Falle einer Zusammenlegung oder sonstigen Umwandlung dieser Aktien die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs außer Anwendung. Der Nennbetrag der Aktien darf jedoch nicht herabgesetzt werden.

Wird das Grundkapital einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Ausgabe neuer Aktien erhöht, so finden die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs auf die neuen Aktien Anwendung, auch wenn die Ausgabe mittelst Umwandlung von Aktien der im Abs. 1 bezeichneten Art geschieht.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine."

Anm. 17. Das in diesen Vorschriften liegende Prinzip ist: Auch ältere Gesellschaften haben den neuen Betrag von 1000 Mark immer dann einzuhalten, **wenn es sich um eine wirkliche Erhöhung des Aktienkapitals handelt**; jedoch nicht bei sogenannten Umwandlungen; aber auch bei Umwandlungen, bei denen sie den neuen Nennbetrag hiernach nicht einzuhalten haben, **haben sie jedenfalls ihren bisherigen Betrag zu bewahren.**

Daraus folgen die nachstehenden einzelnen Grundsätze:

Anm. 18. 1. Aktien, die aus früherer Zeit herrühren und unter 1000 Mark lauten, bleiben gültig. Das ergibt sich sowohl aus dem vorliegenden Art. 24, als auch aus dem Grundsatze, der im § 178 Anm. 3 aufgestellt ist und der durch den vorliegenden Artikel seine Bestätigung findet.

Anm. 19. 2. Es können Aktien mit geringerem Nennbetrage auch umgewandelt werden. D. h. es kann mit ihnen eine Zusammenlegung vorgenommen werden, sie können ferner von Inhaberaktien in Namensaktien oder umgekehrt umgewandelt werden, sie können aus Stammaktien in Vorzugsaktien (ohne Erhöhung des Aktienkapitals) umgewandelt werden usw. (D. 305). Es braucht bei allen diesen Umwandlungen der Nennbetrag nicht erhöht zu werden, sondern er kann sich unter 1000 Mark halten, weil hier überall keine Kapitalserhöhung vorliegt. Aber es darf bei allen Umwandlungen der bisherige Nennbetrag der Aktien nicht herabgesetzt werden.

Anm. 20. 3. Noch weniger braucht bei Ausgabe von Ersatzstücken (anstatt eines verlorenen und für kraftlos erklärten oder an Stelle eines beschädigten Stückes) der Nennwert heraufgesetzt zu werden, und ebensowenig bei Abstempelung der Aktien mit der neuen Firma, weil hier überall keine Kapitalserhöhung vorliegt.

Anm. 21. 4. Liegt dagegen eine Kapitalserhöhung vor, dann muß der Nennbetrag von 1000 Mark auch von den alten Gesellschaften innegehalten werden. In diesem Falle aber ist es gleichgültig, ob ganz neue Aktien ausgegeben werden oder ob die alten Aktien gegen solche eines höheren Nennwertes umgetauscht werden (D. 327). Der Deutlichkeit wegen ist zu erwähnen, daß das gleiche auch dann gilt, wenn die alten Aktienurkunden nicht umgetauscht, sondern auf den höheren Nennbetrag abgestempelt werden. Auch dies ist eine „Ausgabe mittels Umwandlung". Es kommt hier überall nicht auf die Urkunden, sondern auf die Mitgliedschaft an.

Anm. 22. 5. Tauscht eine Aktiengesellschaft ihren Aktionären Aktien im Nennwert von unter 1000 Mark in solche von 1000 Mark in entsprechend geringerer Zahl um, so liegt ein stempelpflichtiges Tauschgeschäft nicht vor (RG. 46, 34).

§ 181.

§ 181. Zur Unterzeichnung von Aktien und Interimsscheinen genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Die Gültig-

keit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. § 181.

Der Paragraph behandelt die Form der Unterzeichnung der Aktien und Interimsscheine. Die Vorschrift ist dem für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebenen § 793 Abs. 2 BGB. nachgebildet. Ohne diese Vorschrift hätte § 126 BGB. Anwendung finden und daher jede Aktienurkunde eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell oder gerichtlich beglaubigter Handzeichen unterzeichnet werden müssen. Einleitung.

1. Es genügt hiernach auch die faksimilierte Unterschrift. Soll eine besondere Form erforderlich sein, d. h. mehr als eigenhändige oder faksimilierte Unterschrift des Ausstellers, so muß dies aus der Urkunde (Bestimmung im Statut genügt nicht), hervorgehen, also z. B. wenn notarielle Beglaubigung erforderlich sein soll. Ist hiernach eine besondere Form gültig vorgeschrieben, dieselbe aber nicht beobachtet, so ist die Aktienurkunde nichtig (§ 125 BGB.). Anm. 1.

2. Wer die Unterschrift leisten muß, ist nicht gesagt. Hier gilt die allgemeine Regel, daß der Vorstand der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ist. Dieser muß daher unterschreiben (Lehmann I 200). Aber es ist auch Vertretung durch Bevollmächtigte zulässig und die Aktienurkunde ist gültig, wenn ein gehörig Bevollmächtigter unterschrieben hat. Prokura und allgemeine Handlungsvollmacht allein werden dazu nicht ausreichen, weil die Ausstellung von Aktienurkunden zum Betriebe des Handelsgewerbes nicht gehört. Es muß eine besonders hierauf gerichtete Vollmacht vorliegen. Die Mitunterschrift anderer Organe ist zulässig. Es kann aber auch bestimmt werden, daß die Unterschrift anderer Organe erforderlich sei (Lehmann I 189). Darin liegt nicht die Vorschrift einer besonderen Form im Sinne des vorliegenden Paragraphen. Anm. 2.

3. Über den sonstigen Inhalt der Aktienurkunden ist im allgemeinen nichts bestimmt. Es ist daher jeder Inhalt genügend, aus welchem ersichtlich ist, daß der Eigentümer bzw. Inhaber der Urkunde Mitglied der betreffenden Gesellschaft ist, ferner der Nennbetrag der Aktie und endlich, ob sie auf den Namen oder auf den Inhaber lautet. Im ersteren Falle muß sie den Namen des Berechtigten enthalten, im letzteren muß aus ihr hervorgehen, daß nicht eine bestimmte Person, sondern der jedesmalige Inhaber berechtigt sein soll. Enthält sie den Namen eines Berechtigten nicht, so gilt sie auch ohne ausdrückliche Hervorhebung der Inhabereigenschaft als Inhaberaktie, da für die Namensaktie die wesentliche Voraussetzung fehlt, nämlich die Nennung des Berechtigten, die wörtliche Aufnahme der Inhaberklausel aber nicht erforderlich ist (vgl. Lehmann I 204). Die Form bestimmt mit Wirkung nach außen der Vorstand, der Aufsichtsrat hat das Bestimmungs- und Überwachungsrecht nach innen innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Grenzen. — Das Datum ist nicht wesentlich, doch ist anzunehmen, daß der Tag der Eintragung oder ein späterer Tag einzusetzen ist, nicht aber ein der Eintragung vorhergehender Tag. Anm. 3.

Im besonderem sind Vorschriften gegeben über den Inhalt der Urkunde; so § 179 Abs. 3, § 180 Abs. 4, § 212.

Enthält das Statut weitere Vorschriften über den Inhalt der Aktienurkunde, so sind dies im Zweifel nur Ordnungsvorschriften, nicht Gültigkeitserfordernisse (Lehmann I 201; Behrend 790 Anm. 11).

Zusatz. Um Mißbräuche bei der Ausgabe von Aktienurkunden zu verhüten, ist die Strafvorschrift des § 360 Nr. 4 und 5 StGB. gegeben, nach der Aktienformulare ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde nicht angefertigt oder ausgefolgt werden dürfen. Anm. 4.

§ 182.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung fest- § 182.

§ 182. gestellt werden. In der Verhandlung ist der Betrag und, wenn verschiedene Gattungen von Aktien ausgegeben werden, die Gattung der von Jedem übernommenen Aktien anzugeben.

Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien;
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes;
5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht;
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Bekanntmachungen, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, sind in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken. Andere Blätter außer diesem bestimmt der Gesellschaftsvertrag.

Vorbemerkung. Die folgenden Paragraphen behandeln die Gründung der Aktiengesellschaft. Diese kann in zweierlei Weise erfolgen: als Simultan- und als Sukzessivgründung. Erstere liegt dann vor, wenn sämtliche Aktien von den Gründern übernommen werden; letztere dann, wenn dies nicht der Fall ist, vielmehr für die von den Gründern nicht übernommenen Aktien andere Zeichner geworben und der Gesellschaftsvertrag erst dann errichtet wird. Die erstere kann man, wenn man durchaus verdeutschen will, mit Rudorff Einheitsgründung, die letztere mit Makower Stufengründung nennen.

In beiden Fällen geht der Errichtung des Gesellschaftsvertrages die Feststellung des Statuts voran.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph handelt von der Feststellung des Gesellschaftsvertrages,** doch nur in Abs. 1 und 2, während Abs. 3 einen hiermit begrifflich nicht zusammenhängenden Gegenstand betrifft (für Versicherungs-Aktiengesellschaften vgl. § 8 und 123 PrivVersUntGes.).

I. (Abs. 1.) **Der erste Absatz enthält die grundsätzliche Vorschrift, daß vor allem der Inhalt des Gesellschaftsvertrages in gehöriger Form festgestellt werden muß.** Zur gehörigen Form gehört das Vorhandensein von fünf Personen, Aktienübernahme durch diese, und gerichtliche oder notarielle Verhandlung.

a) Die grundsätzliche Vorschrift und ihre rechtliche Bedeutung. Als wohldurchdachte Neuerung, bestimmt, Übelständen der früheren Gesetzgebung abzuhelfen, brachte das AktGes. von 1884 die Vorschrift, daß bei der Gründung der Aktiengesellschaft vor allem das Statut festgestellt werden muß (Motive I 140). Die Vorschrift ist vom Standpunkt des Gesetzgebers zu billigen, weil sie in der Tat dem Übelstande begegnet, daß Zeichnungen erfolgen, ehe das Statut feststeht, wodurch die Verpflichtung des Zeichners, ja die Existenz der Gesellschaft in Frage gestellt werden kann (vgl. ROHG. 11, 375; Bolze 1 Nr. 1187).

Anm. 2. Die sachliche Bedeutung der Vorschrift anlangend, so ist dieselbe nicht so hoch anzuschlagen, wie jener Gesetzgeber dies tat. Dieser wollte „mit Schärfe die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung des letzteren scheiden".

Dieser Ausspruch darf nicht kritiklos hingenommen werden. Zur Errichtung des auf die Bildung der Aktiengesellschaft abzielenden Gesellschaftsvertrages gehört begrifflich einmal die Einigung über die Höhe der Beteiligung der einzelnen Mitglieder, die die Gesellschaft errichten, und zweitens die Festsetzung der Normen, die für das Gesellschaftsleben maßgebend sein sollen. Sobald über alle diese Punkte Einigkeit erzielt ist, ist die Gesellschaft errichtet, nicht eher und nicht später.

Nur das will der Gesetzgeber anordnen, daß, wenn die Statutfeststellung und die Übernahme sämtlicher Aktien nicht in einem Akte erfolgen, jener erstere Akt vorangehen soll. Aber

wenn dies auch geschieht, wenn die Statutfeststellung in gesondertem Akte getätigt wird und § 182.
vorangeht, so ist doch immer festzuhalten, daß in rechtlichem Sinne nicht ein zu gesonderter rechtlicher Existenz bestimmter, mit selbständigen Rechtswirkungen ausgestatteter, Rechtsakt vorliegt, sondern nur der erste Teil eines geplanten Gesellschaftsvertrages. Wie immer aber, so ist auch hier die Verständigung über einen Teil des Vertrages ohne Rechtswirkung; erst mit dem Hinzukommen der Verständigung über den letzten wesentlichen Teil ist der Vertrag perfekt. Es ist daher auch nicht korrekt, wenn das Gesetz von der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages spricht. Nicht der Gesellschaftsvertrag wird festgestellt, sondern ein Teil desselben, und nicht etwa der wesentlichere; denn die Übernahme sämtlicher Aktien ist ebenso wesentlich zum Abschluß. Nur ist die Statutfeststellung der Teil, der sich von dem andern Teil, der Aktienübernahme, dadurch auszeichnet, daß sein Inhalt ein bleibender und als maßgebende Satzung für alle Mitglieder von größerem Interesse ist, während die Höhe der Beteiligung, wie sie sich bei der Gründung stellte, so wesentlich die Einigung darüber auch juristisch sein mag, weil ohne sie die Gesellschaft nicht zur Entstehung gelangt, doch nur ein Interesse geringeren Grades beansprucht. Mit diesen Ausführungen stimmt im Ergebnis überein Ring (Anm. 1 zu Art. 209; auch Makower I 368; Goldmann Anm. 1; Lehmann-Ring Nr. 1; vgl. auch RG. 31, 17; 45, 99), während Petersen-Pechmann (28) in der Statutfeststellung einen selbständigen, bindenden Rechtsakt erblicken. Das ist nicht zutreffend. Daß die Feststeller des Statuts einander verpflichtet sein können, auch Aktien zu übernehmen und die Gesellschaft formell zu errichten, ist freilich nicht zu leugnen. Aber wenn eine solche Verpflichtung besteht, so hat sie eine andere Quelle, nämlich einen nebenher bestehenden Vertrag unter den Gründern (vgl. Anm. 33). Auch Behrend (§ 100) erblickt in der Feststellung einen Vertragsschluß. Allein der Wortlaut des § 182, dem nach seiner Ansicht (vgl. a. a. O. Anm. 1) die diesseitige Meinung nicht gerecht wird, enthält nichts für die Ansicht Behrends und die Begründung zu dem früheren Art. 209 ist zu unklar gedacht, als daß sie zu entscheidender Verwertung geeignet wäre. Behrend gibt selbst zu, daß sie Wahres und Falsches nebeneinander enthält, und eher spricht sie für die diesseitige Auffassung, als für die Behrendsche, wenn sie sagt: „Der Entwurf sucht mit Schärfe die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung des letzteren zu scheiden." Es wird also die Errichtung des Vertrages von der Feststellung seines Inhaltes unterschieden und damit zum Ausdruck gebracht, daß durch den betreffenden Akt nur in deutlicher, feierlicher Form festgestellt werden soll, welchen Inhalt der beabsichtigte Vertrag haben soll. Zur Annahme eines besonderen Vertrages gelangt auch Behrend nur dadurch, daß er von der „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" spricht, statt, wie Motive und Gesetz „von der Feststellung des **Inhalts** des Gesellschaftsvertrages". Würde das Gesetz so sprechen, wie Behrend, so würde das schon eher an einen besonderen Vertragsschluß anklingen, aber immer noch nicht zwingend auf einen solchen hindeuten, sondern immer noch eine ungewöhnliche Ausdrucksweise für die Schließung eines Vertrages darstellen. **Zwingend gegen** die Behrendsche Auffassung aber spricht die Erwägung, daß der Vertrag, den er im Sinne hat, nur ein Gesellschaftsvertrag sein kann, ein solcher aber wesentlich voraussetzt, daß die Anteilsquoten feststehen.

b) **Die vorgeschriebene Form ist:** Vorhandensein von mindestens fünf Personen, Aktienübernahme durch diese, gerichtliche oder notarielle Verhandlung. Anm. 3.

α) **Mindestens fünf Personen.**

Diese Personen heißen **Gründer.** Sie sind aber nicht notwendig die sämtlichen Gründer, da nach § 187 auch die, die sich bei der Errichtung der Gesellschaft dadurch beteiligen, daß sie Sacheinlagen machen, zu den Gründern gehören.

Die Feststellung, wer als Gründer anzusehen ist, ist eine für die Auslegung des Gesetzes sehr wesentliche. Die Gründer haben einen Bericht zu erstatten (§ 191); gehört einer von ihnen zum Vorstand oder Aufsichtsrat, so ist Revision erforderlich (§ 192); sie sind zivilrechtlich (§ 202) und strafrechtlich (§ 313) verantwortlich. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß der Begriff des Gründers für alle diese Bestimmungen identisch ist, da Anm. 4

§ 182. das Gesetz, falls es dies nicht gewollt hätte, eine besondere Vorschrift gegeben haben würde. Es ist daher bei der Untersuchung des Begriffs davon auszugehen, daß er auf alle erwähnten Bestimmungen passen muß.

Anm. 5. Aus diesen Vorschriften aber, insbesondere aus §§ 191, 202, unter allen Umständen aber aus § 313 geht hervor, daß das Gesetz als Gründer nur physische Personen anerkennt. Eine Strafbarkeit juristischer Personen aus § 313 ist ausgeschlossen; wenn daher das Gesetz die Gründer unter Strafe stellt, so kann es unter solchen nur physische Personen verstehen (vgl. AG. Jena in CBlFG. 2, 516). Trotzdem nehmen Wissenschaft und Praxis übereinstimmend an, daß auch juristische Personen als Gründer auftreten können (vgl. z. B. RG. in JHR. 40, 471 und in OLGR. 3, 260). Es kann nicht geleugnet werden, daß diese Übung sich mit den Worten des Gesetzes schwer in Einklang bringen läßt. Man muß die gesetzlichen Vorschriften dahin auslegen, daß man sagt: Gründet eine juristische Person, so sind Gründer im gesetzlichen Sinn und mit der vom Gesetz festgestellten Verantwortlichkeit die physischen Personen, die den Vertrag abschließen; sie treten aber als gesetzliche Vertreter juristischer Personen auf, für die sie die Rechte aus dem Gründungsvertrage, insbesondere also die Aktionärrechte erwerben; eine Auslegung, die allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich gebilligt ist, die aber mit dessen Bestimmungen nicht in Widerspruch steht.

Anm. 6. Danach ergibt sich über die Eigenschaft der Gründer folgendes:

1. Juristische Personen jeder Art, Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, eingetragene Vereine, öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie der Fiskus, Stadtgemeinden, Provinzen, Kreise usw. können den Gründungsvertrag abschließen.

Anm. 7. 2. Ebenso können dies Gesellschaften, denen nach außen eine gewisse Parteifähigkeit eingeräumt ist, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften. Gesellschaften des bürgerlichen Rechts gehören aber nicht hierher, weil ihnen die Parteifähigkeit fehlt, ebensowenig die nicht rechtsfähigen Vereine.

Anm. 8. 3. Ein Einzelkaufmann kann unter seiner Firma den Vertrag abschließen. Hier kommt es nicht, wie bei der Frage, ob die Firma des Einzelkaufmanns grundbuchmäßig einzutragen ist, auf die hierbei maßgebende Identitätsfeststellung an, sondern auf eine geschäftliche Handlung, bei der der Einzelkaufmann bestimmen kann, ob er für sich persönlich oder für seine Firma die Aktionärrechte erwirbt (ebenso Goldmann Anm. 4 gegen 6./7. Aufl.).

Anm. 9. 4. Auch Minderjährige, wie sonst in der Verfügung Beschränkte können durch ihre gesetzlichen Vertreter auftreten. Eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1822, 1643 BGB.) ist nicht erforderlich, da es sich nicht um Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts, d. h. eines von den Kontrahenten zu betreibenden Geschäfts handelt, vielmehr eine juristische Person gebildet werden soll, die das Geschäft betreibt (Staub, GmbH. Anm. 12 zu § 2).

Anm. 10. 5. Die juristischen und die ihnen nach obigen Ausführungen gleichgestellten Personen werden durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten, die nach obigen Darlegungen die Verantwortlichkeiten der Gründer tragen.

Anm. 11. 6. Auch bestellte Bevollmächtigte sind zulässig, da davon, daß die Gründer persönlich mitwirken müssen, nichts gesagt ist. Die Vollmacht muß ersehen lassen, daß sie zum Abschluß des betreffenden Vertrages ermächtigt. Es ist dies lediglich Auslegungsfrage (Staub, GmbH. Anm. 5 zu § 2). Die Vollmacht braucht, da dies hier nicht, wie im GmbHG. ausdrücklich gesagt ist, nicht gerichtlich oder notariell errichtet oder beglaubigt sein (so Marcus bei Holdheim 14, 160 und LG. Berlin I in DJZ. 05, 871 mit Rücksicht auf § 167 Abs. 2 BGB.). Prokuristen bedürfen besonderer Vollmacht nicht.

Nachträgliche Genehmigung hat mit der Bevollmächtigung gleiche Kraft (Staub, GmbH. Anm. 8 zu § 2). Im Fall der Bevollmächtigung gilt als Gründer natürlich

der Machtgeber. Auch Mitgründer sind als Bevollmächtigte zulässig (OLG. Dresden bei Holdheim 7, 312); doch muß in deren Vollmacht ihnen die Ermächtigung gegeben sein, mit sich selbst zu kontrahieren. § 182.

Hervorzuheben ist, daß die Gründererklärung des § 191 Vertretung nicht duldet (vgl. Erl. zu diesem §).

β) Aktienübernahme durch die fünf Statutfeststeller. Jeder muß mindestens eine Aktie übernehmen, gleichgültig, ob für eigene oder für fremde Rechnung — der sog. Strohmann ist wahrer Gründer — (RG. 28, 77; 41, 13; RGSt. 30, 312; RG. in JW. 01, 484[7]); er ist allein auch der Gesellschaft gegenüber der Berechtigte (RG. 41, 15). Dabei muß der Betrag der übernommenen Aktien angegeben werden, d. h. sowohl der Nennbetrag, als der Ausgabekurs (wie bei der Zeichnungserklärung, § 189 Nr. 1 und 3). Außerdem muß die Gattung der übernommenen Aktien angegeben werden, d. h. ob Vorzugs- oder Stammaktien (vgl. § 185), nicht notwendig auch die Aktienart, d. h. ob Inhaber- oder Namensaktien (§ 183). Natürlich können die Statutfeststeller auch sofort alle Aktien übernehmen (§ 188). Die Übernahme muß unbedingt und unbeschränkt erfolgen: jede nicht in die Übernahmeerklärung aufgenommene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam (RG. 33, 93; KG. in OLGR. 3, 261). Eine formgerechte Zeichnung mittels Zeichnungsscheins ist nicht erforderlich. Anm. 12.

Über die Folgen der zivilrechtlichen Mängel der Aktienübernahmeerklärung durch die Gründer (Irrtum, Betrug usw.) siehe Anm. 20 zu § 186.

γ) Gerichtliche oder notarielle Verhandlung. Es kann zweifelhaft sein, was damit gemeint ist. Das BGB. unterscheidet gerichtliche oder notarielle Beurkundung einerseits und gerichtliche oder notarielle Errichtung andererseits. Der ersteren ist im allgemeinen Teil des BGB. Erwähnung getan und es ist dort angeordnet, daß es bei der Beurkundung von Verträgen genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrages beurkundet wird (§ 128 BGB.). Es bedarf also nicht der gleichzeitigen Anwesenheit der Vertragsparteien. Bei der gerichtlichen oder notariellen Errichtung dagegen bedarf es dieser Anwesenheit (§ 925 Abs. 1 Auflassung, § 1434 Ehevertrag, § 2276 Erbvertrag usw.). Die gerichtliche oder notarielle Verhandlung ist ein neuer Begriff, zu dessen Klärung die übrigen in Betracht kommenden Reichsgesetze nicht zu verwerten sind, das BGB. nicht, weil es ihn nicht erwähnt, das FGG. aber nicht, weil es ihn nicht nur nicht erwähnt, sondern die Begriffe sogar verwirrt, indem es bei den Vorschriften über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§§ 167ff.), worunter es offensichtlich sowohl die Beurkundung, als auch die Errichtung im Sinne des BGB. versteht, an einigen Stellen von einer Verhandlung spricht, so im § 175 und § 176. Anm. 13.

Der Begriff muß daher aus unserem Gesetzbuch selbst erklärt werden. Das HGB. meint nun sicherlich eine einheitliche Verhandlung. Es soll nicht die Urkundsperson mit jeder einzelnen in Betracht kommenden Person verhandeln, sondern die Teilnehmer sollen miteinander über die Sache verhandeln, sich aussprechen und das Ergebnis der Verhandlung beurkunden lassen. „In der Verhandlung" soll dann auch der Betrag der Aktien angegeben werden, also ist eine einheitliche Verhandlung gemeint (§ 182), und wenn in dieser Verhandlung nicht alle Aktien übernommen sind, so soll der Rest „in einer besonderen Verhandlung" übernommen werden (§ 188). Es ist also das gleiche gemeint, was das BGB. unter Errichtung versteht; vgl. auch Makower I 369.

Dagegen wird es genügen, wenn die Beteiligten ein von ihnen fertig gestelltes Statut überreichen und sich zu dem Inhalt desselben als dem maßgebenden Inhalt des Gesellschaftsvertrages bekennen. So auch nach bisherigem Recht Werner, Die preußischen Notariatsgesetze 18; RG. in JW. 97, 269. Im jetzigen Recht spricht dafür § 195 Nr. 1, wonach der Gesellschaftsvertrag „und die im § 182 Abs. 1 bezeichnete Verhandlung" einzureichen sind. Danach ist also der Gesellschaftsvertrag etwas von dieser Verhandlung verschiedenes. Anm. 14.

§ 182. Das kann nur bedeuten, daß der Gesellschaftsvertrag eine selbständige Urkunde ist, zu deren Inhalt sich die Gründer in der hier vorgeschriebenen Verhandlung bekannt haben (vgl. Rausnitz Komm. zu FGG. Anm. 15 ff. zu § 176). Im übrigen finden die Vorschriften des FGG. und die etwaigen Landesgesetze über die Errichtung von Rechtsgeschäften in gerichtlicher oder notarieller Form Anwendung.

Anm. 15. II. (Abs. 2.) **Der zweite Absatz enthält den wesentlichen d. h. unbedingt notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages.** Beim Mangel eines dieser Erfordernisse ist der Gesellschaftsvertrag nichtig und muß von der Eintragung zurückgewiesen werden. Über die Folgen der Eintragung eines mangelhaften Gesellschaftsvertrages s. § 309.

Zu beachten ist, daß nach dem oben Ausgeführten alle diese Punkte den Gesellschaftsvertrag nicht erschöpfen, insofern man darunter das versteht, was das Recht sonst unter dem Gesellschaftsvertrage versteht, d. h. den Vertrag, durch den die Gesellschaft zustande kommt. Hier in diesem Absatz sind nämlich unter „Gesellschaftsvertrag" alle übrigen Teile desselben außer der Festsetzung der Höhe der Beteiligung verstanden, die Satzungen, die für alle Mitglieder gemeinsam gelten sollen (vgl. Anm. 2 und für Versicherungsaktiengesellschaften § 8 PrivVersUntGes.).

Im einzelnen ist über die aufgezählten wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages das folgende zu bemerken.

Anm. 16. **Ziffer 1. Firma und Sitz der Gesellschaft.**

a) Firma und Name der Gesellschaft sind bei der Aktiengesellschaft identisch (RG. 1, 26; 3, 68). Über die Firma vgl. § 20 und Anm. 12 zu § 22. Hier ist noch zu bemerken, daß die in Art. 22 EG. z. HGB. vorgesehene Hinzufügung des Wortes „Aktiengesellschaft" zu bestehenden Firmen durch den Vorstand allein vorgenommen werden kann, und er hierzu ohne weiteres verpflichtet ist (vgl. Anm. 4 zu § 20). Ferner ist hinzuzufügen, daß es nicht unzulässig ist, der Gesellschaft bei ihrer Entstehung die Firma des Geschäftsvorgängers mit dem Zusatze „Aktiengesellschaft" zu geben. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2, daß die Firma täuschende Zusätze nicht haben dürfe, ist entsprechend anwendbar (vgl. daher Anm. 10 ff. zu § 18). — Daß die Aktiengesellschaft nur *eine* Firma haben darf, darüber s. Anm. 12 zu § 22. Jede *Firmenänderung* ist, da die Firma ein Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist, Statutenänderung. (Werden hierbei Aktien umgestempelt oder umgetauscht, so ist kein Stempel zu verwenden: RG. bei Holdheim 9, 15.)

Im *Grundbuchverkehr* kann die Aktiengesellschaft verlangen, daß ihre Firma in genau derselben Schreibweise, wie sie im Handelsregister steht, eingetragen wird. Selbst geringfügige Abweichungen (z. B. in betreff der Bindestriche) sind zu vermeiden (KGJ. 19, 99).

Anm. 17. b) *Der Sitz* der Gesellschaft ist eigentlich der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird. Er ist aber nicht ungültig, wenn die Statuten einen anderen Ort als Sitz bestimmen. Dies war schon früher die herrschende Ansicht (KGJ. 13, 42; Lehmann-Ring Nr. 6; ROHG. 17, 315; 21, 37), und wird jetzt durch § 24 BGB. bestätigt (vgl. RG. bei Holdheim 11, 125 und Bondi in DJZ. 03, 397; ferner RG. in JW. 05, 25[29]). Der so frei gewählte Ort gilt als Sitz und Hauptniederlassung der AG., und zwar für alle ihre Rechtsverhältnisse, so z. B. auch im Sinne des preußischen Einkommensteuergesetzes (so OVGSt. 3, 57 und RG. 50, 106). Wird die Verwaltung an einem andern, als dem Sitzort geführt, so ist dort der besondere *Gerichtsstand* der gewerblichen Niederlassung (RG. bei Holdheim 11, 125). Im übrigen ist der allgemeine Gerichtsstand des § 17 CPO. an dem Ort, der in dem Statut als Sitz der Gesellschaft bezeichnet ist. Durch diese statutarische Regelung ist die Annahme eines anderen Orts, etwa des, wo die Verwaltung geführt wird, als für den allgemeinen Gerichtsstand maßgeblich, ausgeschlossen (RG. 59, 106).

Der Sitz ist ein einheitlicher (für Versicherungs-Aktiengesellschaften vgl. § 115 PrivVersUntGes.). Die Aktiengesellschaft kann nicht einen mehrfachen Sitz haben (§§ 195, 200, 272 Abs. 2, 277 Abs. 3, 309; vgl. auch KGJ. 13, 45 u. 20 A S. 36). Insbesondere be-

gründet eine Zweigniederlassung kein zweites Domizil (ROHG. 17, 315), wenn auch **§ 182.** vielleicht einen besonderen Gerichtsstand (vgl. Anm. 18 zu § 13).

Der Sitz muß selbstverständlich in Deutschland sein.

Der Sitz kann auch verlegt werden, nämlich in den Formen der Statutenänderung. In betreff der Eintragung der Verlegung sind demnach die Vorschriften über Statuten änderung, nicht etwa die über Auflösung, maßgebend. Die Sitzverlegung wird daher zunächst in das Handelsregister des bisherigen Sitzes eingetragen und dadurch rechtsgültig (KGJ. 21 A S. 265; Glucksmann bei Holdheim 10, 157; Lehmann II 494; Staub GmbH. Anm. 7 zu § 3 gegen 6./7. Aufl.). Das bisherige Registergericht hört damit auf, tätig zu sein (vgl. Allgem. Verf. des preußischen Justizministers vom 7. November 1899 § 27). Die Eintragung in das Register des neuen Orts folgt aus § 29, § 6 Abs. 1, bedingt aber nicht die Gültigkeit des Sitzverlegungsbeschlusses. Zweifelhaft kann, mangels einer ausdrücklichen Vorschrift, sein, in welcher Weise die Anmeldung am neuen Ort zu bewirken ist. Als Mindesterforderniss wird man die Einreichung des Gesellschaftsvertrages, den Nachweis der Eintragung am alten Ort und der Sitzverlegung zu verlangen haben; ferner muß der Nachweis erfolgen, welche Eintragungen (Vorstandsmitglieder, Prokuristen usw.) am alten Sitz bestehen. Die Forderung von Glucksmann (a. a. O.), daß die Vorstandsmitglieder die Unterschrift zu zeichnen haben, ist zwar ebenfalls aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, doch wird man sie aus dem Zweck der Vorschrift, daß die Art der Unterschriftszeichnung durch Niederlegung bei dem Registergerichte öffentlich kenntlich gemacht und sichergestellt wird, für begründet erachten müssen (vgl. Anm. 1 zu § 31).

Über Verlegung des Sitzes nach dem Auslande siehe zu § 292.

Ziffer 2. **Gegenstand des Unternehmens.** Dieser muß ein bestimmter oder wenigstens ein sich in Anm. 18. bestimmbaren Grenzen haltender sein (so Holdheim bei Holdheim 2, 291; Lehmann II 473; Lehmann-Ring Nr. 7; Goldmann Anm. 23 usw.). Allerdings setzt sich die Praxis (im Anschluß an die gegenteilige in der 6./7. Aufl., ferner von Staub GmbH. Anm. 8 zu § 3; Goldschmidt bei Holdheim 9, 183 vertretene Ansicht) vielfach über die Erfordernisse fort und läßt Zweckbestimmungen, wie „Betrieb von Handel und Industrie“, „Betrieb von Handelsgeschäften aller Art“ usw. zu. Mit Rücksicht aber auf die vom Gesetz der Bestimmung des Gegenstandes beigelegte Wichtigkeit, die bewirkt, daß das Fehlen der Bestimmung Nichtigkeit zur Folge hat (§ 309), mit Rücksicht vor allem auf die Bestimmung des § 275 Abs. 2, der eine Änderung des Gegenstandes von Zustimmung einer besonders gearteten Mehrheit abhängig macht, kann der weitergehenden Ansicht nicht beigetreten werden. Die Bestimmung, daß der Gegenstand festgesetzt werden müsse, bezweckt den Schutz der Aktionäre gegen nicht gewollte und unbefugte Ausdehnung des Geschäfts über die durch den Gesellschaftsvertrag gesteckten Grenzen. Sie ist daher dahin auszulegen, daß sie die Gesellschaft individualisiere. Eine Gesellschaft aber, die Handelsgeschäfte aller Art statutenmäßig betreibt, kann heute ein Bankgeschäft, morgen eine Eisengießerei, dann ein Schiffahrtsunternehmen errichten. Dies wollte das Gesetz verhindern, oder wenigstens die Entscheidung der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit überlassen.

Natürlich ist damit nicht gesagt, daß der Gegenstand ein engumgrenzter sein muß. Er kann sehr wohl ein umfassender sein; nur muß der Zweig des sich über alle Gebiete menschlicher Tätigkeit erstreckenden Handels, den die Gesellschaft betreiben will, abgegrenzt werden. Ebenso ist es zulässig, mehrere Geschäftsarten zu betreiben; nur muß dies ausdrücklich gesagt sein. Bestimmungen, wie „Betrieb von Bank- und Börsengeschäften“, „Fabrikation von Maschinen aller Art“ usw. müssen daher für gültig erachtet werden, ebenso der Zusatz „und verwandte Geschäfte“ (dagegen Lehmann-Ring Nr. 7), da auch dies der nötigen Bestimmbarkeit nicht ermangelt.

Über die Festsetzung des Gegenstandes bei Versicherungsaktiengesellschaften vgl. Priv.-VersUntGes. § 8.

§ 182. Anm. 19. Kann der Gegenstand des Unternehmens auch in einem nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bestehen? Simon in ZHR. 49, 8 verneint dies, weil in § 21 BGB. der Vorbehalt des § 22 „in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften" fehlt. Selbst wenn man aber seine Meinung, daß an sich die Bestimmungen des BGB. auf das Aktienrecht Anwendung finden, teilt (vgl. hierüber Anm. 6ff. zu § 178), scheitert seine Ansicht an der ausdrücklichen Bestimmung des § 210 HGB., da dort vorausgesetzt ist, daß der Gegenstand auch nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes bestehen kann (vgl. auch § 6 Abs. 2). Daß aber das HGB. als Spezial- und jüngeres Gesetz, soweit es spezielle Bestimmungen enthält, dem BGB. vorgeht, müssen auch die zugeben, die sonst die Vorschriften des BGB. anwenden wollen (so Staub GmbH. Anm. 4 zu § 1; Gierke in ArchBürgR. 19, 133; Rießer in DJZ. 00, 132; Dernburg 1, § 82 Anm. 8; Pinner in ZHR. 50, 107). Das Erkenntnis des RG. 49, 77 spricht nicht dagegen, da es nur als dem Wesen der Aktiengesellschaft für widersprechend erachtet, daß sie zu gemeinsamer Tätigkeit für einen bestimmten individuellen, nur von bestimmten Einzelpersonen zu erreichenden Zweck gebildet wird, dagegen ausdrücklich gemeinnützige Zwecke zuläßt.

Anm. 20. **Ziffer 3. Die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien.** Die Feststellung einer Grundziffer, die der Anteilsberechnung zugrunde gelegt wird, ist der Aktiengesellschaft ebenso wesentlich, wie die Einlegung von Vermögenswerten bei Entstehung der Gesellschaft. Daher ist nach der vorliegenden Ziffer 3 unbedingt notwendig die Angabe der Grundziffer und der Teilbeträge, in die sie zerlegt wird. Es bleibt den Errichtern der Gesellschaft unbenommen, eine niedrigere Grundziffer, als die Summe der Einlagen der Beteiligung zugrunde zu legen. Wollen sie dies, so müssen sie auch dies im Gesellschaftsvertrage genau bestimmen (vgl. § 184 Abs. 2). Über Festsetzung des Grundkapitals mit der Maßgabe, daß zunächst nur eine Serie zur Ausgabe gelangen soll, vgl. Anm. 22. Eine Mindesthöhe des Grundkapitals ist direkt nicht vorgeschrieben (anders z. B. § 5 GmbHG.). Da jedoch eine jede Aktie über mindestens 1000 Mk., in Ausnahmefällen über 200 Mk. lauten muß, da ferner mindestens 5 Personen die Gründung zu bewirken haben, von denen jede mindestens eine Aktie übernehmen muß, so ist hierdurch die Mindesthöhe des Grundkapitals auf regelmäßig 5000, ausnahmsweise 1000 Mk. festgesetzt.

Anm. 21. Das Gesetz verlangt nicht, daß die Aktien einer Gesellschaft alle über einen gleichen Betrag lauten. Bei Erhöhung können daher Aktien von anderem Nennwerte, als die bisherigen, ausgegeben werden.

Anm. 22. Dagegen ist es infolge der vorliegenden Vorschrift nicht gestattet, ein Grundkapital festzusetzen mit der Maßgabe, daß zunächst nur ein Teil (erste Serie) zur Ausgabe gelangen soll. Jedes nicht ganz gezeichnete, nicht ganz emittierte Kapital ist kein solches in gesetzlicher Bedeutung. Solche Scheinkapitalien waren vor dem Aktiengesetz von 1884 in der Praxis gebräuchlich; gegen sie wendet sich die vorliegende Vorschrift und der Registerrichter hat ihre Eintragung zurückzuweisen.

Anm. 23. **Ziffer 4. Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes.** Da einerseits der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft wesentlich ist, das Gesetz aber andererseits keine Vorschriften über die Bildung des Vorstandes enthält (außer der Bestimmung des § 190 Abs. 3 über die Bestellung des ersten Vorstandes), war die Bestimmung notwendig, daß der Gesellschaftsvertrag hierüber zu verfügen habe. Das Statut muß hiernach feststellen, wer den Vorstand zu bestellen hat (Aufsichtsrat, Generalversammlung, die Gründer, wohl auch Behörden, so namentlich bei Dividendengarantien), und aus wieviel Personen der Vorstand besteht. Die Bestimmung der Anzahl der Vorstandsmitglieder kann dem Aufsichtsrat übertragen werden (KGJ. 10, 35). Mehr aber braucht das Statut hierüber nicht zu enthalten: insbesondere nicht, ob der Vorstand aus besoldeten Personen oder ob er aus Aktionären bestehen solle. Die Frage nach der Besoldung liegt auf anderem Gebiete, und aus Aktionären braucht der Vorstand eben nicht zu bestehen, wenn das Statut dies nicht besonders vorschreibt. Auch braucht der Gesellschaftsvertrag nicht zu bestimmen, ob die

Vorstandsmitglieder gesamt zeichnen müssen; das versteht sich mangels abweichender Bestimmung von selbst (§ 232; KGJ. 10, 34). Nicht vorgeschrieben ist eine statutarische Bestimmung über die Bestellung des Aufsichtsrats. Eine solche ist überflüssig, da die §§ 190 und 243 in klarer und ausreichender Weise gesetzliche Anordnung darüber treffen, wie der Aufsichtsrat zu bestellen sei. **§ 182.**

Ziffer 5. Die Form der Berufung der Generalversammlung. Dieselbe braucht nicht notwendig in der Anzeige in öffentlichen Blättern zu bestehen. Es können in den Statuten auch Einberufungen auf andere Weise festgesetzt werden: etwa durch Zustellungsurkunden, Einschreibebriefe oder öffentlichen Anschlag. In der Praxis sind immer öffentliche Blätter bestimmt. Auch ist es zulässig, festzusetzen, daß außer der Veröffentlichung in öffentlichen Blättern Einladungen durch besondere Briefe erfolgen sollen, z. B. bei vinkulierten Namensaktien, auch so, daß gleichwohl die Anzeige in öffentlichen Blättern zur Gültigkeit ausreichend und erforderlich ist. Bestimmungen über den Vorsitz in der Generalversammlung, sowie überhaupt eine Geschäftsordnung für die Leitung der Generalversammlung braucht das Statut nicht zu enthalten, wiewohl es angezeigt erscheinen möchte, solches von Gesetzes wegen zu bestimmen. Vgl. Zus. 4 zu § 256. Anm. 24.

Ziffer 6. Die Form der Bekanntmachungen. Dazu gehört nicht die Frage der Unterzeichnung und von wem die Bekanntmachungen ausgehen sollen. Das Statut kann nach seiner Wahl bestimmen, ob unter der Bezeichnung „Der Vorstand" auch noch der Name der Vorstandsmitglieder stehen müsse usw. Aber es muß eben Bestimmungen hierüber nicht enthalten, da hierüber §§ 232, 233 Vorsorge treffen. Unter der Form ist vielmehr hier gemeint die Art der Bekanntmachung (öffentliche Blätter, eingeschriebene Briefe usw.). Daß die Aktiengesellschaften sich als Anzeigemittel der öffentlichen Blätter bedienen müssen, ist nicht vorgeschrieben, aber allgemein üblich. Anm. 25.

3. (Abs. 3.) **Der dritte Absatz gibt Vorschriften über die Bekanntmachungen der Gesellschaft, welche durch öffentliche Blätter erfolgen sollen.** (Wohl zu unterscheiden von den Veröffentlichungen des Handelsgerichts nach § 10.) Mit dem wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrags hat dieser Absatz nichts zu tun und hängt daher nicht organisch mit dem sonstigen Inhalt dieses Paragraphen zusammen. Anm. 26.

a) Die Vorschriften dieses Absatzes beziehen sich auf alle die Bekanntmachungen, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, d. h. die die Gesellschaft aus irgend einem Rechtsgrunde in öffentlichen Blättern zu erlassen verpflichtet ist, sei es auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift oder ihrer statutarischen Vorschriften oder sonstiger von der Gesellschaft übernommener Verpflichtungen, z. B. auf Grund von Obligationsbedingungen.

b) Der Inhalt der Vorschrift ist nun erstens, daß im Reichsanzeiger stets veröffentlicht werden muß (der Gesellschaftsvertrag braucht dies nicht besonders zu bestimmen), zweitens, daß weitere Blätter für Bekanntmachungen mit zwingender Kraft bestimmt werden können, aber nur im Gesellschaftsvertrage selbst. Anm. 27.

Diese letztere Vorschrift hat zwei Seiten:

α) der Gesellschaftsvertrag kann in bindender Weise weitere Blätter für Bekanntmachungen bestimmen, selbstverständlich nach seiner Wahl auch keines oder auch eines (Lehmann-Ring Nr. 12). Geht ein solches ein, so kann eben der Gesellschaftsvertrag insoweit nicht erfüllt werden; die Bekanntmachung in den übrigen Blättern, eventuell im Reichsanzeiger allein, genügt alsdann (KGJ. 4, 44 u. 45). — Bestimmt der Gesellschaftsvertrag weitere Blätter überhaupt nicht, so bewendet es beim Reichsanzeiger allein. Die Bestimmung, daß — außer im Reichsanzeiger — in einem fremdsprachigen Blatt die Bekanntmachungen zu erfolgen haben, ist gültig (RG. in SeuffA. 3. Folge I 10).

β) Nur der Gesellschaftsvertrag kann in bindender Weise diese Bestimmung treffen, weder Vorstand, noch Aufsichtsrat, noch Generalversammlung; selbst dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung der Blätter einem dieser Organe überlassen hätte. Solche Übertragung wäre eben ungültig, weil sie den Gesetzen zuwiderläuft. Anm. 28.

§ 182.

Anm. 29. Nicht bezweifelt kann werden, daß der Gesellschaftsvertrag auch bestimmen kann, daß die Veröffentlichung in gewissen Organen erfolgen solle, doch so, daß die Veröffentlichung im Reichsanzeiger zur Gültigkeit genüge. Die Wahl solcher fakultativer, die Gültigkeit der Veröffentlichung nicht bedingender Organe kann auch dem Aufsichtsrat überlassen werden (vgl. Goldmann 42; zust. Behrend § 98 Anm. 13; dagegen Lehmann-Ring Nr. 12).

Anm. 30. **Zusatz 1. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages** erfolgt nach objektiven Grundsätzen nur aus ihm selbst heraus. Was sich der Verfasser, was einer der Gründer, oder was sich alle gedacht haben, ist gleichgültig. Denn das Statut soll nach außen wirken (RG. in JW. 05, 214 [23] für G. m. b. H.; dagegen RG. in JW. 01, 142 [9]).

Anm. 31. **Zusatz 2. Die Folge der Nichtbeobachtung einer der in Absatz 1 und 2 gegebenen Vorschriften ist für das Gründungsstadium** die, daß die Gesellschaft von der Eintragung zurückgewiesen werden muß. Es kann dann der Mangel verbessert werden. Die Verbesserung muß in geeigneter Form erfolgen. Es braucht aber nicht gerade in der neuen Verhandlung alles wiederholt zu werden. So wird z. B., wenn bei Feststellung des Statuts eine unzulässige Firma gewählt wurde, es genügen, wenn die Statutfeststeller in einer erneuten Verhandlung unter Bezugnahme auf die frühere Verhandlung eine zulässige Firma feststellen.

Anm. 32. Über die Frage, wie sich das Verhältnis gestaltet, wenn die Vorschriften der Absätze 1 und 2 nicht beachtet sind, **die Eintragung aber gleichwohl erfolgt ist**, s. zu § 309. Nach den dort (Anm. 2ff.) gegebenen Erläuterungen machen Verstöße sowohl gegen Abs. 1 wie gegen Abs. 2 des § 182 die Gesellschaft nichtig. Ein allgemeiner Grundsatz, daß die Eintragung alle Mängel der Gründung heilt, wenn nachherige Erklärungen der Beteiligten hinzukommen, kann als geltend nicht anerkannt werden (vgl. Pinner 54 IV und unten Anm. 2 zu § 309). Soweit allerdings die Gesellschaft selbst nicht nichtig ist, muß man auch für die Aktienübernahme die Vorschrift des § 189 Abs. 4 entsprechend anwenden.

Anm. 33. **Zusatz 3. Das Rechtsverhältnis der Gründer unter einander richtet sich nach den von ihnen selbst getroffenen besonderen Vereinbarungen.** Dabei ist von besonderer Wichtigkeit die Frage nach der Gültigkeit sogenannter **Vorgründungsverträge**. Im geschäftlichen Verkehr werden dieselben sehr häufig geschlossen. Es ist z. B. jemand bestrebt, sein Geschäft zu „gründen". Er setzt sich mit einem Bankier in Verbindung und beide treffen nunmehr eine Vereinbarung, nach der sich der Kaufmann verpflichtet, sein Geschäft in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln und hierbei sein Geschäft einzubringen. Weitere Abmachungen gehen dann dahin, daß sich der Bankier verpflichtet, um einen Teil der Aktien abzunehmen, für einen weiteren Teil wird dem Bankier wohl auch das Optionsrecht eingeräumt usw. usw. Ist ein derartiger Vertrag gültig? An sich ist die Zulässigkeit einer bindenden Vereinbarung zur Abschließung eines Aktiengesellschaftsvertrages nicht zu verneinen (ROHG. 18, 360). Allein ein solcher Vertrag muß bereits die Einigung und die wesentlichen Bestandteile eines Aktiengesellschaftsvertrages enthalten und ferner ersehen lassen, was außerdem gelten soll, also entweder ein Statut über die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im einzelnen oder aber, daß beabsichtigt war, ev. die Vorschriften des Gesetzes gelten zu lassen (vgl. ROHG. 9, 39; RG. 41, 281). Es fehlt sonst an jedem Mittel, um die übernommenen Verpflichtungen zu erzwingen. Wie sollen z. B., wenn sich in solcher Vereinbarung nicht fünf Personen vereinigt haben, die Personen der fünf Gründer zusammenkommen, wenn man sich nachträglich nicht auch darüber einigt? Niemandem kann ein Mitgründer, für dessen Taten man doch in so schwerer Weise mit verantwortlich ist, aufgebürdet werden. Wie soll der Sitz der Gesellschaft, die Firma, die Höhe des Grundkapitals hinterher festgesetzt werden, wenn hierüber nicht von vornherein Einigung erzielt ist (vgl. RG. 30, 95; 41, 282)?

Anm. 34. Was die Form dieses Vorvertrages betrifft, so hat das RG. (43, 136; vgl. auch 50, 48 und bei Holdheim 14, 291) die Gültigkeit eines Vertrages betreffend Gründung einer G. m. b. H. von Beobachtung der notariellen oder gerichtlichen Form abhängig gemacht. Die Gründe dieses Erkenntnisses lassen ersehen, daß es nach Meinung des RG. auch für die Aktiengesellschaft gilt. Denn es spricht allgemein den Satz aus: Es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gehörigen Form Beachtung

schenkt. Staub (GmbH. Anm. 25 zu § 2) bekämpft dieses Urteil und ihm ist beizutreten. § 182. Die Form ist hier nicht vorgeschrieben für die Bindung, sondern für die Entstehung der Gesellschaft, die Festsetzung der Satzung. Hiervon durchaus verschieden ist die Vereinbarung, bestimmte Werte in eine zu bildende Aktiengesellschaft einzubringen, oder durch Zahlung eines Betrages Aktien einer zu gründenden Gesellschaft zu übernehmen. Mit Recht weist Staub darauf hin, daß man eine Wechselverpflichtung nur eingehen, eine Hypothek nur bestellen kann unter Wahrung bestimmter Formen; die Verpflichtung aber, einen Wechsel zu geben, eine Hypothek zu bestellen, ist formfrei. So richtig der oben angeführte Satz des Reichsgerichts auch an sich ist, so ist er doch für den hier fraglichen Fall nicht anzuführen. Er fände Anwendung auf den Fall, wenn mehrere Personen eine Gesellschaft ohne Beachtung der Form gründen; es kann dann nicht auf Erfüllung geklagt werden; seine Anwendung versagt aber, wenn mehrere Personen vereinbaren, einer zu gründenden Gesellschaft gegenüber bestimmte Leistungen vorzunehmen. Diese Abrede ist im inneren Verhältnis der Parteien, falls sie genügend bestimmt ist, gültig (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 187).

Aus einem ähnlichen Grunde ist entgegen der in der 6./7. Aufl. vertretenen Ansicht die Form Anm. 35. des § 313 BGB. bei derartigen Verträgen nicht zu wahren. Wenn, wie üblich, die Vereinbarung dahin geht, daß A. sich verpflichtet, sein Geschäft mit Grundstücken in eine Gesellschaft gegen Aktien einzubringen, diese Aktien dem Bankier gegen eine bestimmte Vergütung zum Teil fest, zum Teil in Option, zu überlassen, so ist dies ein Veräußerungsgeschäft, dessen Gegenstand Aktien einer zu gründenden Gesellschaft sind. Nur um die Aktien zu individualisieren, ist im Vertrage angeführt, wie die Gesellschaft gegründet werden und was eingebracht werden soll. Gegenstand des Geschäfts ist daher lediglich die Aktienveräußerung, nicht aber die Übertragung von Grundstücken an die Gesellschaft; die Form des § 313 braucht daher nicht gewahrt zu werden.

Aus dem Vorgründungsvertrage sind die einzelnen Gesellschafter gegeneinander verpflichtet, alles zu tun, was zur Errichtung der Gesellschaft nötig ist, insbesondere also 25% einzuzahlen und die zur Eintragung nötigen Erklärungen abzugeben (OLG. Hamburg in OLGR. 10, 245).

Zusatz 4. Was die älteren Gesellschaften betrifft, so sind die Vorschriften der Abs. 1 u. 2 Anm. 36. naturgemäß nicht anwendbar, da sie die Gründung betreffen (vgl. Art. 23 EG. z. HGB.). Was aber den Abs. 3 anlangt, so findet dieser auch auf ältere Gesellschaften Anwendung. Denn er ist keine bloße Gründungsvorschrift, sondern hat auch für das spätere Leben der Gesellschaft Bedeutung. Allein in dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß schon das Aktiengesetz von 1884 die gleiche Vorschrift hatte.

§ 183.

Ist im Gesellschaftsvertrage nichts darüber bestimmt, ob die Aktien auf § 183. den Inhaber oder auf Namen lauten sollen, so sind sie auf Namen zu stellen.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß auf Verlangen des Aktionärs die Umwandlung seiner auf Namen lautenden Aktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat.

Der vorliegende Paragraph gibt zwei Vorschriften darüber, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf den Namen lauten sollen. Je nachdem das eine oder das andere der Fall ist, liegt eine verschiedene Art von Aktien vor. Die Bezeichnung „Aktienart" war früher auch vom Gesetz gebraucht (Art. 209 Abs. 2 Nr. 4; 209a Nr. 3; 209e Abs. 1). Aber das Aufgeben der Bezeichnung hat keine materielle Bedeutung. Über verschiedene „Aktiengattungen" s. § 185.

1. **Das Statut braucht darüber nichts zu enthalten.** Enthält das Statut darüber nichts, so sind Anm. 1. die Aktien auf den Namen zu stellen. Sollen die Aktien auf den Inhaber gestellt werden, so muß das Statut dies bestimmen. Das Statut kann auch bestimmen, daß die Aktien zum Teil auf den Inhaber, zum Teil auf den Namen lauten (vgl. Abs. 2).

2. **Der einzelne Aktionär hat nicht ohne weiteres das Recht, zu bestimmen,** ob ihm eine In- Anm. 2. haber- oder eine Namensaktie zu geben sei, und ebensowenig hat er das Recht, die Umwandlung

§ 183. seiner Inhaber- in eine Namensaktie und umgekehrt zu verlangen. Noch weniger hat er das Recht, die Umwandlung selbst vorzunehmen. Aber das Statut kann ihm das Recht geben, die Umwandlung durch die Gesellschaftsorgane zu verlangen. Die Erfüllung dieses Verlangens ist dann eine einfache Verwaltungshandlung (D. 131). Diese Umwandlung kann nur in der Weise erfolgen, daß die Aktie ihrer Art nach umgewandelt, so daß also aus einer Inhaberaktie eine Namensaktie oder aus einer Namensaktie eine Inhaberaktie wird. Die Vorschrift wendet sich gegen die Auslegung, die der frühere Art. 209a Ziffer 3 erhalten hatte (vgl. unsere 5. Aufl. § 4 zu Art. 209a), nämlich dahin, daß die wirkliche Umwandlung eine Statutenänderung sei. Dies sollte abgeändert werden. Die wirkliche Umwandlung soll, wenn die Umwandlung statutarisch gestattet ist, eine reine Verwaltungshandlung sein. Dagegen ist auf diesem einfachen Wege nicht etwa eine Umwandlung nach Art und Nennwert möglich. Der Vorstand kann z. B. nicht im Statut ermächtigt werden, durch einfache Verwaltungshandlung 5 Namensaktien à 200 Mk. gegen eine Inhaberaktie à 1000 Mk. umzutauschen. Das wäre eine Abänderung einer wesentlichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nach § 182 Nr. 3 (die Höhe der einzelnen Aktien). Eine solche Abänderung kann nicht durch eine gewöhnliche Verwaltungshandlung geschehen.

Anm. 3. 3. **Auch der Vorstand hat nicht das Recht, nach seinem Ermessen zu bestimmen,** ob Inhaber- oder Namensaktien auszugeben oder die Umwandlung der einen Art in die andere stattzufinden habe. Aber man wird annehmen müssen, daß das vor der Ausgabe der betreffenden Aktien festgestellte Statut ihm diese Freiheit einräumen kann (D. 131).

Anm. 4. 4. **Durch einfache Statutenänderung aber kann nicht die ursprüngliche Art in eine andere Art von Aktien umgewandelt werden,** mit bindender Kraft für alle Aktionäre. Vielmehr würde dazu die Zustimmung der davon betroffenen Aktionäre gehören (Lehmann I 206; Goldmann Anm. 10 gegen Lehmann-Ring Nr. 2). Aber mit ihrer Zustimmung können durch eine Statutenänderung ein Teil der Aktien oder auch alle Aktien umgewandelt werden.

Anm. 5. **Zusatz 1. Werden den gesetzlichen Vorschriften des vorliegenden Paragraphen zuwider Inhaberaktien statt Namensaktien oder Namensaktien statt Inhaberaktien ausgegeben,** so ist weder Strafe, noch Schadensersatzpflicht, noch Nichtigkeit bestimmt. Es ist anzunehmen, daß die Aktien gültig sind und Strafe nicht eintritt, Vorstand und Aufsichtsrat aber nach §§ 241 und 249 für etwaigen Schaden haften.

Anm. 6. **Zusatz 2. Stempelfrage.** Die Umwandlung der Namensaktie in eine Inhaberaktie und umgekehrt ist als stempelfreier Akt zu betrachten. Es ist der Urkundenstempel nicht zu verwenden, weil keine Änderung des Rechtsverhältnisses vorliegt, auch dann nicht, wenn eine neue Urkunde ausgegeben wird (RG. 40, 126; ferner RG. in JW. 98, 169; auch zitiert in RG. 40, 131 Anm. 1 und RG. in JW. 00, 474[20]; vgl. auch RG. 45, 87). Auch der Anschaffungsstempel ist nicht zu entrichten, weil kein neues Aktienrecht erworben wird.

Zusatz 3. Die Vorschrift findet auch auf **bestehende Gesellschaften** Anwendung (vgl. Anm. 4 zu § 178).

§ 184.

§ 184. Für einen geringeren als den Nennbetrag dürfen Aktien nicht ausgegeben werden.

Die Ausgabe für einen höheren Betrag ist statthaft, wenn sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist.

Der vorliegende Paragraph verbietet die Unterpari-Emission und gestattet die Überpari-Emission. Über das Wesen dieser beiden Arten von Emissionen s. Anm. 19 ff. zu § 178.

Anm. 1. 1. **Das Verbot der Unterpariemission.** Infolge dieses Verbots wird eine Gesellschaft, deren Aktien unter pari stehen, kaum in der Lage sein, ihr Aktienkapital zu erhöhen. Denn niemand wird für das Mitgliedsrecht, dessen Börsenpreis 60 % beträgt, der Gesellschaft 100 % geben. Die Gesellschaft kann in solchem Falle ihr Kapitalbedürfnis nur durch Ausgabe von Vorzugs-

aktien, Aufnahme von Obligationen oder durch freiwillige Zuzahlung seitens der Aktionäre befriedigen, wenn sie es nicht vorzieht, durch Zusammenlegung den Aktien einen dem Nennwert gleichkommenden Kurs zu verschaffen. Auf den Fall, daß ein schon bestehendes Anteilsrecht seitens der Gesellschaft veräußert wird (z. B. bei kaduzierten Aktien), bezieht sich das Verbot nicht, sondern nur auf die Schaffung von Anteilsrechten.

Eine Verschleierung der Unterpariemission (durch Gewährung von Diskonten, Zinsvergütungen, Provisionen usw.) ist unzulässig.

Dagegen bedeutet das Verbot der Unterpariemission nicht, daß die Gesellschaft selbst unter allen Umständen mindestens 100% in die Gesellschaftskasse erhält. Es können zu Lasten der Gesellschaft Kosten, Stempel, Provisionen usw. entstehen, ohne daß dadurch der Begriff der Pariemission berührt wird. So muß man es auch für zulässig erachten, daß einem sogenannten Garantiekonsortium, das die Unterbringung vermittelt und für ihren Erfolg einsteht, eine Provision zugesichert wird. Nur darf dabei keine Verschleierung vorliegen, wenn es von vornherein feststeht, daß die Mitglieder des Konsortiums Übernehmer der Aktien werden.

Anm. 2. Die Verletzung der Vorschrift bedeutet nicht die Ungültigkeit der Emission oder der Gründung. Denn es ist nicht gesagt „können nicht", sondern „dürfen nicht", was nach dem neuern Sprachgebrauch nicht Ungültigkeit bedeutet (Planck I 28). Die Verletzung der Vorschrift hat aber zur Folge, daß eine solche Gründung oder Kapitalserhöhung von der Eintragung zurückgewiesen werden muß. Ist sie versehentlich eingetragen, dann gilt sie als eine Pariemission (dagegen Jacobi, Wertpapiere 349; Goldmann Anm. 4; Ring Nr. 1).

Anm. 3. 2. **Überpariemission.** Diese ist gesetzlich zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit ausspricht.

Anm. 4. a) Die Zulässigkeit kann auch bei Einbringungsgründungen ausgesprochen werden. Beispiel: Für eine eingelegte Fabrik wird ein Preis von 600000 Mk. bestimmt, der durch Hergabe von Aktien zum Nennwert von 500000 Mk. zum Kurse von 120% gezahlt werden soll. § 195 Abs. 3 steht dem nicht entgegen, weil er sich nur auf Bareinlagen bezieht (Simon 280; Pinner 22).

Anm. 5. b) Das Statut, das die Zulässigkeit ausspricht, braucht nicht das ursprüngliche zu sein. Auch im Wege der Statutenänderung kann die Zulässigkeit ausgesprochen werden (ebenso Rießer, Neuerungen 95). Auch kann die Statutenänderung zusammen mit der Kapitalserhöhung beschlossen werden (vgl. zu § 277). — Das Statut braucht ferner nur allgemein die Statthaftigkeit der Überpariemission auszusprechen, nicht den Emissionskurs (D. 131). Aber es fragt sich, wie der Emissionskurs bestimmt wird. Bei der Kapitalserhöhung liegt die Sache so, daß die Generalversammlung den Mindestkurs zu bestimmen hat; den wirklichen Ausgabekurs, der ja noch höher sein kann, bestimmen, wenn die Generalversammlung nach dieser Richtung keine Anweisung gegeben hat, die Verwaltungsorgane. Bei der Simultangründung muß die Statutfeststellungsverhandlung den Kurs enthalten, zu dem die Statutfeststeller die Aktien übernehmen (Anm. 12 zu § 182) und die weitere Verhandlung nach § 188 den Kurs, zu dem die übrigen Aktien übernommen werden. Bei der Sukzessivgründung muß die Statutfeststellungsverhandlung den Kurs enthalten, zu dem die Statutfeststeller die Aktien übernehmen (Anm. 12 zu § 182) und der Zeichnungsschein den Kurs, zu dem die Zeichnenden die Aktien übernehmen (§ 189 Nr. 3).

Anm. 6. c) Der Ausgabekurs braucht kein einheitlicher zu sein. (Allgemeine Ansicht; vgl. Pinner 22.)

Weitere Vorschriften, die auf die Überpariemission Bezug haben, s. § 195 Abs. 3 (bei der Anmeldung zum Handelsregister ist der Ausgabekurs anzugeben), § 189 Abs. 3 Nr. 3 (im Zeichnungsschein muß der Ausgabekurs vermerkt sein), § 195 Abs. 3 (vor der Eintragung ist der Mehrbetrag über den Nennwert zu zahlen), § 199 Abs. 2 (der Ausgabebetrag wird vom Registerrichter veröffentlicht), § 262 Nr. 2 (der Mehrbetrag über den Nennwert fließt dem Reservefonds zu).

§ 184. d) Unter „Ausgabe“ der Aktien im Sinne dieses Paragraphen ist nur die erste Ausgabe bei Gründung oder Erhöhung zu verstehen, nicht etwa gilt die Vorschrift bei Verkauf eigener Aktien, die die Gesellschaft erworben hat. Hierbei ist nach pflichtmäßigem Ermessen des Vorstandes auch Verkauf unter dem Nennwert gestattet (über Ankauf eigener Aktien durch die Gesellschaft über pari vgl. Jacobson bei Holdheim 12, 148).

§ 185.

§ 185. **Im Gesellschaftsvertrage können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte, insbesondere in Betreff der Vertheilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens, festgesetzt werden.**

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Schaffung von Vorzugsaktien.** Der Aktienverkehr hat aus sich heraus das Institut der Vorzugsaktien geschaffen. Es herrschten aber früher, weil der Gegenstand jeder gesetzlichen Regelung entbehrte, über das Wesen, insbesondere über den Inhalt der Vorrechte, die erheblichsten Streitfragen (vgl. ROHG. 22, 361; RG. 9, 30). Diesen suchte schon das Aktiengesetz von 1884 vorzubeugen, zwar nicht dadurch, daß es die Rechte der Vorzugsaktien gesetzlich festsetzte, wohl aber dadurch, daß es für den Fall der Ausgabe von Aktien verschiedener Rechte eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage über den Inhalt der Vorrechte verlangte. Diese Art der Regelung ist von dem neuen HGB. übernommen worden. Dabei bedient sich das Gesetz eines inkorrekten Ausdrucks, wenn es sagt, daß für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte festgesetzt werden können. Gemeint ist, daß verschiedene Aktiengattungen durch Verleihung verschiedener Rechte gebildet werden können.

Anm. 1. 1. **Im Gesellschaftsvertrage** können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte festgesetzt werden. Das muß, damit die Statutenbestimmung gültig sei, in ganz spezieller Weise geschehen: die Verschiedenheit der Rechte muß klar ersichtlich sein. Selbstverständlich ist hiernach, daß bloße Verwaltungshandlung zur Schaffung von verschiedenen Aktiengattungen nicht ausreicht. Kein Zweifel besteht, daß jene Statutenbestimmung sowohl im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage, als auch im abgeänderten Gesellschaftsvertrage geschehen kann (zust. Makower I 379), letzteres z. B. bei der Erhöhung des Aktienkapitals: man stattet die neu auszugebenden Aktien mit Vorzugsrechten aus, um wirksamer zu werben.

Anm. 2. In neuerer Zeit sind aber vielfach Vorzugsaktien noch auf eine andere Art geschaffen worden, nämlich ohne Erhöhung des Aktienkapitals, und zwar in der Weise, daß beschlossen wurde, die Inhaber der bisherigen Aktien sollten das Recht haben, durch Zuzahlung eines bestimmten Betrages ihre Stammaktien in Vorzugsaktien umzuwandeln. Unbedenklich ist dies zulässig mit Zustimmung aller Aktionäre.

Voraussetzung ist ebenso unbedenklich, daß allen Aktionären die Möglichkeit der Zuzahlung gewährt wird. Sehr streitig war aber wenigstens bis zum Erlaß des neuen HGB. die Frage, ob ein Mehrheitsbeschluß dieses Inhalts zuläßig sei.

Die Frage hängt ihrem inneren Grunde nach zusammen mit der prinzipiell und für die Praxis äußerst wichtigen Frage, die zu den umstrittensten des Aktienrechts gehört, inwieweit auf Aktionäre ein indirekter, wirtschaftlicher Zwang zur Gewährung neuer Mittel ausgeübt werden kann. Von ihrer Entscheidung hängt es ab, inwieweit und in welcher Weise notleidende Gesellschaften ihren Geldbedarf decken, oder wie es jetzt allgemein heißt, sich „sanieren“ können. (Über Sanierung bei Versicherungsaktiengesellschaft vgl. § 69 PrivVersUntGes.) Der eine Weg zu diesem Ziel, Aufnahme eines Darlehns, oder Beschluß der Kapitalserhöhung, der aber sehr häufig ungangbar sein wird, bietet Anlaß zum Streit nicht, weil hierbei die gesetzliche Regelung vorhanden ist. Anders steht es mit der üblicheren Art der Sanierung, Erhöhung mit oder ohne gleichzeitige Herabsetzung des Aktien-

kapitals mit Vorrechten für die Aktionäre, die neue Aktien nehmen, beziehungsweise ihre alten Aktien gegen Zuzahlung in neue umwandeln. Hier ist die Frage, inwieweit dies zulässig ist, äußerst bestritten (vgl. hierüber Anm. 13 zu § 290). Eine dritte Art ist die hier zur Erörterung stehende, daß nämlich ohne Erhöhung des Grundkapitals den Aktien, die zuzahlen, gewisse Vorrechte eingeräumt werden. Diese kann hier ohne Eingehen auf die anderen Arten der Sanierung erörtert werden, weil nach der hier vertretenen Ansicht das Gesetz zur Entscheidung ein zweifelsfreies Resultat gibt, gleichviel, wie man die andere Frage entscheidet.

Die Gegner der Theorie, daß durch Mehrheitsbeschluß Vorzugsrechte gewährt werden sollen, führen im wesentlichen aus, daß ein derartiger Beschluß ein Sonderrecht der Aktionäre verletze und daß sie durch denselben zu nach § 211 unzulässigen Zuzahlungen gezwungen würden.

Was zunächst den ersteren Punkt betrifft, so besteht ein allgemeines Recht darauf, daß Aktionäre nicht durch Mehrheitsbeschlüsse geschädigt werden, nicht. Die Aktiengesellschaft ist auf dem Prinzip der Entscheidung durch die Mehrheit aufgebaut. Gewisse bestimmte „Sonderrechte", die sich aus den Grundprinzipien des Aktienrechts ergeben, sind allerdings unentziehbar; welche Rechte hierzu gehören, ist sehr bestritten (vgl. Erl. zu § 250); jedenfalls aber gehört zu ihnen nicht das Recht auf einen bestimmten Ertrag. Soweit also durch einen Mehrheitsbeschluß die Aussicht auf den Ertrag geschmälert wird, kann der einzelne nicht widersprechen.

Auch die Berufung auf § 211 versagt. Der Aktionär wird ja nicht gezwungen, zuzuzahlen; der Beschluß ergeht nicht dahin, daß eine Klage auf Einzahlung zulässig ist — ein solcher Beschluß wäre natürlich ungültig —, sondern es wird dem Willen des Aktionärs, seiner wirtschaftlichen Erwägung, überlassen, ob er es für ratsam erachtet, durch Leistung einer Zuzahlung seinen Aktienbesitz nicht zu entwerten. Nun ist es allerdings richtig, daß in dem Beschluß, zuzuzahlen, ein wirtschaftlicher Zwang liegen kann. Wer nicht zuzahlt, tritt mit seinem Aktienbesitz hinter die Zuzahlenden zurück; seine Aussichten auf Dividende werden durch Vorzugsdividenden der Zuzahlenden geschmälert und in weite Ferne gerückt. Ein derartiger Zwang aber ist weder sonst im Recht, noch auch im Aktienrecht verboten. Wie häufig tritt an den Gläubiger die Frage heran, ob er seinen Schuldner durch Gewährung neuer Mittel stützen oder, falls er nicht zuzahlt, ihn in den Konkurs treiben soll! Und ist der Zwang bei der doch unzweifelhaft zulässigen Ausgabe von Vorzugsaktien bei Kapitalserhöhung etwa geringer?

So lange daher das zwingende Moment lediglich wirtschaftlicher Natur ist — und dies ist es im vorliegenden Fall, da alle Aktionäre gleich berechtigt sind —, kommt es für die Rechtsfrage nicht in Betracht.

Diese Erwägungen haben schon vor Erlaß des neuen HGB. meist zur Bejahung der Frage geführt. Weil aber die Entscheidung nicht unbestritten war, wollte das neue Gesetz sie endgültig lösen. Es tat dies durch Aufnahme der Bestimmung in § 262 Nr. 3, die den Betrag von Zuzahlungen ohne Erhöhung des Aktienkapitals dem Reservefonds überweist. Die D. (131) erklärt hierzu: „Die Frage . . . ist durch die Vorschrift entschieden". Es ist richtig, daß auch in § 262 nicht gesagt ist, daß die Zuzahlungen durch Mehrheitsbeschlüsse zulässig seien. Nachdem aber das Gesetz die Frage in bejahendem Sinne entscheiden wollte, nachdem es eine Bestimmung aufgenommen hat, von der doch nicht anzunehmen ist, daß sie etwas schlechthin Selbstverständliches, nämlich die Möglichkeit der Beschlußfassung durch Stimmeneinhelligkeit, bestimmt hat, muß man dahin kommen, zu sagen, daß die Frage durch das Gesetz entschieden ist.

Die Mehrheit der Schriftsteller (Lehmann-Ring Nr. 4; Goldmann Anm. 18; Behrend § 136 Anm. 3; Pinner Anm. III und in Holdheim 11, 158; Leist, Sanierung 32 ff.; Tecklenburg bei Holdheim 12, 117; Bachmann, Sonderrechte 77) und die Praxis (RG. 52, 292; KGJ. 24 A S. 67) stehen auf dem hier vertretenen Standpunkt; gegen ihn hat sich Staub (6/7. Aufl. und GmbHG. Anm. 26 zu § 5; Laband in DJZG. 02, 229; Lehmann in ArchBürgR. 9, 365 und im Aktienrecht I 219; zum Teil Fuld in ZgA. 12, 120) ausgesprochen.

§ 185. Bemerkt mag noch werden, daß hier nur die Frage erörtert ist, ob der Mehrheitsbeschluß betr. Gewährung von Vorteilen gegen Zuzahlung zulässig ist; inwieweit hiermit die Androhung von Nachteilen bei Nichtzuzahlung durch größere Zusammenlegung usw. verbunden werden kann, ist zu § 290 dargelegt.

Anm. 3. Den wirtschaftlichen Zweck, der durch Schaffung von Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals bezweckt wird, erreichen die Aktiengesellschaften auch auf andere Weise. Es wird so zu Werke gegangen, daß die Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe von Vorzugsaktien beschlossen und gleichzeitig den bisherigen Aktionären gestattet wird, ihre Aktien zu einem gewissen geringeren Kurse behufs Kraftloserklärung derselben in die Gesellschaft einzubringen, d. h. in Zahlung auf Vorzugsaktien zu geben und den Rest bar einzuzahlen. Eine solche Transaktion ist ebenfalls zulässig. Denn hierbei werden die Vorschriften über Kapitalserhöhung einerseits und Kraftloserklärung andererseits gewahrt. Ja die Kapitalserhöhung ist in solchem Falle sogar eine qualifizierte im Sinne des § 279 (vgl. zu § 279).

Anm. 4. 2. **Welcher Art die Vorzugsrechte sein können,** sagt das Gesetz nicht. Es hebt nur hervor: daß sie sich auf Zinsen und Dividenden und den Anteil am Gesellschaftsvermögen beziehen können. Bloße Verschiedenheit im Nennbetrage der Aktien ist zwar zu lösen, begründet aber keine Verschiedenheit der Aktiengattung. Ferner begründet der Unterschied zwischen Inhaber- und Namensaktie keine verschiedene Aktiengattung, sondern eine verschiedene Aktienart (vgl. die Einl. zu § 183). Zu bemerken ist, daß die Ausführung der Beschlüsse, die Einforderung der Nachzahlung, die Fristbestimmung und die Umwandlung der Aktien in Vorzugsaktien dem Aufsichtsrat überlassen werden kann (OLG. Dresden bei Bauer 12, 53).

Anm. 5. a) Unzulässig ist eine Bevorzugung hinsichtlich der Rechte, die das Gesetz aus Gründen öffentlichen Rechts grundsätzlich allen Aktionären gleichmäßig gewährt. Das gilt in bezug auf die Ausübung der Minderheitsrechte.

Anm. 6. b) Zulässig sind Stimmrechtsbevorzugungen (vgl. zu § 252).

Anm. 7. c) Zulässig ist eine Bevorzugung in den Sonderansprüchen auf vermögensrechtliche Leistungen der Gesellschaft: in bezug auf Dividenden, sowie Anteil am Ausschüttungsvermögen; jedoch ist die Gewährung fester Zinsen, als dem Begriff des Aktienrechts widersprechend, unzulässig. Der Dividendenvorzug besteht häufig darin, daß zunächst den Vorzugsaktien ein bestimmter Prozentsatz zugesichert ist, der Rest aber den Stammaktien oder beiden Gattungen gleichmäßig zufließen soll. Sehr häufig ist auch das Nachbezugsrecht von Dividenden für Jahre, in denen die Gesellschaft keinen Reingewinn hatte, zugesichert. Der Charakter von Dividenden geht dadurch nicht verloren, da doch immerhin das Vorhandensein eines Reingewinns die Voraussetzung des Rechts ist. Immerhin ist das Nachbezugsrecht kein echter Dividendenanspruch (RG. 15, 101), daher nicht durch spätere Beschlüsse entziehbar (Lehmann II 409). Ob ein solches Nachbezugsrecht anzunehmen ist, entscheidet lediglich die Auslegung (Bekker in ZHR. 16, 77). Dem Nachbezugsrecht geht der laufende Dividendenschein vor (RG. 9, 30). Unter den Nachbezugsrechten verschiedener Jahre wohnt dem älteren ein Vorzugsrecht vor dem jüngeren inne (ROHG. 22, 372; dagegen Keyßner in Holtzendorff, Rechtslexikon sub verbo Prioritätsaktie). Es ist nicht unzulässig, über die Vorzugsdividende einen besonderen Genußschein auszugeben, der besonders begebbar und mit besonderem Talon und besonderen Dividendenscheinen versehen ist. Aber natürlich ist dieser Genußschein ein Zubehör der Aktie, wie ein gewöhnlicher Dividendenschein, und verliert seine rechtliche Existenz mit dem Aufhören des Aktienrechts (vgl. Anm. 26 zu § 179). Auch eine Ablösung von Vorzugsrechten zum Zwecke der Herstellung der Rechtsgleichheit und Abschaffung der Verschiedenheit der Gattungen in späteren Zeiten kann vorgesehen sein, wie dies z. B. schon vorgesehen ist in der Weise, daß ausbedungen wurde, die Vorrechtsaktionäre müßten sich gefallen lassen, daß sie gegen Zahlung einer bestimmten Summe ihrer Vorrechte verlustig gehen.

d) Weiter können die Vorzugsaktien darin bevorzugt sein, daß ihnen bei Auflösung der Gesellschaft ein Vorrecht in Höhe des Nennbetrages ihrer Aktien zusteht. Auch dafür spricht keine Vermutung (Renaud 770). Sind endlich Aktien mit der

Pflicht zu wiederkehrenden Naturalleistungen nach § 212 und ohne solche vorhanden, so liegen ebenfalls verschiedene Aktiengattungen vor (Makower I 377). § 185.

e) Zulässig ist auch, daß als Vorrechte nicht Mitgliedschaftsrechte, sondern Gläubigerrechte durch Hingabe von Genußscheinen gewährt werden (KGJ. 24 A S. 67). Anm. 8.

f) Eine Aktiengattung kann auch durch eine Aktie gebildet werden; auch ein Aktionär kann bevorzugt werden und bildet dann eine besondere Aktiengattung (Makower I 378). Anm. 9.

Zusatz 1. Zu unterscheiden von den Vorzugsaktien sind die Vorzugsobligationen. Die Obligationsgläubiger sind reine Darlehnsgläubiger, doch kann ihnen ein Gewinnanteil zugesichert sein, ausgeschlossen dagegen ist die Gewährung von Stimmrechten. Die Obligationsscheine der Aktiengesellschaften sind kaufmännische Verpflichtungsscheine (vgl. § 363). Vorzugsobligationen kommen häufig mit hypothekarischen Verpfändungen oder Grundschuldverschreibungen vor, wobei die Sicherheit auf den Namen einer bestimmten Person als Pfandhalterin lautet, die mehreren Gläubiger sich Mehrheitsbeschlüssen unterwerfen und sich gewissermaßen korporativ organisieren. Immerhin muß solche Unterwerfung im Einzelfalle gewollt sein, wenn sie gelten soll. Weder Handelsgebrauch, noch Vermutung sprechen für sie (RG. 22, 61). — Sind die Obligationäre nicht organisiert, so ist für die Frage der Geltendmachung des Rechts der übereinstimmende Wille aller und in Ermangelung einer solchen Übereinstimmung das Ermessen des Pfandhalters maßgebend, aber nicht das willkürliche, sondern das der richterlichen Nachprüfung unterliegende sachgemäße Ermessen (RG. 31, 96). — Das BGB. erleichtert die Bestellung von Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder auf Namen durch die Vorschriften der §§ 1187—1189. Durch Gesetz vom 4. Dezember 1899 ist jetzt die gesetzliche Organisation der Inhaber von Schuldverschreibungen durchgeführt. Anm. 10.

Zusatz 2. Hinsichtlich der Stempelfrage stand früher das Reichsgericht auf dem Standpunkt, daß die Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien stempelpflichtig sei. Diese durch die Wissenschaft heftig bekämpfte Ansicht ist jetzt im Plenarbeschluß (RG. 45, 87) aufgegeben, da durch einen Vermerk, der die Aktie nachträglich als Vorzugsaktie bezeichnet, eine im Sinne des Stempelgesetzes wesentliche Veränderung nicht eintrete. Dies gilt auch für die vor Geltung des früheren Stempelgesetzes vom 27. April 1894 ausgegebenen Aktien (RG. in JW. 00, 275 [10]). Anm. 11.

§ 186.

Jeder zu Gunsten einzelner Aktionäre bedungene besondere Vortheil muß im Gesellschaftsvertrag unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden. § 186.

Werden auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten sind, oder werden vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Von diesen Festsetzungen gesondert ist der Gesammtaufwand, welcher zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder Andere als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird, im Gesellschaftsvertrage festzusetzen.

Jedes Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

§ 185. Einleitung. **Der Paragraph ordnet an, daß etwaige bei der Gründung getroffene Abreden über Sondervorteile (Abs. 1), Sacheinlagen und Übernahmen (Abs. 2) und Gründerlohn (Abs. 3) in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind, widrigenfalls sie der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind (Abs. 4).** (Qualifizierte Gründungsarten.)

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Besondere Vorteile.** Es bleibt den Gründern unbenommen, die Aktiengesellschaft mit der Maßgabe zu errichten, daß einzelnen Aktionären besondere Vorteile eingeräumt werden, so z. B., wenn bei Einbringung eines Patentes dem bisherigen Patentinhaber ein fortdauernder Anspruch auf einen Teil des Reingewinns zugesichert wird. Zum Wesen dieser besonderen Vorteile gehört, daß sie den Aktionären nicht als solchen, also verknüpft mit ihrer Aktie, gewährt werden; sie sind wohl zu unterscheiden von den im § 185 vorgesehenen Vorzugsrechten, welche letztere einzelnen Aktionären als solchen zugebilligt werden und dadurch verschiedene Aktiengattungen bilden. Wohl aber fallen die besonderen Vorteile nur dann unter § 186, wenn sie den Aktionären als Gegenleistung gegen ihre Einlagen gewährt werden. Geschieht die Gewährung als Gegenwert gegen andere Leistungen, so liegt eine Übernahme, aber kein besonderer Vorteil vor.

Anm. 2. Die Sondervorteile, an die das Gesetz hier denkt, sind vermögensrechtliche Leistungen (Dividenden, Ansprüche bei der Auflösung, freies Entree in das Etablissement der Gesellschaft, freie Naturallieferungen usw.; ferner z. B. auch die Verpflichtung der Gesellschaft, Waren bei dem Aktionär zu beziehen [RG. in ZgA. 14, 77]). Der Begriff des Sondervorteils wird dadurch nicht berührt, daß die Abrede zugleich der Gesellschaft vorteilhaft ist (RG. in JW. 04, 182[29]). Die Gewährung fester Zinsen dürfte, als den aktienrechtlichen Grundsätzen widersprechend, unzulässig sein; ebenso ist es die Gewährung von Freiaktien. — Die Sonderansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen werden häufig in Genußscheinen verbrieft, und es ist zulässig, diese auf Order zu stellen (vgl. Anm. 24 ff. zu § 179).

Die früher üblichen Gründerrechte (Bezugsrechte auf Aktien späterer Emissionen) sind seit dem AktGes. von 1884 nicht mehr zulässig (Art. 215a Abs. 4 des alten HGB.; § 283 Abs. 2 des neuen HGB.). — Selbstverständlich handelt es sich in § 186 um Vorteile, welche die Gesellschaft gewährt (vgl. Abs. 3 und Anm. 13).

Anm. 3. Aus dem hier Entwickelten ergibt sich von selbst die Lösung einer von den Kommentatoren behandelten Streitfrage: ob es auch dann der Festsetzung im Gesellschaftsvertrage bedarf, wenn die besonderen Vorteile zugunsten sämtlicher ursprünglichen Gesellschafter ausbedungen werden. — Die Frage ist zu bejahen, weil es sich dann immer noch um einen besonderen Vorteil handelt, indem die Aktionäre außer ihren Mitgliedsansprüchen eben noch besondere Vorteile genießen sollen (vgl. Makower I 380 ff.).

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Sacheinlagen und Übernahmen sind in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.** (Qualifizierte Gründung.)

a) **Sacheinlagen.** Für den Begriff der Einlage ist es nicht erheblich, ob sie in Sachen oder in barem Gelde geschieht; man kann, um Mitglied zu werden, das eine wie das andere hergeben. Eine von den Errichtern der Gesellschaft getroffene Abrede, inhalts deren einer von ihnen als Gegenwert seiner Mitgliedschaft, also für die von ihm übernommenen Aktien, einen anderen Gegenstand als bares Geld hergeben soll, ist daher ein Teil des geschlossenen Gesellschaftsvertrages. Das haben die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts bei der Frage, ob der Einbringungsvertrag als Kaufvertrag zu verstempeln sei, im Gegensatze zu einer Plenarentscheidung des OTr. (76, 20) ausgesprochen. Der Einbringungsvertrag ist hiernach kein Kaufvertrag, sondern ein Teil des Gesellschaftsvertrages, ein „Akt des Mitgliedwerdens", wie Lehmann sagt (RG. 2, 303 und RG. 45, 101). Näheres Anm. 19.

Anm. 5. Zum Wesen der Sacheinlagen gehört, wie aus obiger Begriffsbestimmung hervorgeht, daß man Sachen als Gegenwert gegen Mitgliedschaftsrechte hergibt, also als Preis für die Aktien. Die Fassung der §§ 186 und 279 ist insofern nicht ganz bestimmt, als sie dahin lautet, daß Einlagen „auf das Grundkapital" gemacht werden. Auch das ist Einlage, was auf das Agio über das Grundkapital hinaus verrechnet wird.

Geeigneter Gegenstand der Einlage ist „jeder Wertgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann" (Motive zum AktGes. von 1884 I 151). Dazu gehört alles, was dem Rechtssubjekt als Gegenstand des Erwerbes gegenübersteht, wozu weder Körperlichkeit, noch Eigentumsfähigkeit, sondern lediglich Verkehrsfähigkeit gehört (Simon 166). Danach sind geeignete Einlagegegenstände: Sachen, Rechte (Urheber-, Patentrechte, Aktienrechte an anderen Gesellschaften, dingliche Rechte, Anteile an einer G. m. b. H.), auch immaterielle Güter, wenn sie verkehrsfähig sind, z. B. das Firmenrecht, Fabrikationsgeheimnisse, das Handlungsetablissement in seiner Gesamtheit, die Kundschaft, Konzessionen (vgl. Simon, Bilanzen 166ff.), auch ausstehende Forderungen (so daß es z. B. zulässig ist, daß ein Gründer sein Geschäft mit Aktiven und Passiven, ein anderer seine Forderungen an den erstgedachten Einleger einbringt; Pinner 27; LG. Frankfurt a. M. bei Holdheim 2, 100), nicht aber Dienstleistungen, hier schon aus dem Grunde nicht, weil bei ihnen ein Erwerbs- oder Herstellungspreis nicht vorhanden ist (§§ 261, 191 — vgl. Behrend § 107 Anm. 13; Makower I 383; Simon 173; vgl. auch bei uns Anm. 9 zu § 161, in welchem Fall andere Grundsätze maßgebend sind; anders Cosack § 117 Anm. 50; Rudorff zu § 186; Rehm, Bilanzen 179; Goldmann Anm. 10; Lehmann I 375). Keine geeignete Einlage ist ein vom Aktionär selbst akzeptierter Wechsel; denn es muß hier überall davon ausgegangen werden, daß das Gesetz unter Einlage einen solchen Vermögenswert verstanden wissen will, durch den auch die 25%ige Mindestbareinzahlung ersetzt werden kann. Dazu gehört begrifflich, daß die Einlage schon vor ihrer Übertragung in der Hand des sie leistenden Aktionärs ein Aktivum, einen Vermögenswert darstellt (vgl. Pemsel in ZHR. 36, 44; Behrend § 117 Anm. 12; Pinner 27 und RG. 49, 26; abweichend Cosack § 117 Anm. 49). Deshalb ist auch die **Aufrechnung mit Forderungen an die Gesellschaft**, die erst entstehen sollen, keine geeignete Sacheinlage. Wohl aber sind vorhandene Forderungen gegen die Gesellschaft derart einbringbar, daß ihre Aufrechnung gegen den Anspruch der Gesellschaft auf den Gegenwert für die Aktien als Einlage gilt (RG. 42, 4). Nicht zulässig ist die Einbringung eines Anteils an einer oHG., weil die Aktiengesellschaft nicht Mitglied einer solchen sein kann (Anm. 22 zu § 105); wohl aber können alle Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft deren Vermögen einbringen (vgl. nächste Anmerkung).

§ 186. Anm. 6.

Nicht nötig ist, daß der Einbringer Eigentümer des einzulegenden Gegenstandes ist. Man kann sich auch gültig verpflichten, einen zur Zeit noch fremden Gegenstand einzubringen. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, daß der dritte Eigentümer die Gegenstände erst den Gesellschaftern überträgt; die Übertragung kann direkt an die Gesellschaft erfolgen. Natürlich ist dann nicht der Dritte der Einleger, sondern er bewirkt nur die Leistung der den Gesellschaftern obliegenden Einlage (BayObLG. bei Holdheim 11, 26). **Auch können mehrere, denen ein Gegenstand gemeinsam gehört, diesen Gegenstand** gemeinschaftlich einbringen und hierbei auch gültig vereinbaren, daß die als Gegenwert zu gewährenden Aktien zum bestimmten Teil an einen, zum anderen Teil an einen anderen von ihnen zu gewähren sind. In solchem Falle sind die gemeinsam Berechtigten sämtlich, und zwar jeder einzelne, Einbringer, nur daß sie sich hinsichtlich des Gegenwerts bereits auseinandergesetzt und die Gesellschaft angewiesen haben, in Gemäßheit dieser Teilung die Aktien zuzuteilen. Es steht allen diesen Vereinbarungen kein rechtliches Bedenken im Wege.

Anm. 7.

Der Sacheinleger braucht nicht noch außerdem zu zeichnen, worauf Kayser (Anm. 9 zu Art. 209b) mit Recht aufmerksam macht. Mit Unrecht verlangen besondere Zeichnung Lehmann-Ring (Nr. 3) unter Bezugnahme auf § 189, während doch gerade diese Gesetzesstelle sie widerlegt. Denn aus ihr geht hervor, daß nur die übrigen Aktien, die nicht durch die Gründer übernommen sind, zu zeichnen sind. Zu den Gründern aber gehört auch der Sacheinleger. Selbstverständlich muß er in einer zusammen mit den übrigen Gründern aufzunehmenden Verhandlung sich zur Leistung der Einlage verpflichten, dem Statut unterwerfen und zugleich Aktien übernehmen (ebenso Goldmann Anm. 14).

Anm. 8.

b) **Übernahmen.** Von der Einbringung wohl zu scheiden ist die Übernahme. Diese ist ein von den Errichtern der Gesellschaft mit einem Dritten geschlossener Vertrag, inhalts dessen dieser der

Anm. 9.

§ 186. künftigen Gesellschaft einen Gegenstand überläßt. Zwar kann der Dritte auch eine von den Personen sein, die Aktien übernehmen. Aber das Wesen des Übernahmevertrages ist, daß die Gegenleistung nicht in der Mitgliedschaft, nicht in gewährten Aktien besteht (RGSt. 36, 73). (Wird zwar eine Geldeinlage vereinbart, aber gleichzeitig verabredet, daß die Gegenleistung für die Übernahme und die Einlageschuld aufgerechnet werde, so liegt in Wahrheit eine Sacheinlage, keine Übernahme vor.) Reine Übernahmeverträge sind je nach der Art der gewährten Gegenleistung reine Kauf-, Tausch- oder Werkverträge. Die Gründer schließen sie in der Absicht, damit die Gesellschaft bei ihrer Entstehung aus ihnen berechtigt und verpflichtet werde, und kraft positiver Bestimmung des Gesetzes — gleichviel, wie man diese Rechtserscheinung auch immer unterordnen möge oder ob sie eine Rechtserscheinung eigener Art sei, die der Einreihung unter andere Rechtsbegriffe spottet — entsteht die Gesellschaft ausgestattet und belastet mit den so festgestellten Rechten und Pflichten (vgl. RG. 18, 65; 24, 22). Weitere Rechtsfolgen Anm. 19 und 20. Eine unzulässige Umgehung der für Übernahmegründung gegebenen erschwerenden Vorschriften würde es bedeuten, wenn die Gründer alle Aktien in bar übernehmen, zugleich aber Vorstand und Aufsichtsrat zu einem Übernahmevertrage schon im Gründungsstadium ermächtigen würden (vgl. auch Anm. 18). Es müssen dann die Übernahmevorschriften erfüllt werden, widrigenfalls die Eintragung zu versagen ist (KGJ. 10, 29). Abgesehen davon wäre der im Gründungsstadium vom Vorstande geschlossene, in den Gesellschaftsvertrag aber nicht aufgenommene Übernahmevertrag ungültig und es tritt die Haftung aus §§ 202 ff. ein. Eine „Bestätigung" eines derartig nichtigen Vertrages im Sinne des § 141 BGB. ist nur in der Weise zulässig, daß unter Änderung des Statuts die Übernahme nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird (vgl. Anm. 16).

Ein nach Eintragung der Gesellschaft abgeschlossener Übernahmevertrag ist ein gewöhnlicher Kauf usw. Die werdende Gesellschaft kann einen Gegenstand auch so erwerben, daß sie als Gegenleistung ihre Aktien und zum Teil andere Werte gibt. Dann liegt ein gemischtes Geschäft (Übernahme und Einbringung zugleich) vor (vgl. unten Anm. 24).

Anm. 10. 3. (Abs. 3.) **Der Gesamtgründungsaufwand ist im Gesellschaftsvertrage gesondert festzusetzen.** Den Gründern eine Belohnung zu gewähren, erfordert oft die Gerechtigkeit; die Gewährung von Gründerlöhnen für unzulässig zu erklären, würde entweder der Bildung von Aktiengesellschaften hinderlich oder der Aufsuchung unerlaubter oder unmoralischer Wege förderlich sein. Die Idee, die Reklame, die Vorarbeiten, die Beschaffung der etwa erforderlichen Konzessionen, die Besorgung der Lokalitäten und Arbeitskräfte, die Vorbereitung und Abschließung von Verträgen, die Redaktion des Statuts, die Besorgung der Zeichenstellen usw. (vgl. Primker bei Endemann I 456), all das sind Dinge, die des Lohnes wert sind. Da nun der Gründerlohn naturgemäß nur aus dem Stammvermögen der Gesellschaft entnommen werden kann, so soll wenigstens das Statut ersehen lassen, wieviel daraus zu diesem Zwecke entnommen ist. Es ist das ein für die Solidität der Gründung wichtiger Faktor.

Anm. 11. Der Gründerlohn kann in Geld oder geldwerten Leistungen bestehen, auch in der Gewährung von fortlaufenden Gewinnbezügen, die auch durch Genußscheine verbrieft werden können (Anm. 24 ff. zu § 179), nicht in Bezugsrechten auf die Aktien künftiger Emissionen (§ 283 Abs. 2). Er kann nicht bestehen in unentgeltlicher Gewährung von Aktien, obwohl die Motive gerade diese Art von Gründerlohn erwähnen; denn Aktien können nach positiver Gesetzesvorschrift nur entweder gegen Barzahlung oder gegen Sacheinlagen abgegeben werden (vgl. Behrend § 107 Anm. 21; abweichend Petersen-Pechmann 461; Willenbücher 185). — Makower I 387 will nur den Aufwand, dessen Betrag bereits feststeht, unter dem Gründungsaufwand verstehen. Zu einer so engen Auslegung liegt keine Veranlassung vor. Die gesonderte Angabe des gesamten Gründungsaufwandes soll zeigen, was überhaupt als Gründerlohn zu gewähren ist.

Anm. 12. Zu bemerken ist, daß nur der gesamte Aufwand in das Statut gehört, die Spezifikation ist nur bei der Anmeldung zu überreichen (§ 195 Nr. 2).

Und endlich ist hervorzuheben, daß das Gesetz nur den zu Lasten der Gesellschaft gehenden Gründungsaufwand erwähnt. Was sonst die Gründer oder ein Dritter abmachen, z. B. Vereinbarungen zwischen dem Einbringer und dem finanzierenden Bankhaus über Abnahme von Aktien, Gewährung von Darlehen, oder die Konsortialverträge zwischen den Gründern haben hiermit nichts zu tun (vgl. jedoch Anm. 1 zu § 191). § 186. Anm. 13.

Zu Lasten der Gesellschaft geht der Gründungsaufwand auch dann, wenn die Gründer zwar scheinbar aus ihrem Vermögen, in Wirklichkeit aber auf Kosten der Gesellschaft zahlen. Wenn z. B. jemand einen Gegenstand, der 150000 Mk. wert ist, für 200000 Mk. unter der Vereinbarung mit dem Vermittler einbringt, daß er die überschießenden 50 Aktien à 1000 Mk. diesem als Provision gibt, so sind diese 50 Aktien auf Kosten der Gesellschaft, die den Gegenstand um 50000 Mk. zu teuer erwirbt, gegeben. Ist eine derartige Vereinbarung nachweisbar, so fällt sie unter § 186 (vgl. unten Anm. 17 und Anm. 11 zu § 202).

4. (Abs. 4.) **Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, die nicht im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sind, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam.** Anm. 14.

a) Sie müssen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein, jedoch braucht dies nicht im ursprünglichen Vertrage zu geschehen; die Festsetzung kann auch durch Statutenänderung erfolgen (Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 2; RG. in JW. 04, 182 [29]). Der im Abs. 1 erwähnte Vorteil muß genau bezeichnet sein, insbesondere muß auch, obwohl dies nicht ausdrücklich erwähnt ist, der Aktionär bezeichnet sein, dem der Vorteil gewährt ist.

Was die Festsetzung in Abs. 2 betrifft, so müssen die hier vorgesehenen Hauptpunkte (Person des Aktionärs oder des Gegenkontrahenten, Gegenstand der Einlage oder Übernahme; Betrag der gewährten Aktien oder die sonstige Gegenleistung) im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein, und zwar so, daß über Identität der Personen und Sachen kein Zweifel bestehen kann (LG. Hamburg bei Holdheim 13, 59). Eine nicht genügende Bezeichnung wird nicht durch Überreichung der zugrunde liegenden Verträge ersetzt (eb.). Es brauchen auch nicht etwa die Verträge, auf denen diese Festsetzungen beruhen, detailliert in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. So kann die Gesellschaft bei Sacheinlagen Rechte aus Zusicherungen über die Beschaffenheit des einzulegenden Gegenstandes auch auf Grund mündlicher Versicherung erwerben; nur muß klar sein, daß die Zusicherung in der Absicht gegeben ist, damit die Gesellschaft daraus Rechte erwerbe. Die zu solchen Erklärungen vornehmlich bestimmte Stelle ist die Gründererklärung nach § 191 (RG. 18, 68). Zusicherungen, die an dieser Stelle nicht verzeichnet sind, sind daraufhin besonders zu prüfen, ob sie mit der Absicht abgegeben sind, damit die Gesellschaft daraus Rechte erwerbe.

Einlage- und Übernahmeverträge müssen, wenn auch nicht um gültig zu sein, so doch infolge der rechtspolizeilichen Vorschrift des § 195 Nr. 2 schriftlich sein.

Über die Auslegung des Vertrages vgl. Anm. 30 zu § 182.

b) Sie sind, wenn im Gesellschaftsvertrage nicht festgesetzt, der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Es sollte durch diese Fassung angedeutet werden, daß die Frage, ob etwa die Gründer persönlich aus solchen Verträgen verpflichtet seien, offen bleibe und sich nach sonstigem Zivilrecht richte (vgl. RG. 36, 111). Haben nun die Gründer mit dem ausgesprochenen Willen gehandelt, daß die von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur der geplanten Gesellschaft zugute kommen und zur Last fallen sollen, so ist für die Gründer Recht und Pflicht nicht begründet. Es kann aber sein, daß die Rechtsgeschäfte in besondern Fällen dahin gedeutet werden können, daß die Gründer persönlich sich verpflichtet haben, die Leistung der Gesellschaft, also die Leistung eines Dritten, zu beschaffen. Anm. 15.

Der Gesellschaft gegenüber aber sind solche Verträge unwirksam, was hier gleichbedeutend mit „nichtig“ ist. Weder die Gesellschaft noch der Gegenkontrahent ist an solche Verträge gebunden. Die Vorschrift darf auch nicht umgangen werden, insbesondere nicht dadurch, daß Barzahlung versprochen wird und alsdann Sachen an Zahlungsstatt angenommen werden (Wiener in ZHR. 25, 60; Petersen-Pechmann 42). Die Nichtigkeit wird nicht durch formlose Genehmigung der Gesellschaft, sondern nur durch als Statutenänderung sich darstellenden Anm. 16.

§ 186. Beschluß der Generalversammlung geheilt (RG. in JW. 04, 182[29]). Nicht nichtig dagegen ist ein Vertrag, durch den ein Gründer sich nachträglich verpflichtet, der Gesellschaft die Gründungskosten zu erstatten (RG. 59, 423).

Anm. 17. Auch aus anderen Gründen kann die Festsetzung des Gründungsaufwandes unwirksam sein. Ist infolge der Kollusion einzelner Gründer der Gründungsaufwand niedriger, der Einbringungspreis aber höher angegeben, als dies der wahren Absicht der kolludierenden Gründer entspricht, so entspricht dies nicht dem Gesetze. Das RG. (in Strafsachen 18, 105) hat dies unter dem Gesichtspunkte der Strafbarkeit ausgesprochen; die zivilrechtliche Folge ist Schadensersatz, der zunächst in der Erstattung der Differenz zwischen dem von den kolludierenden Gründern heimlich gewollten und dem der Gesellschaft in Anrechnung gebrachten Einbringungspreise besteht (RG. 26, 41).

Anm. 18. Aus dem Präjudiz der Unwirksamkeit folgt übrigens nicht, daß das Registergericht den klar liegenden (etwa aus dem Revisionsberichte sich ergebenden) Verstoß gegen das Gebot nicht zu rügen hätte, so z. B. wenn in Wirklichkeit eine Anlage erworben worden wäre, ohne daß dies aus dem Statut ersichtlich wäre (KGJ. 10, 26). Daraus folgt auch, daß auch in der Nichtangabe einer wirklich getroffenen, in das Statut aber nicht aufgenommenen Abmachung ein strafbarer Verstoß gegen § 313 liegen kann. Sehr weit geht der Beschluß des KGJ. 25 A S. 85, der ausführt, daß die Eintragung schon abzulehnen ist, wenn sich herausstellt, daß zwar keine festen Abmachungen über Sacheinlage oder Übernahme vorliegen, daß aber Einverständnis zwischen den Beteiligten darüber herrscht, daß die Gesellschaft eine Anlage oder Sache erwerben soll. Diese Ausdehnung des an sich richtigen Grundsatzes, daß die Umgehung des § 186 durch eine reine Geldgründung und demnächstige Erfüllung bereits vorher abgeschlossener Verträge nicht zu dulden ist, dürfte nicht zu billigen sein. Der vom KG. angeführte Grund, daß feste Verträge überhaupt im Gründungsstadium nicht vorliegen können, da ja die Gesellschaft noch nicht existiere, ist hinfällig, da die Gründer Verträge für die künftige Gesellschaft abschließen können (vgl. Erl. zu § 200). Bestehen aber keine feste Abmachungen, sondern nur Absichten, vorläufige Besprechungen, so bleibt der Gesellschaft und den Gründern volle Freiheit ihres Handelns. Die Verpflichtung der Gesellschaft tritt daher nicht, wie es § 186 voraussetzt, im Gründungsstadium, sondern erst später ein. Für diese Fälle hat das Gesetz in § 207 erschwerende Bestimmungen gegeben; § 186 ist hierfür nicht anwendbar.

Anm. 19. **Zusatz 1. Der rechtliche Charakter, die Form und die Rechtswirkungen des Einbringungsvertrages und des Übernahmevertrages.** Der Einbringungsvertrag ist ein Gesellschaftsvertrag (neben dem es einen besonderen Erfüllungsvertrag nicht gibt, Anm. 4). Mit der Eintragung der Gesellschaft wird der Einbringer Mitglied der Gesellschaft, Aktionär, und ist nunmehr verpflichtet, wenn er das nicht schon vorher getan hat oder es aus rechtlichen Gründen nicht tun konnte, den Einbringungsvertrag zu erfüllen. Zur Erfüllung vor der Eintragung ist er im Zweifel nicht verpflichtet. Die Erfüllung erfolgt bei Mobilien durch Übergabe (§§ 929 ff. BGB.), bei Grundstücken durch Auflassung (§ 873 BGB.; KGJ. 11, 134; über die Folgen für die Mietverhältnisse des Grundstücks vgl. Niendorff-Mugdan, Mietrecht 7. Aufl. 236), bei ausstehenden Forderungen durch Abtretung; bei Wechseln durch wechselrechtliche Übertragung oder auch durch Abtretung. — Die Einbringung ist eine Veräußerung, wenn auch eine Veräußerung eigener Art, und es greifen daher hinsichtlich der Gewährleistung, hinsichtlich der Folgen gutgläubigen oder bösgläubigen Erwerbes, hinsichtlich der Form, die allgemeinen Vorschriften über Veräußerungen Platz. Was insbesondere die Gewährleistung betrifft, so haftet der Einbringer zivilrechtlich nach den allgemeinen Vorschriften, z. B. bei ausstehenden Forderungen und sonstigen Rechten nur für die Verität und nicht für die Bonität, wenn er die letztere Haftung nicht besonders übernommen hat (§§ 437, 438, 443 BGB.); er kann auch die Haftung für Verität im Einbringungsvertrage ablehnen (§§ 437, 443 BGB.); wobei jedoch überall zu berücksichtigen ist, daß neben der vertraglichen Haftung die besondere aktienrechtliche Haftung aus § 202 HGB. wegen unrichtiger oder unvollständiger Angaben oder böslicher Schädigung besteht. Sowohl die Übernahme der Haftung für Bonität, als die Ablehnung der Haftung für Verität müssen im Gesellschafts-

vertrage enthalten sein (Abs. 4 dieses Paragraphen und BayObLG. in OLGR. 5, 281). Ist z. B. ein Patent unter Ausschluß der Haftung für Verität und Bonität eingebracht, so haftet der Einbringer nicht, wenn er nach menschlicher Berechnung das Patent für unanfechtbar und gut halten durfte und in der Gründererklärung richtige und vollständige Angaben gemacht hat. — Die Hergabe der Aktien wird der Einbringer regelmäßig vor der Erfüllung nicht verlangen können. Aber, wie gesagt, Mitglied wird er schon vorher durch die Eintragung der Gesellschaft (vgl. RG. 31, 17). — Der Übernahmevertrag ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern ein gegenseitiger Vertrag anderer Art (Kauf usw.). Auch hierbei ist im Zweifel vor der Eintragung der Gesellschaft der Veräußerer zur Erfüllung nicht verpflichtet. — Hinsichtlich der Form ist beim Einbringungs- und beim Übernahmevertrag zu bemerken, daß, wenn jemand ein Grundstück oder sein ganzes Vermögen auf eine dieser beiden Arten der zu gründenden Gesellschaft übertragen will, die Formvorschriften der §§ 311 und 313 BGB. Platz greifen (anders beim Vorgründungsvertrag Anm. 35 zu § 182). Die Übertragung des ganzen Vermögens kann z. B. vorkommen, wenn eine Gesellschaft anderer Art auf diese Weise ihr Vermögen an eine zu gründende Gesellschaft veräußert, z. B. eine in Liquidation befindliche Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht aber auch dann, wenn eine o. H. G. ihr gesamtes Vermögen in dieser Weise überträgt (über letzteres Anm. 20 zu § 22). Außerdem muß wegen der Vorschrift des § 195 Nr. 2 jeder Einbringungs- und jeder Übernahmevertrag schriftlich abgefaßt werden. **§ 186.**

Der Einbringungs- und Übernahmevertrag können auch aus den allgemeinen Anfechtungsgründen angefochten werden. Zunächst kann die Gesellschaft anfechten. Geeignetenfalls kann sie auf Rückgewähr bzw. Rücknahme, nicht bloß auf Schadensersatz klagen. Die letztere Einschränkung will das Reichsgericht (26, 40) insoweit machen, als dadurch die Gesellschaft die wesentliche Grundlage ihrer Entstehung nach rückwärts zerstören würde. Indessen das ist kein Hinderungsgrund. Die Folge ist möglicherweise, daß die Gesellschaft ihre Auflösung beschließen muß. Jedoch ist dies nicht notwendige Folge. Die Gesellschaft kann auf Rücknahme der Einlage gegen Rückgewähr der Aktien klagen; letztere können dann vernichtet werden, in welchem Fall eine Kapitalherabsetzung stattfindet; es kann auch ihre anderweitige Verwertung durch die Gesellschaft erfolgen. Ferner kann die Gesellschaft, wenn sich der eingebrachte Gegenstand als wertlos erweist, auf Ersatz derart klagen, daß sie den Geldbetrag der zugeteilten Aktien, für die infolge der Wertlosigkeit der Einlage Gegenwert nicht geleistet ist, fordert (RG. in JW. 02, 259[29]). Anm. 20.

Auch ein Gläubiger des Einbringenden oder des Gegenkontrahenten des Übernahmevertrages kann die Verträge anfechten, wenn Fraudulosität vorliegt (RG. 24, 22). Desgleichen kann der Gegenkontrahent des Übernahmevertrages den Vertrag anfechten und ev. auf Rückgewähr klagen. Aber der Einbringer hat das Anfechtungsrecht nicht. Dieser hat durch seine Einbringungstätigkeit eine Gesellschaft ins Leben gerufen, die aus öffentlich-rechtlichen Gründen bestehen bleiben muß, er hat seine Gründererklärung nicht bloß den Mitgründern gegenüber, sondern der Registerbehörde und dem Verkehr gegenüber abgegeben und kann sie nicht durch eine Anfechtungserklärung aus der Welt schaffen, wie man eine Erklärung seinem Gegenkontrahenten gegenüber anficht, der die Willensmängel erzeugt hat. Nur auf letzteren Fall ist § 123 BGB. anwendbar (RG. 2, 132; 9, 37; 19, 126; RG. in JW. 99, 306; ferner RG. 45, 108 und Erl. zu § 189; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 99, S. 252). Ist er getäuscht worden, so mag er sich an die Personen halten, die die Täuschung verübt haben. Mit Unrecht will Makower I 367 diese nach früherem Rechte aufgestellten, aber auf allgemeinen Rechtsanschauungen beruhenden Grundsätze nach dem BGB. nicht gelten lassen. Die Vorschriften des BGB. über die Folgen der Willensmängel können vielmehr keineswegs als erschöpfend betrachtet werden und stehen jenen auf der Sondernatur des Gründungsaktes beruhenden Grundsätzen nicht entgegen, wie auch im Wechselverkehr nicht die einfachen Grundsätze des BGB. anzuwenden sind (vgl. Staub, WO. §§ 9 u. 25 zu Art. 82).

Zusatz 2. Einbringung von Sachgesamtheiten ist zulässig. Insbesondere wird häufig ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven eingebracht (vgl. Rehm, Einbringung einer Sachgesamtheit, ArchBürgR. 22, 119). Zwischen Zeichnung und Leistung wird der Wert des Geschäfts sich meist ändern. Maßgebend für die zu gewährende Vergütung ist der Wert zur Zeit der Einlage. Anm. 21.

§ 186. Die Wertveränderung bis zur Erfüllung hat durch Barausgleich stattzufinden, der nicht als Bareinlage, sondern als Erfüllungsart des Sacheinlageversprechens anzusehen ist (so Rehm). Um derartige Ausgleiche zu vermeiden, findet sich häufig in den Statuten die Bestimmung, daß Geschäfte nach dem Stande eines bestimmten vorhergehenden Tages übernommen werden. Die seitdem statthabenden Veränderungen gehen dann zu Gunsten oder zu Lasten der Gesellschaft. Wenn auch in diesem Fall der „Gegenstand der Einlage", nämlich das Geschäft, tatsächlich, so wie es eingebracht ist, im Moment der Einbringung nicht mehr existiert, so kann es doch „festgesetzt", d. h. so beschrieben werden, daß kein Zweifel besteht. Eine derartige Einbringung ist daher für zulässig zu erachten. Natürlich ist das, was das Geschäft von dem Tage, für den es eingebracht ist, bis zur Einbringung, verdient hat, nicht Gewinn der Aktiengesellschaft, sondern vermehrt das Gesellschaftsvermögen. Diese Vermehrung kommt allerdings bilanzrechtlich wegen der Vorschrift des § 261, daß höchstens der Anschaffungswert einzusetzen ist, nicht zum Ausdruck (vgl. Anm. 8 zu § 239). Welche Schulden mit als von der Gesellschaft übernommen gelten, entscheidet lediglich der Gesellschaftsvertrag; Abreden und Erklärungen der Gründer, die diesem widersprechen, berühren die Gesellschaft nicht (RG. bei Bauer 12, 186 und Anm. 30 zu § 182).

Anm. 22. **Zusatz 3. Sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die im vorliegenden Paragraphen enthaltenen Festsetzungen der Abänderung fähig?** Auch ein etwa abgeändertes Statut muß diese Festsetzungen enthalten (LG. Mannheim bei Holdheim 2, 288; Pinner 29; ferner OLG. Dresden in KGJ. 20 D S. 23; LG. Wiesbaden bei Holdheim 9, 239; KGJ. 27 A S. 226; Dernburg I § 83 Anm. 2; Keyßner in DJZ. 00, 355; Düringer bei Holdheim 8, 233; dagegen LG. Heidelberg bei Holdheim 9, 75). Das Statut enthält insoweit historische Tatsachen. Diese aber sind begrifflich keiner Abänderung fähig. Nur die rechtlichen Folgen jener Tatsachen können später geändert werden. Das mag dem Statut hinzugefügt werden.

Anm. 23. **Zusatz 4. Hinsichtlich der im vorliegenden Paragraphen vorgesehenen qualifizierten Gründungsarten sind noch folgende weiteren Sicherungsvorschriften gegeben:** § 191 (Gründerbericht bei Einlage und Übernahme, nicht auch bei besonderen Vorteilen und Gründerlohn); § 192 Abs. 2 (Prüfung durch Revisoren); § 195 Abs. 2 Nr. 2 (Einreichung der schriftlich fixierten Verträge über diese Festsetzungen bei der Anmeldung); § 196 Abs. 4 (Beschränkung der hierbei interessierten Aktionäre im Stimmrecht in der konstituierenden Generalversammlung bei der Sukzessivgründung); § 196 Abs. 5 (Vorschrift der Einstimmigkeit bei Änderungen in diesen Bestimmungen in der konstituierenden Generalversammlung); § 187 (die Einbringer gehören zu den Gründern); § 207 (Übernahme von Anlagen innerhalb zweier Jahre, Nachgründung ist an besondere Voraussetzungen geknüpft); § 313 Nr. 1 (wissentlich falsche Angaben über diese Festsetzungen sind strafbar).

Anm. 24. **Zusatz 5. Stempelfrage.** Einbringungsverträge sind keine Kaufverträge, sondern Gesellschaftsverträge und sind als solche zu verstempeln. Über ihre Versteuerung s. Anm. 16 zu § 179. Übernahmeverträge sind als Kaufverträge zu verstempeln (Bolze 11 Nr. 582). Dabei ist der Stempel nur vom Nettobetrage zu entrichten, wenn das Handelsgeschäft zum Nettobetrage, d. h. zu dem Überschuß der Aktiva über die Passiva Gegenstand des Geschäfts ist (RG. in JW. 98, 514). Über die Verstempelung gemischter Verträge vgl. Anm. 19 zu § 179. Wird im Gesellschaftsvertrage beurkundet, daß dritte Personen, die nicht Aktionäre sind, der Gesellschaft etwas überlassen, so liegt hierin ein besonderer Vertrag, der nicht als Einbringung, sondern nach seiner sonstigen Konstruktion zu versteuern ist (RG. in JW. 99, 596[57]; vgl. oben Anm. 9).

Anm. 25. **Zusatz 6. Übergangsfrage.** Es handelt sich um Gründungsvorschriften. Auf diese findet das bisherige Gesetz Anwendung (Art. 23 EG. z. HGB.).

§ 187.

§ 187. Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

Der vorliegende Paragraph stellt den Begriff der Gründer fest. § 187.

1. Die Veranlassung zu dieser Begriffsfeststellung hatte der Gesetzgeber, weil er auf die Schultern der Gründer eine Reihe von Verantwortlichkeiten, zivilrechtlicher und strafrechtlicher Natur, wälzte. Anm. 1.

2. Als Gründer gelten dem Gesetzgeber die Personen, die gewissermaßen die Hauptpersonen der Gründung und daher berufen sind, die Verantwortung für die mit der Gründung für das Publikum verbundenen Folgen zu tragen. Anm. 2.

3. Zu diesen Hauptpersonen rechnete der Entw. z. AG. v. 1884 nur die Personen, die das Statut feststellten. Mit Recht aber hat jene Reichstagskommission, einer Anregung Wieners (Aktiengesetzentwurf 18) folgend, auch die Sacheinleger dazu gerechnet, d. h. die Aktionäre, die sich bei Errichtung der Gesellschaft durch Einwerfung anderer Vermögensobjekte als baren Geldes beteiligen. Insbesondere sollen damit die Inhaber des Geschäfts getroffen werden, dessen Fortbetrieb die Grundlage der Aktiengesellschaft werden soll. Daß die Sacheinleger außerdem an der Statutfeststellung teilnehmen müssen, um als Gründer zu gelten, ist (hierin abweichend vom Wienerschen Vorschlage) nicht vorgeschrieben. Anm. 3.

4. Ein Aktionär dagegen, der sich weder durch Statutfeststellung, noch durch Sacheinlegung bei Errichtung der Gesellschaft beteiligt, gehört nicht zu den Gründern im technischen Sinne. Anm. 4.

5. Darüber, ob nur physische Personen Gründer sein können, vgl. Anm. 5 zu § 182; über das Verhältnis der Gründer unter sich Anm. 33 zu § 182; darüber, daß es nicht darauf ankommt, ob die Übernahme und Einbringung für eigene oder fremde Rechnung geschieht (Strohmänner) siehe Anm. 12 zu § 182 und Anm. 25 zu § 189. Anm. 5.

§ 188.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so gilt mit der Uebernahme der Aktien die Gesellschaft als errichtet. § 188.

Soweit die Uebernahme nicht schon bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrags erfolgt, kann sie in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung unter Angabe der Beträge, welche die einzelnen Gründer noch übernehmen, bewirkt werden.

Der Paragraph bestimmt, wann bei der Simultangründung die Gesellschaft als errichtet gelten soll.

1. Begriff der Simultangründung. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten der Gründung: die Simultan- und die Sukzessivgründung, deutsch: die Einheits- und die Stufengründung. Erstere liegt vor, wenn sämtliche Aktien von den Gründern, d. h. von den Statutfeststellern und etwaigen Sacheinlegern übernommen werden (vgl. § 187). Sukzessivgründung liegt vor, wenn die Statutfeststeller und die etwaigen Sacheinleger nicht sämtliche Aktien übernehmen; alsdann wird der Rest der Aktien durch Zeichnung anderer Personen aufgebracht und die Gesellschaft in einer richterlichen Generalversammlung errichtet. (Ob die Übernahme für eigene oder für fremde Rechnung erfolgt, wenn sie nur im eigenen Namen geschieht, darauf kommt es nicht an; vgl. hierüber Anm. 25 zu § 189). Anm. 1.

Zum Begriffe der Simultangründung gehört nicht etwa, wie dieser zwar nicht vom Gesetze, aber übereinstimmend von der Wissenschaft gebrauchte Name vielleicht vermuten ließe, daß alle zu derselben erforderlichen Erklärungen in einem Akte stattfinden müssen. In gewissem Umfange kann vielmehr auch die Simultangründung durch einanderfolgende Akte erfolgen. Denn es brauchen in der Verhandlung, die das Statut festsetzt, nicht sofort alle Aktien übernommen zu werden; vielmehr kann, wenn dies nicht der Fall ist, der Rest der Aktien in einer nachträglichen Verhandlung übernommen werden, und es liegt auch dann noch Simultangründung vor (vgl. Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen). Es ist aber dabei zu bemerken, daß an der nachträglichen Verhandlung sämtliche Gründer Anm. 2.

§ 188. teilnehmen müssen, daß auch in ihr das Statut zugrunde zu legen ist und die neuen Übernehmer sich diesem zu unterwerfen haben (Mot. z. AG. v. 1884 I 153—154).

Anm. 3. Bestritten ist, ob das Gesetz gestattet, daß die nachträgliche Übernahme auch in mehreren Verhandlungen geschehen kann. Entgegen der Ansicht der 6./7. Aufl., der Makower I 391, Lehmann-Ring Nr. 2 zustimmen, und die sich auf das Wort „einer" in § 188 Abs. 2 stützt, ist dies anzunehmen (ebenso Behrend § 100 Anm. 9; Pinner 35; Goldmann Anm. 6a). Es ist nicht davon auszugehen, daß das Wort „einer" in so ausschließender Weise gebraucht ist, und ein innerer Grund, die nachträgliche Übernahme, nachdem sie einmal zugelassen ist, gerade nur in einer Verhandlung stattfinden zu lassen, liegt nicht vor.

Anm. 4. 2. Begriff der Gesellschaftserrichtung. Die Gesellschaft wird errichtet durch den gemeinschaftlichen Willen der bei der Errichtung mitwirkenden Personen.

Jeder Gründer bietet seinen Vertragsgenossen die Beteiligung an der Gesellschaft unter den aufgestellten Bedingungen an; mit der gegenseitigen Annahme dieser Angebote ist die Gesellschaft errichtet. „Die Gesellschaft ist errichtet", und doch „besteht, wie § 200 sagt, die Aktiengesellschaft als solche nicht." Das bedeutet, daß die Aktiengesellschaft „als solche" erst mit der Eintragung in das Leben tritt, bis dahin besteht die die Aktiengesellschaft vorbereitende Gründergesellschaft. Diese ist kein Verein, der der Rechtsfähigkeit ermangelt, weil derartige Vereine begriffsmäßig den Zweck haben, dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten, ferner weil hier das Moment der Möglichkeit des Mitgliederwechsels fehlt. Sie ist vielmehr lediglich eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (so allgemeine Ansicht; vgl. Dernburg I § 74 I; RGStr. 36, 73; RG. 58, 56; RG. in JW. 04, 395[27]; PrOVG. in DJZ. 02, 511; OLG. Hamburg bei Bauer 12, 185; abweichend Mueller in DJZ. 05, 809). Auf Grund des geschlossenen Vertrages sind die Gesellschafter verpflichtet, gegenseitig alles zur Erfüllung Erforderliche zu tun, insbesondere die zur Eintragung nötigen Handlungen vorzunehmen (OLG. Dresden im „Recht" 01, 413; OLG. Hamburg bei Bauer 12, 185). Sie können allerdings auch wieder die Auflösung beschließen (RG. 21, 250), jedoch darf, falls sie die Gesellschaft zur Eintragung bringen, dies nur auf Grundlage der Errichtung erfolgen (ebenda). Unter einander haften die Gründer für diligentia quam suis (§ 708 BGB.). Abgestimmt wird, soweit die Mehrheit entscheidet, nach Anteilen, da die Bestimmung des § 709 Abs. 2 BGB. nach der im Errichtungsvertrag niedergelegten Absicht der Parteien hier nicht zur Anwendung kommt. Die Errichtung dieser Gründergesellschaft kann auch wegen Irrtums und Betruges, wohl auch wegen Wuchers, angefochten werden (OLG. Hamburg bei Bauer 12, 185; anders bei bereits entstandener Gesellschaft vgl. Anm. 25 zu § 189).

Damit die Gesellschaft errichtet sei, ist natürlich erforderlich, daß kein wesentlicher Gründungsfehler vorliegt. Eine mit wesentlichen Mängeln behaftete Errichtung ist nichtig und es kann durch Feststellungsklage, einstweilige Verfügung und Anträge beim Registergericht die Ungültigkeit der Errichtung festgestellt und die Eintragung verhindert werden.

Über Willensfehler bei der Übernahme gilt das gleiche, wie bei der Zeichnung (vgl. Anm. 25 zu § 189).

Anm. 5. Zusatz 1. **Stempelfrage.** Über die Stempelpflichtigkeit der Aktienübernahme bei der Simultangründung s. Anm. 13 ff. zu § 179.

Anm. 6. Zusatz 2. **Bei dieser Gelegenheit soll auch der Gang der Simultangründung kurz skizziert werden:**

1. Zunächst wird der Gesellschaftsvertrag festgestellt (§ 182).
2. Gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Übernahme der Aktien durch die Gründer (§§ 182 u. 188).
3. Gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Wahl des Vorstandes und Aufsichtsrats (§ 190).
4. Im Falle des § 186 Abs. 2 ist eine Gründererklärung abzugeben (§ 191).
5. Vorstand und Aufsichtsrat und ev. Revisoren haben die Gründung zu prüfen und hierüber einen Prüfungsbericht abzugeben (§ 192).
6. Alsdann erfolgt die Anmeldung zum Handelsregister (§ 195).
7. Alsdann die Eintragung und Veröffentlichung (§ 198).

§ 189.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so hat der Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung der übrigen Aktien vorherzugehen. § 189.

Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus der die Betheiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Aktien ausgegeben werden, nach dem Betrag oder der Gattung der Aktien hervorgehen muß.

Die Erklärung (Zeichnungsschein) soll doppelt ausgestellt werden; sie hat zu enthalten:

1. den Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags, die im § 182 Abs. 2 und im § 186 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;
2. den Namen, Stand und Wohnort der Gründer;
3. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktie stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist.

Zeichnungsscheine, welche diesen Inhalt nicht vollständig haben oder außer dem unter Nr. 4 bezeichneten Vorbehalte Beschränkungen in der Verpflichtung des Zeichners enthalten, sind nichtig. Erfolgt ungeachtet eines hiernach nichtigen oder wegen verspäteter Errichtung der Gesellschaft unverbindlichen Zeichnungsscheins die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, so ist der Zeichner, wenn er auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung in der Generalversammlung, die zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufen wird, stimmt oder später als Aktionär Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt, der Gesellschaft wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine verpflichtet.

Jede nicht in dem Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

Der Paragraph trifft Bestimmungen über: Einleitung.

1. **die Form und den Inhalt des Zeichnungsscheins** (Abs. 1, 2 und 3);
2. **die Folgen von Mängeln und die Möglichkeit ihrer Heilung** (Abs. 4);
3. **die Rechtsbedeutung von Beschränkungen, die der Zeichnungsschein nicht enthält** (Abs. 5).

Zeichnungsscheine kommen nur bei der Sukzessivgründung vor. Denn in dem Falle, daß sämtliche Aktien von den Gründern übernommen werden, gilt mit der Übernahme die Gesellschaft als errichtet (§ 188). Ist aber auch nur eine einzige Aktie von den Gründern nicht übernommen, muß also auch nur eine einzige Aktie gezeichnet werden, so liegt Sukzessivgründung vor. Über den Gang derselben s. Anm. 31. Sukzessivgründungen sind in der Praxis sehr selten (vgl. die Statistik bei Pinner 38). Die hier gegebenen Vorschriften über Zeichnung haben daher ihre wesentliche Bedeutung für Kapitalserhöhung, die nur auf eine der Sukzessivgründung entsprechende Weise vor sich gehen kann, wobei die Übernahme der Aktien ausgeschlossen ist (§ 281). Trotzdem müssen, dem System des Gesetzes folgend, die Vorschriften hier erläutert werden, und es wird bei der Kapitalserhöhung, indem im übrigen auf diese Darstellung verwiesen wird, nur das für diese Besondere hervorgehoben (vgl. Anm. zu § 281).

§ 189. 1. (Abs. 1, 2, 3.) **Die Form und der Inhalt des Zeichnungsscheins.**

Anm. 1. a) **Die Form der Zeichnung.** Eine schriftliche Erklärung, ein Zeichnungsschein, muß vorliegen, und zwar in zwei Exemplaren.

α) **Die schriftliche Erklärung oder der Zeichnungsschein.** Die schriftliche Form ist derart wesentlich, daß ihr Mangel die Erklärung nichtig macht (§ 125 BGB.) und unheilbar ist. Liegt also eine die Bestandteile des Abs. 2 aufweisende schriftliche Erklärung nicht vor, so wird der Beteiligungslustige trotz Eintragung und Genehmigung nicht Aktionär (vgl. Anm. 10). Das ergibt Abs. 4 (vgl. RG. 19, 194). Mündliche Beteiligungszusagen sind daher der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Streitig ist aber, ob die schriftliche Erklärung in einer besonderen Urkunde erfolgen muß — Petersen-Pechmann (50); Förtsch (Anm. 3 zu Art. 175c) — oder ob Einzeichnung in eine Zeichnerliste genügt — Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann Anm. 8; Behrend (§ 104 Anm. 5; Makower I 393). Dem Worte Zeichnungsschein ist das erstere zu entnehmen (zust. Pinner 40).

Anm. 2. Über die sonstigen Erfordernisse des Zeichnungsscheins entscheidet das bürgerliche Recht, für die Form insbesondere ist § 126 BGB. maßgebend, da das HGB. über die Erfordernisse einer schriftlichen Erklärung nichts enthält (Behrend § 104 Anm. 4). Danach muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Stellvertretung ist zulässig, wie im ganzen Rechtssystem, wo nicht persönliche Mitwirkung beim Rechtsgeschäft ausdrücklich erfordert ist, wie z. B. in den §§ 1317 (Eheschließung) u. 1750 (Adoptionsvertrag) BGB. (vgl. Anm. 2 zu § 51). Die Vollmachtserteilung bedarf dabei keiner Form (§ 167 Abs. 2 BGB.). Der Bevollmächtigte kann auch mit dem Namen des Vollmachtgebers unterschreiben (Goldmann Anm. 9; vgl. RG. 50, 51). Auch nachträgliche Genehmigung ist zulässig, auch diese ist formlos (§§ 182, 184 BGB.; vgl. RG. 4, 307). Der Registerrichter wird aber eine Vollmachts- bzw. Genehmigungsurkunde verlangen können.

β) Die Vorschrift zweier Exemplare ist nur instruktionell („soll").

γ) Es steht nichts im Wege, daß mehrere einen Zeichnungsschein unterschreiben.

Anm. 3. b) **Der notwendige Inhalt des Zeichnungsscheins** ist teils im zweiten Absatze dieses Paragraphen, teils im dritten enthalten; im vierten ist die negative Vorschrift enthalten, daß der Zeichnungsschein keine Beschränkungen oder Vorbehalte außer der zeitlichen Gebundenheit enthalten darf. Alle diese Erfordernisse muß der Zeichnungsschein als solcher enthalten. Bezugnahme auf andere Urkunden, z. B. auf den Gesellschaftsvertrag, genügt nicht (LG. Weimar bei Bauer 8, 124).

α) Nach dem zweiten Absatze muß der Zeichnungsschein die näheren Daten der betreffenden, von dem Zeichnenden beabsichtigten Aktienbeteiligung enthalten: Zahl, Betrag, Gattung (Aktien welcher Berechtigung). Von selbst versteht es sich, daß der Zeichnungsschein auch die Identität der Gesellschaft, um die es sich handelt, zweifellos erkennen lassen muß. Die Bezeichnung „Zeichnungsschein" ist nicht wesentlich, wenn nur im übrigen die Absicht, Aktien zu zeichnen, klar hervorgeht.

Anm. 4. β) Nach dem dritten Absatze muß der Zeichnungsschein eine Reihe von Bestimmungen, die für alle Zeichner gemeinsam gelten, enthalten: und zwar:

Nr. 1. Das Datum des Statuts (worin implicite die zwingende Vorschrift liegt, daß das Statut erst rechtsgültig festgestellt sein muß, ehe die Zeichnung erfolgt, und nur eine auf ein bereits festgestelltes Statut Bezug nehmende Zeichnung gültig ist) und den in § 182 Abs. 2 und § 186 enthaltenen absolut und relativ notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages, sowie endlich den Gesamtbetrag von Aktien einer jeden Gattung.

Anm. 5. Nr. 2. Die genaue Bezeichnung der Gründer, was die Würdigung der Solidität des Unternehmens und der Unternehmer erleichtern soll (Mot. z. AktGes. v. 1884, II 102).

Anm. 6. Nr. 3. Den Emissionskurs und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen, damit der Zeichner sich klar sei über die Verpflichtungen, die er übernimmt. Die festgesetzten

Einzahlungen sind nur die ersten Einzahlungen, die mindestens 25% und das Agio betragen müssen: (Makower I 394; Lehmann-Ring Nr. 4; dagegen Goldmann Anm. 15). — Daß auch die etwaige Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen nach § 212 aufgenommen werden muß, dürfte wohl ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung anzunehmen sein (Makower I 394, Esser Anm. 4: Rudorff zu § 212 Abs. 1; dagegen Goldmann Anm. 15; Lehmann-Ring Nr. 4). **§ 189.**

Nr. 4. Den Endtermin der Gebundenheit, damit die Unsicherheit des früheren Rechts, wie lange die Gebundenheit des Zeichners dauert, beseitigt werde. Der Endtermin muß natürlich ein gemeinsamer für alle Zeichner sein. Es darf auch nicht, wie Völdernborff (344). meint, in das Ungemessene gerückt sein. Sonst fehlt ihm das Erfordernis der Ernstlichkeit und die Erklärung ist aus diesem Grunde ungültig. Verstreicht der Endtermin, ohne daß die Errichtung erfolgt, so wird der Zeichnungsschein kraftlos (RG. bei Holdheim 13, 136), Der Registerrichter darf die Anmeldung nicht mehr annehmen (Förtsch Anm. 6 zu 175 c). Die dennoch erfolgte Eintragung ist aber nicht nichtig, weil in dieser Hinsicht eine Heilbarkeit vorgesehen ist (vgl. unten Anm. 15). Anm. 7.

Zu beachten ist, daß die Errichtung als Endtermin der Bindung genannt ist, also nicht der Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft, der ja erst mit der Eintragung eintritt. Das Gesetz geht offensichtlich davon aus, daß die Eintragung normalerweise der Errichtung unmittelbar folgt, indem es der Mitwirkung der Beteiligten hierzu nicht mehr bedarf, und daß Verzögerungen in dieser Hinsicht daher einerseits nicht zu erwarten sind, andererseits aber den Gründern nicht zur Last fallen. Anm. 8.

c) Der vierte Absatz enthält die negative Vorschrift, daß der Zeichnungsschein keine Beschränkungen oder Vorbehalte außer der zeitigen Gebundenheit erhalten darf. Bedingungen gelten als Beschränkungen. Anm. 9.

2. (Abs. 4.) **Die Folgen von Mängeln und die Möglichkeit ihrer Heilung.** Anm. 10.

a) Regel ist, daß ein Zeichnungsschein, der den aufgestellten Erfordernissen nicht entspricht, ungültig ist. Allein die Erfordernisse sind doch nicht durchweg derart wesentlich, daß ihr Mangel nicht mehr heilbar wäre. **Vielmehr gilt die Unheilbarkeit nur von den Erfordernissen des Abs. 2.** Lag daher eine schriftliche Erklärung nicht vor, sondern nur eine mündliche Beitrittszusage, oder läßt der Zeichnungsschein die Beteiligung nach Anzahl, Betrag, Art oder Gattung der Aktien nicht erkennen (ein Tintenklex z. B. hat die Zahl der gezeichneten Aktien absolut unleserlich gemacht), so ist der Zeichnungsschein unheilbar ungültig (vgl. RG. 14, 93; 19, 194). Die Folge der Ungültigkeit ist, daß es so angesehen wird, als sei nichts geschehen (RG. 50, 48). Es kann auch nicht etwa ein Teil vom anderen Schadensersatz oder Ausstellung eines richtigen Zeichnungsscheins fordern. Auch Eintragung und Genehmigung machen in diesem Falle den Zeichner nicht zum Aktionär (ebenso Biberfeld in ZgA. 12, 157).

b) **Dagegen sind Mängel in den übrigen Erfordernissen heilbar,** und zwar unter einer doppelten Voraussetzung: Anm. 11.

α) daß der Gesellschaftsvertrag unter Benutzung des Zeichnungsscheins eingetragen ist, was freilich nur aus Irrtum geschehen kann; denn eigentlich ist ein solcher Eintragungsantrag abzuweisen (§ 195). Die Eintragung allein aber genügt nicht, um die Mängel zu heilen (RG. 55, 69); es muß das Erfordernis zu β hinzukommen.

β) daß der Zeichner in der Errichtungsversammlung oder später Aktionärrechte geltend gemacht oder Aktionärverpflichtungen erfüllt hat. Die erste Voraussetzung ist klar, aber auch die zweite sollte eigentlich Zweifeln nicht ausgesetzt sein: der Zeichner muß eben Rechte oder Pflichten „als Aktionär" betätigt haben, d. h. es muß sich um Rechte oder Pflichten handeln, die der Aktionär als solcher nach dem Gesetze oder dem Statute hat (Stimmrecht, Dividendenrecht, Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung; Recht, Abschrift der Bilanz und des Geschäftsberichts zu verlangen nach § 263; vgl. auch § 257). Anm. 12.

§ 189. Dagegen ist nicht jede Betätigung des Interesses an den Schicksalen der Gesellschaft, z. B. die Besichtigung der Gesellschaftsfabrik, eine Anfrage an den Vorstand über den Stand der Gesellschaftsverhältnisse, dahin zu rechnen, denn darin liegt keine Ausübung von Rechten, da dem Aktionär als solchem Rechte dieser Art nicht zustehen.

Anm. 13. Die Ausübung von Rechten und Pflichten muß erfolgt sein in der richterlichen Generalversammlung oder später, also nicht vorher, etwa in der Verhandlung betreffend die Wahl des Aufsichtsrats, aber nicht notwendig nach der Eintragung der Gesellschaft, sondern so, wie es im Gesetze steht, nach der Errichtungsversammlung (dies gegen Völderndorff 350; zust. Behrend § 104 Anm. 10).

Anm. 14. Die Folge der Heilung ist, daß der Aktionär verpflichtet (und natürlich auch berechtigt) wird „wie aus einem gültigen Zeichnungsschein". Es wird nicht etwa der Zeichnungsschein so gültig, wie er beschaffen ist, insbesondere in bezug auf Vorbehalte und Verpflichtungsbeschränkungen, sondern es wird so angesehen, als sei er von vornherein gültig abgegeben, d. h. das Ungültige gilt nunmehr als nicht geschrieben (Behrend § 104 Anm. 17).

Anm. 15. c) Die Heilung zu b ist auch zulässig bei einem wegen verspäteter Errichtung unverbindlich gewordenen Zeichnungsschein (anders früher Art. 209e).

Anm. 16. 3. (Abs. 5.) **Beschränkungen der Verpflichtung.** Beschränkungen, die der Zeichnungsschein nicht enthält, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Das sagt der vorliegende Absatz. Von den Beschränkungen, die der Zeichnungsschein enthält, spricht schon Abs. 4; sie bewirken eine heilbare Ungültigkeit des Zeichnungsscheins, sind aber selbst dann ungültig, wenn der Zeichnungsschein in der Folge gültig wird.

Anm. 17. **Hinsichtlich anderer Angaben** in dem Zeichnungsschein ist wie folgt zu unterscheiden:

a) Sie dürfen selbstverständlich keine Beschränkungen der übernommenen Zeichnungsverpflichtung enthalten, sonst machen sie den Zeichnungsschein ungültig (Abs. 4).

Anm. 18. b) Dagegen steht nichts im Wege, daß den Gründern gegenüber Beschränkungen und Bedingungen festgestellt werden, z. B. daß dem Zeichner die Aktien zu einem bestimmten Kurse wieder abgenommen werden, oder daß auch Erweiterungen der Verpflichtung in der Weise übernommen werden, z. B. die Verbindlichkeit, an den Kosten der etwa vereitelten Gründung teilzunehmen.

Anm. 19. c) Abreden endlich, die neben der Verpflichtung zur Zahlung des Aktienbetrags der Gesellschaft gegenüber getroffen werden, sind ungültig. Wenn sie so aufzufassen sind, daß die Aktionäreigenschaft mit der Maßgabe übernommen werden soll, daß auch diese Abreden gültig seien, so machen sie auch den Zeichnungsschein ungültig (näheres vgl. zu § 211).

Anm. 20. Zusatz 1. **Die juristische Konstruktion der Aktienzeichnung und die sonstigen zivilrechtlichen Momente derselben** (Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung, Jena 00, und Pinner bei Holdheim 9, 207).

a) **Begriff der Aktienzeichnung.** Eine juristische Person wird errichtet durch den gemeinschaftlichen Errichtungswillen aller Teilnehmer, durch die gegenseitige Annahme der gegenseitigen Angebote zur Beteiligung an der zu bildenden Gesellschaft. Bei der Simultangründung vollzieht sich dieser Rechtsvorgang einfach in der Weise, daß die sämtlichen Gründer sich gegenseitig zur Aktienübernahme, d. h. zur Beteiligung, zur Mitgliedschaft an der geplanten Gesellschaft verpflichten. Bei der Sukzessivgründung tritt eine Änderung durch die Eigentümlichkeit ein, daß nach gesetzlicher Vorschrift der letzte entscheidende Akt der Errichtung in einem Mehrheitsbeschlusse der Interessenten liegt (§ 196). Ein Mehrheitsbeschluß aber kann nur dann die allseitige Zustimmung ersetzen, wenn alle Beteiligten sich vorher ihm unterworfen haben. Die Unterwerfung aller Beteiligten unter den in der Errichtungsversammlung zu fassenden Mehrheitsbeschluß liegt einmal in der Zeichnung. Durch die Zeichnung erklärt der Zeichner, er sei bereit, Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden, für den Fall, daß die Errichtungsversammlung ihre Entstehung mit der gesetzlichen Mehrheit beschließt, sei es ohne seine Mitwirkung, sei es sogar gegen seinen Widerspruch in dieser Versammlung.

Über die Frage, wie die Aktienzeichnung juristisch zu konstruieren ist, herrscht Streit. Positive Bestimmungen fehlen, die Entscheidung kann daher lediglich aus dem Wesen der Zeichnung heraus erfolgen. **§ 189.**

1. Die erste Frage, ob schon die Aufforderung zur Zeichnung seitens der Gründer oder erst die Zeichnung ein Angebot ist, ist im Zweifel im zweiten Sinn zu beantworten. Man kann die Gründer nicht zwingen, jede Zeichnung, die sie auf Grund der allgemeinen Aufforderung, Zeichnungen einzureichen, empfangen, annehmen; schon aus dem Grunde nicht, weil möglicherweise eine Überzeichnung eintritt (Simon ZHR. 36, 358; Cosack § 115 II 2b). Doch steht begrifflich nichts im Wege, daß in bestimmten Fällen die Gründer einem Dritten ein festes Angebot machen können, die dieser durch Zeichnung anzunehmen in der Lage ist (Behrend 378 Anm. 9). Anm. 21.

2. Wann ist der Zeichner gebunden? Nimmt man mit Lehmann (I 344 ff.) die Zeichnung als einen einseitigen Akt an, bei dem die Gründer weder als Offerenten noch als Akzeptanten mitwirken, so erzeugt die Erklärung die Verpflichtung. Die Berechtigung des Zeichners aber soll nach dieser Ansicht gegen die Gründer durch die Zuteilung erwachsen; nach außen entsteht das Recht aber erst durch die Mitgliederproklamierung (Lehmann I 356). Verneint man die Möglichkeit einer derartig einseitig verpflichtenden Erklärung, die im Recht nur in Ausnahmefällen (Auslobung usw.) Geltung erlangt hat, und kommt man mit der verbreiteteren Ansicht dazu, die Zeichnung als verbindliches Angebot anzusehen, die der Annahme bedarf (Goldmann Anm. 3; Cosack § 115 II 2b; Pinner 39; Behrend 738); erwägt man ferner, daß der Wille der Gründer den Willen der entstehenden Gesellschaft bildet und daß die Gründer für diese handeln (Erl. zu § 200), so muß man annehmen, daß der Zeichner nach allgemeinen Grundsätzen (§ 130 BGB.) gebunden ist, wenn sein Angebot den Gründern zugeht; das Angebot wird angenommen durch die Zuteilung oder durch die Erklärung, daß die Zeichnung angenommen ist. Von diesem Augenblick an ist der Zeichner berechtigt, zu verlangen, daß seine Zeichnung berücksichtigt und er in das Verzeichnis (§ 296 Abs. 1) aufgenommen wird, andererseits ist er aus seiner Zeichnung den Gründern gegenüber insbesondere zur Einzahlung verpflichtet. Die Ansicht der 6./7. Aufl., daß erst die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages die endgültige Annahme enthält, kann nicht aufrecht erhalten werden. Sie enthält praktisch die Schwierigkeit, daß ein Zwang gegen den Zeichner auf Einzahlung vorher nicht besteht, andererseits aber die Anmeldung ohne die Einzahlung nicht möglich ist. Anm. 22.

3. Selbstverständlich geschieht die Zeichnung unter der Bedingung, daß die Gesellschaft zustande kommt (§ 189 Ziffer 4). Anm. 23.

b) **Ist die Aktienzeichnung ein Handelsgeschäft?** Sie kann, wie jedes vermögensrechtliche Geschäft, akzessorisches Handelsgeschäft nach § 343 sein (RG. 4, 311). Sie kann aber auch ein reines Grundhandelsgeschäft sein, zwar nicht nach § 1 Nr. 1, da die Aktienzeichnung kein Anschaffungsgeschäft ist (vgl. Anm. 30), wohl aber nach § 1 Nr. 4 als Bankiergeschäft. Als absolutes Handelsgeschäft kann sie, da es solche nicht mehr gibt, nicht mehr in Frage kommen. Anm. 24.

c) **Zivilrechtliche Erfordernisse bei der Aktienzeichnung und Willensmängel.** Außer der Form, über welche oben Anm. 1 u. 2 gehandelt ist, ist noch erforderlich, daß die allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen einer gültigen Willenserklärung vorliegen. Dabei ist nur erforderlich, daß der Zeichner in eigenem Namen gezeichnet hat; ob er dies auch für eigene Rechnung getan oder für fremde Rechnung, ist gleichgültig. Die **Strohmänner** sind wahre Zeichner (RG. 28, 77; 41, 13; RGSt. 30, 312; vgl. ferner RG. in JW. 01, 484 [7] OLG. Colmar in ElsLothZ. 27, 458 und Anm. 12 zu § 182). Weiter ist erforderlich, daß der Aktienzeichner überhaupt eine Aktienzeichnung gewollt hat. Würde er sich hierüber in einem wesentlichen Irrtum befunden haben, so würde er mit Erfolg die Zeichnung anfechten können (ROHG. 5, 415; RG. 9, 37—40; Wiener in ZHR. 24, 459, 472—474). Hat aber der Zeichner wirklich zeichnen wollen, so kann er die Zeichnung wegen Irrtums oder Betruges Anm. 25.

§ 189. nicht anfechten. Denn hier, wie bei der Aktienübernahme durch die Gründer (vgl. Anm. 20 zu § 186) ist davon auszugehen, daß die Zeichnung nicht bloß eine Erklärung gegenüber den Gründern als Privatpersonen ist, sondern daß sie dazu bestimmt ist, ein Teil der Grundlagen einer in das Verkehrsleben tretenden Gesellschaft zu werden. Die Erklärung wird somit nicht nur den Gründern gegenüber, sondern auch dem Verkehr gegenüber abgegeben und kann daher nicht so einfach angefochten werden, wie eine einem bestimmten privaten Gegenkontrahenten abgegebene Erklärung, wie ja auch die aus der Wechselzeichnung entspringende Verpflichtung so leichter Anfechtung nicht ausgesetzt ist (vgl. Staub WO. § 9 und 25 zu Art. 82). Aus diesem Gesichtspunkte haben die obersten Gerichte der Gesellschaft gegenüber den Einwand des Zeichners zurückgewiesen, er sei durch falsche Vorspielungen der Gründer oder ihrer Agenten zur Zeichnung verleitet worden (Bolze 7 Nr. 644), desgleichen den Einwand, er habe laut Abrede mit den Gründern nur zum Schein gezeichnet (Bolze 12 Nr. 509), und endlich den Einwand, er habe sich über den Umfang der übernommenen Verpflichtung geirrt (RG. 19, 124). Alles dies kann jetzt als in der Praxis feststehend erachtet werden (vgl. insbesondere RG. 54, 129 und die dort zitierten Entsch.; ferner RG. 45, 106; RG. bei Holdheim 11, 267 und in JW. 03, 183 [20]; sowie in DJZ. 02, 435; vgl. auch RG. 57, 292; KG. in OLGR. 4, 469 und DJZ. 03, 33; OLG. Köln RheinA. 99, 135; Dernburg I § 83 Anm. 9; Staub bei Holdheim 10, 133; Sievers DJZ. 03, 85; dagegen, zum Teil allerdings nur für Kapitalserhöhung Lehmann II, 469 und im Recht 01, 460; sowie bei Holdheim 12, 195). Es wird aber noch die weitere Folgerung gezogen, daß auch die Inanspruchnahme der Gesellschaft aus dem betrügerischen Handeln ihres Vorstandes hierbei unzulässig ist. Wenn auch nicht bestritten wird, daß an sich § 31 BGB. auch auf die Aktiengesellschaften Anwendung findet, so geht hier der obenbezeichnete aktienrechtliche Grundsatz vor. Die öffentlichrechtlichen Vorschriften, die die Einzahlung des Grundkapitals gewährleisten, dürfen auch nicht dadurch aufgehoben werden, daß der Aktionär den Schaden, den er durch seine Beteiligung an der Gesellschaft erleidet, von der Gesellschaft ersetzt verlangt und dadurch auf einem Umweg das erhält, was ihm durch die Nichtanfechtbarkeit seiner Zeichnung entzogen ist (vgl. von obigen Zitaten bes. RG. 54, 129; Staub bei Holdheim 10, 133; OLG. Dresden in SeuffA. 3. F. V 407 und RG. in JW. 06, 32 [43]).

Anm. 26. Dasselbe muß unter Anwendung des dargelegten Prinzips auch für den Fall der Drohung gelten, da auch hier die Zeichnung gewollt, die Anfechtbarkeit aber ausgeschlossen ist; ebenso für den Fall der Simulation, soweit diese lediglich Mentalreservation ist, da sie das Geschäft nicht nichtig macht (§ 116 Satz 1 BGB.). Soweit allerdings die Gründer den Vorbehalt, das Geschäft nicht ernstlich zu wollen, kannten, liegt Nichtigkeit vor.

Anm. 27. Es fragt sich noch, inwieweit die dargelegten Grundsätze für den Fall des Konkurses gelten. Soweit die Gläubiger noch nicht voll befriedigt sind, gilt zweifellos dasselbe, wie außerhalb des Konkurses (LG. Leipzig bei Bauer 11, 5 in den Konkursprozessen der Leipziger Bank). Auch für den Fall aber, daß alle Gläubiger befriedigt sind und die Gesellschaft aufgelöst ist (wie dies z. B. bei dem Konkurs der Fabrik feuerfester und säurefester Produkte in Vallendar der Fall war), muß in derselben Weise entschieden werden. Die Vorschriften über die Sicherung des Aktienkapitals sind nicht nur im Interesse der Gläubiger, sie sind auch im Interesse aller Aktionäre getroffen. Auch diese haben sich in der Erwartung, daß das eingetragene Kapital auch wirklich eingezahlt ist, beteiligt; auch für diesen Fall trifft also das oben Gesagte zu (LG. Berlin I in ungedrucktem Erkenntnis in Sachen B. gegen T. und Gen. 40. O. 464. 02).

Anm. 28. Die oben dargelegten Grundsätze finden auf außerdeutsche Aktiengesellschaften, falls Zeichnung auf deren Aktien in Frage kommt, nicht ohne weiteres Anwendung.

Anm. 29. Zusatz 2. In welcher Weise die Zeichner geworben werden, ist im Gesetze nicht gesagt. Insbesondere ist hierzu **ein Prospekt nicht vorgeschrieben, aber gestattet.** Die Verantwortlichkeit für seinen Inhalt richtet sich nach bürgerlichem Recht (vgl. Behrend § 104). Über Haftung aus Prospekten, auf Grund deren Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, siehe jetzt §§ 43—47 des Börsengesetzes. (Vgl. Anm. 11 ff. zu § 203.)

Zusatz 3. Ist die Aktienzeichnung zu verstempeln? § 189.

Als Anschaffungsgeschäft kann die Zeichnung gemäß der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG. 31, 17) nicht mehr gelten (RG. in JW. 98, 80). Allein nach dem Reichsstempelgesetz sowohl in der Fassung vom 27. April 1899 als auch in seiner neuesten Fassung vom 14. Juni 1900 ist die Ausreichung der Papiere an den ersten Erwerber stempelpflichtig, als wäre es ein Anschaffungsgeschäft. Damit ist übrigens das Geschäft als solches, nicht gerade die körperliche Aushändigung an den Zeichner für stempelpflichtig erklärt (RG. 39, 130). Anm. 30.

Zusatz 4. Bei dieser Gelegenheit soll der Gang der Sukzessivgründung kurz dargestellt werden: Anm. 31.

1. Zunächst wird der Gesellschaftsvertrag festgestellt, gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Aktienübernahme durch die Gründer (§ 182).
2. Alsdann erfolgt die Zeichnung der Aktien (§ 189).
3. Alsdann erfolgt die Berufung einer Generalversammlung zur Wahl von Aufsichtsrat und ev. Vorstand (§ 190).
4. Es ist eine Gründererklärung zu erstatten im Falle des § 186 Abs. 2 (§ 191).
5. Alsdann erfolgt die Prüfung der Gründung durch den Vorstand, Aufsichtsrat und ev. auch durch die Revisoren und Erstattung des Prüfungsberichts (§ 192).
6. Alsdann Anmeldung zum Handelsregister (§ 195).
7. Alsdann errichtende Generalversammlung (§ 196).
8. Alsdann erfolgt die Eintragung und Veröffentlichung (§ 198).

§ 190.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so haben sie gleichzeitig mit der Errichtung der Gesellschaft oder in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung den ersten Aufsichtsrath der Gesellschaft zu bestellen. § 190.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so haben sie nach der Zeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsraths zu berufen.

Diese Vorschriften finden auch auf die Bestellung des ersten Vorstandes Anwendung, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage die Bestellung in anderer Weise als durch Wahl der Generalversammlung zu geschehen hat.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, in welcher Weise der Aufsichtsrat und der Vorstand im Stadium der Gründung zu bestellen sind. Er füllt eine Lücke des bisherigen Rechts aus.

1. **Die Bestellung des Aufsichtsrats.** Sie erfolgt im Falle der Simultangründung entweder zugleich mit der Errichtung oder in einer (nachträglichen) besonderen Verhandlung. Es kann also im Falle der Simultangründung nicht nur die Statutfeststellung und die Übernahme sämtlicher Aktien, sondern auch die Bestellung des ersten Aufsichtsrats und, wenn das Statut nicht entgegensteht, auch die Bestellung des ersten Vorstandes in einer und derselben Verhandlung erfolgen. Erfolgt die Übernahme sämtlicher Aktien nicht in der Feststellungsverhandlung, so kann die Übernahme der übrigbleibenden Aktien und die Wahl der Verwaltungsorgane in der zweiten Verhandlung erfolgen (über die Form dieser gerichtlichen oder notariellen Verhandlung s. Anm. 13 zu § 182). Es kann aber auch diese letztere Wahl nachfolgen. Auch in diesem Falle muß die Form der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung gewahrt werden, wie dies in Anm. 13 zu § 182 entwickelt ist, obgleich hier eigentlich kein Rechtsgeschäft abgeschlossen, sondern ein Vorgang, eine Abstimmung, ein Beschluß, der auch durch die Mehrheit zustande kommen kann (§ 197; Makower I 396; anders Rudorff), beurkundet wird. Das Gesetz gebraucht nun einmal hier denselben Ausdruck, also muß die gleiche Form gewahrt werden. Im Falle der Sukzessivgründung erfolgt die Wahl des Aufsichtsrats in einer Anm. 1.

§ 190. besonderen Generalversammlung, die nach der (vollen) Zeichnung des Grundkapitals zu berufen ist. **Einzuladen sind die Zeichner, die als solche angenommen worden sind** (Anm. 22 zu § 189). **Der Name „Aufsichtsrat" muß als zwingend betrachtet werden** (anders Behrend § 127 Anm. 3).

Anm. 2. 2. **Die Wahl des Vorstandes.** Hierüber gilt das gleiche, wenn im Statut nichts besonderes darüber bestimmt ist, wer den Vorstand zu wählen hat. Wenn aber nach dem Statut andere Organe, als die Generalversammlung ihn zu bestellen haben (vgl. Anm. 23 zu § 182 Nr. 4), so greift diese Vorschrift auch für die Zeit der Gründung Platz, z. B. wenn, was häufig der Fall ist, der Aufsichtsrat den Vorstand zu bestellen hat, so hat dieser ihn auch während der Gründung zu bestellen.

Anm. 3. 3. **Daß jede Aktiengesellschaft einen Vorstand haben muß,** geht aus § 182 Nr. 4 hervor. Dieser vertritt, nachdem er rechtmäßig bestellt ist, nunmehr allein die errichtete Gesellschaft (Makower I 397).

Anm. 4. 4. **Daß aber jede Aktiengesellschaft auch einen Aufsichtsrat haben muß,** geht aus dem vorliegenden Paragraphen hervor. Auf seine Zusammensetzung findet § 243 Anwendung; auf seine Befugnisse § 246. Die Folge der Nichtbestellung des Vorstandes oder des Aufsichtsrats, ein Fall, der z. B. eintreten kann, wenn niemand sich zur Annahme der Wahl bereit findet, ist, daß die Gesellschaft nicht eingetragen werden kann.

Anm. 5. **Zusatz. Ältere Gesellschaften.** Einen Vorstand mußte die Aktiengesellschaft stets haben. Desgleichen mußte seit dem Aktiengesetz von 1884 jede Aktiengesellschaft auch einen Aufsichtsrat haben. Aber es bestanden bei Erlaß des Aktiengesetzes von 1884 Gesellschaften aus früherer Zeit, die keinen Aufsichtsrat hatten, und es war unter der Herrschaft der Novelle von 1884 zweifelhaft geworden, ob diese früheren Gesellschaften nachträglich einen Aufsichtsrat wählen müssen (vgl. hierüber 5. Auflage § 3 zu Art. 209f).

Auch nach dem neuen HGB. verstummte der Streit trotz der ausdrücklichen Erklärung der D. nicht. Nachdem aber jetzt das RG. (48, 40) in ausführlich begründeter Entscheidung sich der schon vorher herrschenden Ansicht, daß auch ältere Gesellschaften einen Aufsichtsrat haben müssen, angeschlossen hat, dürfte der Streit als erledigt zu erachten sein (für die gegenteilige Ansicht vgl. Simon bei Holdheim 10, 25; Riesser, Neuerungen 154).

§ 191.

§ 191. Die Gründer haben im Falle des § 186 Abs. 2 in einer schriftlichen Erklärung die wesentlichen Umstände darzulegen, von welchen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge abhängt.

Sie haben hierbei die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben, ferner die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Ueberganges eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben.

Einleitung. **Der Paragraph schreibt einen besonderen Gründerbericht bei qualifizierten Gründungen vor.** Die qualifizierten Gründungen, d. h. die mit Sacheinlagen und Übernahmen verknüpften, bergen die besondere Gefahr in sich, daß die Gesellschaft mit Vermögensrechten zur Entstehung gelangt, deren Wert geringer ist, als der ihr angerechnete. Dadurch wird die Gesellschaft von vornherein unrentabel, der Zweck ihrer Bildung vereitelt und die künftigen Erwerber von Aktien getäuscht. Deshalb wird hier möglichste Offenlegung der Verhältnisse angeordnet. Das soll geschehen in der Gründererklärung. — Indessen ist nur im Falle des § 186 Abs. 2 (Sacheinlagen und Übernahmen) die Gründererklärung erforderlich, nicht auch im Falle der Abs. 1 und 3 des § 186 (besondere Vorteile und Gründerlohn).

§ 191.

1. **Der Inhalt des Gründerberichts** ist die Begründung für die von den Gründern der Gesellschaft angerechneten Preise für Sacheinlagen und Übernahmen. Es sind dabei die wesentlichen Umstände darzulegen, von denen die Angemessenheit der gewährten Beträge abhängt, und zwar nicht nur die, die für die subjektive Auffassung der Gründer tatsächlich maßgebend gewesen sind, sondern auch die, die für die Prüfung dieser Angemessenheit objektiv wesentlich sind, selbstverständlich aber nur, soweit die Gründer die Umstände als hierzu wesentlich ansehen und bei sachgemäßer Prüfung ansehen müssen (D. 132). Ferner sind gewisse im Hinblick auf die Gründung abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzugeben, und zwar die, die dem Erwerbe der Gesellschaft vorausgegangen sind und auf ihn hingezielt haben. Darunter fällt z. B. ein Kauf, der über den eingelegten oder übernommenen Gegenstand von einem Gesellschafter oder einem Dritten in der Absicht geschlossen worden ist, den Gegenstand an die Gesellschaft zu veräußern. Ein solches Geschäft kann im Interesse der Gesellschaft liegen, kann aber auch zu ungerechtfertigtem Gründergewinn gemißbraucht werden (Petersen-Pechmann 56). Dazu gehören ferner die Konsortialverträge zwischen den Gründern, ebenso ein Vertrag zwischen einem Bankhaus und dem Einbringer, in dem dieses sich verpflichtet, dem Einbringer die Aktien zu einem bestimmten Preise abzunehmen, oder etwaige Optionsrechte des Bankhauses, Vorschüsse, die dem Einbringer gewährt werden, festgesetzt werden usw. Alle diese Rechtsgeschäfte „zielen auf den Erwerb durch die Gesellschaft hin", sollen ihn fördern und ermöglichen. Sie sind deshalb (nach unserer, in der Praxis allerdings stark angezweifelten Ansicht) im Gründerbericht anzugeben, damit die Interessenten ermessen können, ob der Erwerb durch die Gesellschaft als reeller betrachtet werden kann. — Endlich sind die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Überganges eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben, letzteres auch dann, wenn nicht das ganze Unternehmen, sondern nur ein Teil eingebracht wird, z. B. wenn von einem Hauptgeschäft vorher Detailverkaufsgeschäfte abgezweigt werden (OLG. Jena in OLGR. 2, 435). Derselbe Gesichtspunkt ist auch anderweit maßgebend, z. B. jemand erwirbt Hypotheken weit unter dem Nennwert, demnächst kauft er das Grundstück und übernimmt dabei die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis zum Nennwert. Hier würde, wenn er den Erwerb der Hypotheken verschweigen würde, ein ganz falsches Bild vom Kaufpreis entstehen. Dieser Hypothekenerwerb ist also als ein auf den Erwerb hinzielendes Rechtsgeschäft anzugeben. (Anm. 1.)

Bei der Berechnung der Preisangemessenheit ist, auch wenn der Einbringer ganz oder zum Teil Aktien erhält, der Wert der Aktien der zu bildenden Gesellschaft zum vollen Nennwerte zu rechnen. Denn das ist ja gerade der Sinn der Vorschrift, daß eine Gewähr dafür geschaffen werde, daß der der Gesellschaft angerechnete Wert ein wahrer, d. h. dem entsprechenden Geldbetrage gleichkommender, und die Aktie daher mindestens ihren Nennbetrag wert sei (richtig Petersen-Pechmann 56; Pinner 46). (Anm)

2. **Die Vorschrift ist zwingend.** Die Gründer können sich der Erklärung nicht durch die Bemerkung entziehen, daß sie nicht in der Lage seien, die Angemessenheit der Preise zu schätzen. Wenn sie nicht sachverständig genug sind, um sich eine eigene Überzeugung zu bilden, so dürfen sie die Gründerrolle nicht übernehmen. Zu ihrer Deckung mögen sie immerhin ihre Erklärung durch Taxen belegen. Auch ist die Hauptsache dabei nicht ihre eigene Schätzung, sondern die Angabe der Umstände, die objektiv wesentlich sind zur Nachprüfung der Angemessenheit (vgl. Anm. 1). Erwerbs- und Herstellungspreise anzugeben, sind sie unbedingt verpflichtet: bei Sacheinlagen sind sie dazu ohne weiteres in der Lage, denn der sacheinlegende Gründer muß doch seine Selbstkosten kennen. Bei Übernahme aber liegt es in ihrer Hand, das Offenlegen der betreffenden Angaben als Vertragsbedingung zu stellen. Gleichgültig ist, ob Konkurrenten durch solche Angaben Vorteil ziehen können. (Anm. 3.)

Liegt kein Zwischenerwerb vor, so muß dies negative Ergebnis erklärt werden, und dieses muß dem Registerrichter, dem nur eine formelle Kontrolle zusteht, genügen. (Anm. 4.)

S i m u l t a n - und S u k z e s s i v g r ü n d u n g erfordern diese Erklärung gleichmäßig.

§ 191. Vertretung ist bei Abgabe der Gründererklärung nicht zulässig, außer der notwendigen (juristische Personen usw.). — Lehmann-Ring Nr. 1; Behrend § 107 Anm. 28; Makower I 397; dagegen Goldmann Anm. 3.

Anm. 5. 3. **Der Zeitpunkt der Erklärung** ist vom Gesetze nicht angegeben. Aus den sonstigen Vorschriften des Gesetzes ist nichts anderes zu entnehmen, als daß die Erklärung abgegeben sein muß, ehe der Prüfungsbericht abgegeben ist; denn diesem dient sie zur Grundlage (§ 192), nicht schon, wie Völdernndorff und Hergenhahn (60) ohne gesetzliche Stütze annehmen, vor der Zeichnung (Willenbücher Anm. 3 zu Art. 175d; Pinner 46).

Anm. 6. 4. **Die Form des Berichts** ist gemäß Abs. 1 die schriftliche.

Anm. 7. 5. **Die rechtliche Bedeutung des Gründerberichts** ist, daß die Gründer dafür zivilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich sind (§§ 202 u. 313 Nr. 1; RG. 26, 41; RGSt. 18, 105). Außerdem ist der Gründerbericht der geeignete Ort für Zusicherungen über die Beschaffenheit der Sacheinlagen bzw. Übernahme gegenüber der Gesellschaft (RG. 18, 68).

§ 192.

§ 192. Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haben den Hergang der Gründung zu prüfen.

Gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsraths zu den Gründern oder hat sich ein Mitglied einen besonderen Vortheil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen oder liegt ein Fall des § 186 Abs. 2 vor, so hat außerdem eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden.

Die Revisoren werden durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in Ermangelung eines solchen durch das Gericht bestellt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Lit.: Rodewald, Die Revision bei Gründung der Aktiengesellschaften, München 98; Sattler, Dasselbe, Berlin 93.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet an, wer den Vorgang der Gründung zu prüfen hat.** Die Prüfung ist erforderlich bei der Simultan- und bei der Sukzessivgründung.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **In erster Linie haben die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats die Gründung stets zu prüfen.** Nicht die Organe als solche, sondern die Mitglieder als solche; also haben alle den Bericht zu erstatten, ein Mehrheitsbeschluß genügt nicht. Jedes Mitglied gibt seine Erklärung ab und hat zu unterschreiben. Weigert ein Mitglied sich dessen, so kann die Gründung nicht zustande kommen oder es muß ein anderes Mitglied gewählt werden.

Anm. 2. 2. (Abs. 2 u. 3.) **Außerdem haben unter Umständen besondere Revisoren die Prüfung vorzunehmen,** nämlich dann, wenn ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats zu den Gründern gehört; ferner dann, wenn ein Mitglied dieser Organe einen Gründerlohn sich ausbedungen hat, und endlich in allen Fällen qualifizierter Gründung. Ist die Gründung also keine reine Geldgründung, so ist die Revision durch besondere Revisoren unbedingt erforderlich. Wenn eine o. H. G. Gründerin ist und ein Mitglied derselben gehört zum Vorstande oder Aufsichtsrat, so muß Revision erfolgen; auch dann, wenn eine Aktiengesellschaft zu den Gründern gehört und ein Vorstandsmitglied derselben zum Vorstand oder zum Aufsichtsrate der zu gründenden Gesellschaft gehört (AG. Jena bei Bauer 9, 102); denn hier tritt die persönliche Seite in den Vordergrund, hier soll eine Kontrolle der Tätigkeit einer beteiligten Person durch einen Unbeteiligten stattfinden. Es ist dies aus dem Zwecke des Gesetzes zu folgern (ebenso Goldmann Anm. 6 und Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 3. Diese Revisoren sind zu bestellen von den für die Vertretung des Handelsstandes berufenen Organen, in Preußen nach dem Gesetz vom 24. Februar 1870 und 19. August 1897 und der Abänderung vom 2. Juni 1902. In Ermangelung eines solchen Organs erfolgt

die Bestellung durch das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz haben soll (das Gesetz sagt „hat"), und zwar nach § 145 FGG., durch das Amtsgericht, gegen dessen Verfügung nach § 146 daselbst die sofortige Beschwerde zulässig ist (wegen weiterer Beschwerde s. Anm. 9 ff. zu § 14). **§ 192.**

Die Zahl der Revisoren ist mindestens zwei, da das Gesetz in der Mehrzahl spricht (Behrend § 103 Anm. 2). Die Ansicht der 6./7. Aufl. (ebenso Goldmann Anm. 14 und Ring Nr. 3), daß unbedingt jedes Mitglied den gesamten Gründungsvorgang zu prüfen hat, kann nicht aufrecht erhalten werden. Wenn z. B. bei Einbringung einer Fabrik und eines Handelsgeschäfts ein Fabrikant und ein Kaufmann zu Revisoren bestellt sind, so ist es für genügend zu erachten, daß jeder der Revisoren nur den Teil der Einbringung prüft, für den er sachverständig ist (so OLG. Dresden bei Holdheim 7, 313). Anm. 4.

Zusatz. Weiteres über die Revisoren. Anm. 5.

1. Eine gesetzliche Pflicht, die Tätigkeit eines Revisors zu übernehmen, besteht reichsgesetzlich nicht. Findet sich niemand, der das Amt übernimmt, so kann nicht etwa von der Revision Umgang genommen werden, vielmehr fehlt dann ein gesetzliches Erfordernis der Gründung und die Gesellschaft kann nicht eingetragen werden.

2. Die Revisoren üben ein ihnen im öffentlichen Interesse übertragenes Amt aus (Behrend § 103 Anm. 2); ihre Tätigkeit ist Amtsführung, doch nicht als Beamte der Gesellschaft, sondern von Staats wegen, wenn sie auch nicht Staatsbeamte sind. Ihre Stellung ist vergleichbar der des Konkursverwalters (Sattler 17). Anm. 6.

Bestimmte Eigenschaften für den Revisor sind nicht vorgesehen. Das weibliche Geschlecht ist daher kein Hindernis; Geschäftsfähigkeit aber ist selbstverständliche Voraussetzung; desgleichen folgt aus der Natur der Sache, daß der Revisor nicht selbst Gründer sein darf, denn er soll eben unbeteiligt sein; ebenso ist anzunehmen, daß im Fall der Übernahme der Veräußerer ausgeschlossen ist. Anm. 7.

3. Eine Verantwortlichkeit der Revisoren ist im Aktiengesetze nicht vorgesehen, außer soweit § 202 Abs. 4 Platz greift (Behrend § 103 Anm. 2); im übrigen entscheidet das bürgerliche Recht. Sie haften also nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 BGB. für Vorsatz und jedes Versehen. Ihre Haftung ist aber nicht eine subsidiäre, die diesbezügliche Ausnahme macht § 839 BGB. nur für wirkliche Beamte, aber z. B. nicht für den Vormund (§ 1833 BGB.). Vgl. wegen des Konkursverwalters Jaeger, Konkursordnung, Anm. 21 zu § 8. Zur Geltendmachung der Rechte aus der Haftung ist allein die Gesellschaft berechtigt (Sattler 46). Anm. 8.

4. Über die Belohnung der Revisoren s. Anm. 2 zu § 194.

5. Die Revisoren stehen unter der Aufsicht der bestellenden Behörde. Diese dürfte das Widerrufsrecht haben (Munk bei Gruchot 40, 741). Auch darf sie Instruktionen aufstellen und die Ernennung davon abhängig machen, daß der Revisor sich diesen unterwirft. Auf die Gestaltung des Berichts aber hat die Behörde keinen Einfluß. Näheres hierüber nach dem alten HGB. siehe bei Sattler. Anm. 9. Anm. 10.

§ 193.

Die Prüfung hat sich insbesondere auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, die in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind. Der Inhalt der im § 191 bestimmten Erklärung ist auch in der Richtung zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten. **§ 193.**

Ueber die Prüfung ist unter Darlegung der im Abs. 1 bezeichneten Umstände schriftlich Bericht zu erstatten.

§ 193. Sind die Revisoren durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ bestellt, so haben sie diesem ein Exemplar des Berichts einzureichen. Die Einsicht des eingereichten Berichts ist Jedem gestattet.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt drei Vorschriften über den Prüfungsbericht**, den nach § 192 die Gründer und in den daselbst bezeichneten Fällen außerdem auch die Revisoren zu erstatten haben.

Anm. 1. 1. (Abs. 1) Inhalt des Berichts, 2. (Abs. 2) Form des Berichts, 3. (Abs. 3) die Niederlegung desselben.

1. (Abs. 1.) **Der Inhalt des Berichts.**

a) Als Gegenstand der Prüfung ist schon im § 192 der Hergang der Gründung bezeichnet. Der vorliegende Paragraph hebt nur einige Punkte besonders hervor. Eine Auslegung dahin, daß nur die im vorliegenden Paragraphen enthaltenen Punkte Gegenstand der Prüfung seien, war nach richtiger Ansicht schon früher nicht gestattet und dies wird jetzt durch das Wort „insbesondere" bestätigt. Zum Hergang der Gründung gehört vielmehr vor allem die Feststellung des Statuts nach seinen materiellen und formellen Erfordernissen, dann die ordnungsmäßige Bestellung der Gesellschaftsorgane, das Vorhandensein einer erforderlichen Staatsgenehmigung usw.

Anm. 2. b) Einzelne Punkte der Prüfung sind besonders hervorgehoben:

α) Die Zeichnung des Grundkapitals und die Einzahlung. Hier haben die Prüfungsverpflichteten nur die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Gründern gemachten Angaben zu prüfen. Dabei ist streitig geworden, ob die Prüfung sich nur auf die formelle Zeichnung oder auch auf die Zahlungsfähigkeit der Zeichner zu erstrecken habe (für letzteres Sattler 55). Sicherlich besteht diese letztere Pflicht insoweit, als die Gründer hierüber Angaben gemacht haben. Im übrigen aber ist die Zahlungsfähigkeit der Zeichner zwar nicht zu prüfen, d. h. es sind nicht besondere Nachforschungen darüber anzustellen; wohl aber dürfen die prüfenden Personen ihnen bekannt gewordene Umstände nicht unberücksichtigt lassen, aus denen sich ergibt, daß es sich um bloße Scheinzeichnungen handelt, was insbesondere bei fingierten Namen oder bei solchen Personen der Fall sein wird, die notorisch zahlungsunfähig sind. Denn in solchem Falle fehlt die Ernstlichkeit der Zeichnungserklärung. Doch kann auch bei einem Zahlungsunfähigen der ernste Zeichnungswille vorhanden sein, wenn der Zeichner einen Hintermann hat, der ihm die Aktien abzunehmen und die Gelder zur Zahlung herzugeben sich verpflichtet hat. Gründer bleibt aber auch hier der wirkliche Zeichner oder Übernehmer (Anm. 12 zu § 182).

Anm. 3. β) Die Festsetzungen des § 186. Das sind: Besondere Vorteile für einzelne Aktionäre, der Gründungsaufwand, besonders die Gründerbelohnung, und endlich Sacheinlagen und Übernahmen. In den ersteren beiden Punkten ist nur die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Gründern gemachten Angaben, in dem letzteren ist auch ferner zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der gewährten Beträge Bedenken obwalten. Das letztere ist eine Neuerung des jetzt geltenden HGB.

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Die Form des Prüfungsberichts.** Schriftlich muß der Bericht erstattet werden, Beglaubigung ist nicht nötig. Ein Urteil über den Wert der Gründung in ihrer Gesamtheit braucht er nicht zu enthalten. Doch ist dies zulässig (über den Fall, daß dieses Urteil ungünstig lautet, s. Anm. 6). Unterzeichnet muß der Bericht von allen eingetragenen Personen werden, also der Bericht der Verwaltungsorgane von allen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats, zulässigerweise auch in einer gemeinschaftlichen Urkunde. Der Bericht der Revisoren ist ein selbständiger, neben diesem zu erstattender. Die Benutzung derselben Urkunde ist aber nicht ausgeschlossen. — Wer von den prüfenden Personen abweichender Meinung ist, muß ein Separaturteil abgeben. Sonst macht er sich für den Inhalt des gemeinschaftlichen Urteils verantwortlich.

3. (Abs. 3.) **Die Niederlegung des Berichts.** Hierüber ist in dem vorliegenden Paragraphen nur für einen bestimmten Fall etwas bestimmt. Nämlich für den Bericht der bestellten Revisoren, wenn diese von dem für die Vertretung des Handelsstandes berufenen Organe bestellt sind. In diesem Falle haben sie ein Exemplar ihres Berichts bei dieser Stelle niederzulegen. Außerdem haben sie ein Exemplar ihres Berichts einer bei der Gründung beteiligten Person zu übergeben, am besten dem gewählten Vorstande. Die Einreichung ihres Berichts und des Berichts der Verwaltungsorgane bei Gericht erfolgt durch die sämtlichen Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bei der Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 Nr. 5). — § 193. Anm. 5.

Zusatz. Lautet der Revisorenbericht ungünstig, etwa dahin, daß die festgesetzten Werte nicht angemessen seien, so ist darum die Eintragung der Gesellschaft nicht zu versagen. Es ist Sache der Gründer, wie sie dieser Kritik gegenüber die Wertsansätze rechtfertigen wollen und Sache der Aktionäre, einer solchen Gesellschaft sich gleichwohl anzuschließen oder fernzuhalten. Unbenommen bleibt es den Gründern, Gegengutachten beizubringen und ihrer Erklärung beizufügen. — Anm. 6.

Es ist nicht zu bestreiten, daß diese Annahme mit der Tendenz des Gesetzes in Widerspruch zu stehen scheint. Zur Sicherung der Aktionäre schreibt das Gesetz eine Revision vor; mag sie aber auch ungünstig ausfallen, so soll dies an sich für die Gründung ohne Belang sein. Trotzdem kann das Gesetz nicht anders ausgelegt werden. Der Bericht der Revisoren ist eine Warnung an die Gründer, deren Verantwortlichkeit sich durch ihn natürlich erheblich erhöht; lassen sie trotzdem die Gesellschaft eintragen, so tun sie es auf ihre Gefahr (ebenso Gareis Anm. 6; Pinner Anm. IV; Rodewald 53).

§ 194.

Ergeben sich zwischen den im § 192 Abs. 2, 3 bezeichneten Revisoren und den Gründern Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise, so entscheidet endgültig diejenige Stelle, von welcher die Revisoren ernannt sind. Solange sich die Gründer weigern, der Entscheidung nachzukommen, unterbleibt die Erstattung des Prüfungsberichts. — § 194.

Die Revisoren haben Anspruch auf Ersatz angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Thätigkeit. Die Auslagen und die Vergütung werden durch die im Abs. 1 bezeichnete Stelle festgesetzt.

Der vorliegende Paragraph gibt zwei ergänzende Vorschriften über die Revisoren.

1. (Abs. 1.) **Meinungsverschiedenheiten zwischen den amtlich bestellten Revisoren und den Gründern** über den Umfang der Erklärungen und Nachweise. Über diese entscheidet die Stelle, die die Revisoren bestellt hat, also das Organ des Handelsstandes oder das Gericht. Die Entscheidung ist endgültig, d. h. es kann keine Beschwerde erhoben werden. § 146 FGG., der gegen handelsgerichtliche Entscheidungen die sofortige Beschwerde gibt, greift hier nicht Platz, weil kein Fall des § 145 vorliegt. Lautet die Entscheidung im Sinne der die Erklärung verlangenden Revisoren, so haben die Gründer die Erklärung zu geben, und solange sie sich gleichwohl weigern, „unterbleibt die Erstattung des Prüfungsberichts" und infolgedessen die Eintragung. Wenn in der 6./7. Aufl. ausgeführt ist, daß die Revisoren, wenn sie sich die nötigen Aufklärungen anderweitig verschaffen, auch von der Erklärung der Gründer absehen können, so widerspricht dies der bestimmten Fassung des Gesetzes (Goldmann Anm. 4; Lehmann-Ring Nr. 1). Lautet die Entscheidung der angerufenen Stelle dahin, daß die Gründer die verlangten Aufklärungen oder Nachweise nicht zu geben brauchen, dann müssen die Revisoren den Prüfungsbericht erstatten. Selbstverständlich kann ihnen keine Ansicht und auch nicht die Meinung aufgedrängt werden, daß die verlangten Aufklärungen zur Bildung eines Urteils nicht erforderlich sind. Allein sie müssen jedenfalls den Prüfungsbericht erstatten. Sind sie trotz der Entscheidung der angerufenen Stelle der Meinung, daß sich ohne — Anm. 1.

§ 194. die Aufklärung ein Urteil über den betreffenden Punkt nicht bilden lasse, so mögen sie dies sagen. Dann bleibt es der betreffenden Stelle überlassen, andere oder weitere Revisoren zu bestellen.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Die Entschädigung der Revisoren** ist dahin geregelt, daß sie Anspruch auf Ersatz angemessener barer Auslagen und auf Vergütung haben. Beides wird durch die Stelle festgesetzt, die sie ernannt hat. Setzt das Gericht fest, so greift § 146 FGG. Platz. Beschwerde ist auch hier nicht zulässig, da die Festsetzung der Vergütung nicht zu den in § 145 FGG. aufgeführten Gegenständen gehört (dagegen Makower I 403; Rudorff zu § 194). Diese Festsetzung ist Anspruchsbedingung. Freiwillige Abmachungen nach dieser Richtung sind ungültig. Eine vorherige Klage der Revisoren wäre daher unbegründet, auch wenn sie sich auf eine Abmachung stützte. Eine freiwillige Zahlung würde eine Bereicherungsklage nach §§ 812, 813 BGB. begründen, allerdings nicht dann, wenn der Zahlende gewußt hat, daß die Festsetzung nicht erfolgt sei und er doch gezahlt hat (§ 814 BGB.). — Zahlungspflichtig ist die Gesellschaft, wenn sie zustande kommt (anders Goldmann Anm. 8). Die Vergütung gehört zu dem Gründungsaufwand (anders Makower I 403). Haben die Gründer den Gründungsaufwand übernommen, so haben sie der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung, diese von der Entschädigungsverbindlichkeit zu befreien. Haben die Gründer mit den Revisoren vereinbart, daß sie und nicht die Gesellschaft die Vergütung zahlen soll, so ist diese Vereinbarung nicht nichtig, denn nur wegen der Höhe ist die Festsetzung durch die Behörde Anspruchsbedingung. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zu verneinen, liegt kein Grund vor. Kommt die Aktiengesellschaft nicht zustande, so haben die Personen die Kosten zu tragen, die die Revisoren beauftragt haben; ist dies von den Vertretern der „errichteten" Gesellschaft geschehen, so haften in solchem Falle die sämtlichen Gründer (vgl. Anm. 10 zu § 200).

§ 195.

§ 195. Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, von sämmtlichen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. der Gesellschaftsvertrag und die im § 182 Abs. 1 und im § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen;
2. im Falle des § 186 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, die im § 191 vorgesehene Erklärung und eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes, in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind;
3. wenn nicht alle Aktien von den Gründern übernommen sind, zum Nachweise der Zeichnung des Grundkapitals die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Gründern unterschriebenes Verzeichniß aller Aktionäre, welches die auf jeden entfallenen Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;
4. die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und des Aufsichtsraths;
5. die gemäß § 193 Abs. 2 erstatteten Berichte nebst ihren urkundlichen Grundlagen sowie im Falle des § 193 Abs. 3 die Bescheinigung, daß der Prüfungsbericht der Revisoren bei dem der zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ eingereicht ist;

§ 195.

6. wenn der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

In der Anmeldung ist die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist. Der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, und der hierauf baar eingezahlte Betrag sind anzugeben; dieser muß mindestens ein Viertheil des Nennbetrags und im Falle der Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennbetrag auch den Mehrbetrag umfassen. Als Baarzahlung gilt nur die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken.

Die Mitglieder des Vorstandes haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages an und enthält die Einzelheiten der Anmeldung.** Die Vorschriften sind zwingender Natur.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Gegenstand der Anmeldung, Ort der Anmeldung, die anmeldungspflichtigen Personen.**

a) **Gegenstand der Anmeldung ist die Gesellschaft,** nicht mehr, wie früher nach Art. 210, der Gesellschaftsvertrag. Demgemäß ist es auch die Gesellschaft, die eingetragen wird, nicht der Gesellschaftsvertrag (§ 198).

Nicht besonders anzumelden ist die Firma und der Vorstand, da dies nirgends vorgeschrieben ist und da mit dem Vertrage auch die Firma angemeldet ist, der Vorstand sich aber aus den gemäß Nr. 4 dieses Paragraphen Übernahmeurkunden ergibt (Änderungen des Vorstandes sind anzumelden § 234). Was den Ort der Niederlassung (§ 29) betrifft, so ist eine Anmeldung nicht nötig, wenn er sich mit dem Sitz deckt. Sind beide nicht identisch, so ist, wenn die Niederlassung sich an einem anderen Orte desselben Gerichtsbezirks befindet, wie der Gesellschaftssitz, lediglich dieser Ort anzugeben. Befinden sich aber Niederlassung und Sitz in verschiedenen Gerichtbezirken, so finden die Vorschriften über Anmeldung von Zweigniederlassungen Anwendung (vgl. Staub, GmbH. Anm. 5 zu § 7).

Anm. 2. b) **Der Ort der Anmeldung** ist das Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, d. h. der Ort, der im Gesellschaftsvertrage als Sitz bezeichnet ist, gleichviel, ob dort die Verwaltung geführt wird, oder nicht (Anm. 17 zu § 182).

Anm. 3. c) Die **anmeldungspflichtigen Personen** sind sämtliche Gründer, sämtliche Mitglieder des Vorstandes und sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats, nicht etwa die Gesellschaftsorgane als solche.

Anm. 4. Widerruft eine der anmeldepflichtigen Personen ihren Eintragungsantrag, bevor die Eintragung erfolgt ist, so hat der Registerrichter die Eintragung abzulehnen. Allerdings können die Gründer bzw. die Zeichner die Rückziehung des Widerrufs im Prozeßwege fordern (näheres vgl. Anm. 24); dies berührt aber nur das Verhältnis der Gründer und Zeichner unter sich. Der Registerrichter hat nur einzutragen, wenn ihm im Moment der Eintragung eine unbeschränkte gültige Anmeldung vorliegt; ist eine solche zurückgezogen, so hat er nicht zu prüfen, ob der Widerruf zu Recht erfolgt ist, oder nicht (vgl. für den Fall der Kommanditgesellschaft LG. Hamburg bei Holdheim 13, 303).

Anm. 5. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn ein Anmeldungspflichtiger vor oder nach Einreichung der Anmeldung stirbt (für den letzteren Fall entgegen 6./7. Aufl.). Die Bestimmung des § 130 BGB., auf die das OLG. Dresden (in OLGR. 4, 22; vgl. hierzu

§ 195. Staub in ZHR. 53, 213; Schultze-Görlitz in DNotVZ. 4, 151) seine entgegengesetzte Entscheidung stützt, kann hier nicht zur Anwendung kommen, da es sich bei der Anmeldung nicht um eine Willenserklärung gegenüber dem Richter handelt. Der Anmeldende will mit dem Richter kein Rechtsgeschäft schließen; er teilt dem Richter die Tatsache mit, daß ein Vertrag abgeschlossen ist, und stellt den Antrag, daß dieser seine öffentlichrechtliche Funktion ausübt und die Gesellschaft einträgt. Fällt aber die Bezugnahme auf § 130 fort, so kommt der allgemeine Grundsatz, der in der vorigen Anm. dargelegt ist, zur Anwendung; der Richter hat daher die Eintragung abzulehnen. Eine andere Frage ist, ob die Erben verpflichtet sind, statt des Erblassers die notwendigen Erklärungen abzugeben. Das hängt davon ab, ob die Errichtungsgesellschaft (Anm. 14 zu § 188) mit dem Tode eines Gründers aufhört. Hier entscheiden die Vorschriften des BGB. über Gesellschaften, insbesondere §§ 727, 736.

Der Tod eines Zeichners ist ohne Einfluß auf die Eintragung.

Vertretung ist bei der Anmeldung nur insofern zulässig, als die Gründer sich vertreten lassen können (vgl. Anm. 11 zu § 182 und Anm. 4 zu § 191). Die übrigen Personen aber können sich nicht vertreten lassen. Makower I 409 leugnet ohne Grund jede Vertretungsmöglichkeit bei dieser Anmeldung.

Anm. 6. Der Notar ist trotz § 129 FGG. nicht zur Anmeldung berechtigt; der dort bezeichnete Eintragungsantrag ersetzt nicht die Anmeldung. Diese durch den Notar vornehmen zu lassen, verbietet schon die Aufnahme der gemäß Abs. 3 dieses Paragraphen abzugebenden Erklärung.

Anm. 7. Die Anmeldungspflicht bedeutet aber nicht etwa, daß das Gericht die Eintragung erzwingen kann (vgl. jedoch für Versicherungsaktiengesellschaften § 64 PrivVersUntGes.). Der Staat hat kein Interesse daran, daß in der Bildung begriffene Gesellschaften zur Existenz gelangen. Deshalb schließt § 319 den Anmeldungszwang ausdrücklich aus. Bei der o. H. G. liegt die Sache anders, da diese schon vor der Eintragung besteht, wenn sie ihre Geschäfte vorher beginnt. Hier aber hat die Eintragung rechtsbegründende Kraft (§ 200). Die Vorschrift, daß der Gesellschaftsvertrag eingetragen werden müsse, bedeutet nur die Umkehrung des § 200. Die Eintragung muß erfolgen, wenn die Aktiengesellschaft zur rechtlichen Existenz gelangen soll.

Über die andere Frage, ob und gegen wen eine zivilrechtliche Pflicht zur Anmeldung besteht, s. Anm. 24 ff.

Anm. 8. d) **Über die Form der Anmeldung** und der Bevollmächtigung, soweit sie zulässig, verhält sich § 12.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Die Beilagen der Anmeldung.** Zur Erläuterung ist hier zu bemerken:

Zu Ziffer 1. Daß diese Verhandlungen einzureichen sind, war früher als selbstverständlich gar nicht erwähnt.

Anm. 10. Zu Ziffer 2. Die Einbringungs- und Übernahmeverträge müssen also schriftlich geschlossen werden, da sie ja einzureichen sind. Der Gründungsaufwand ist zwar zu berechnen, aber nicht zu belegen, und auch die Berechnung braucht sich nicht ins kleinste Detail zu erstrecken, so z. B. braucht bei Porti nicht jeder abgesandte Brief verzeichnet zu werden (Motive zum Aktiengesetz von 1884 I 168). Auch erwachsen ja noch nachträglich (durch die Eintragung) Kosten, die im voraus nicht genau zu berechnen sind.

Anm. 11. Zu Ziffer 3. Dies ist nur im Falle der Sukzessivgründung beizulegen. Das Aktionärverzeichnis ist nach dem jetzigen HGB. nur zu unterschreiben, nicht auch zu beglaubigen.

Anm. 12. Zu Ziffer 4. Nur die Urkunden über die Bestellung sind notwendig, die Annahme der Wahl braucht nicht besonders beurkundet zu werden, da sie in der Mitwirkung bei der Anmeldung liegt.

Anm. 13. Zu Ziffer 5. Die urkundlichen Grundlagen der Berichte sind etwaige Gutachten oder sonstige Bescheinigungen, welche die Beteiligten zur Begründung ihres Berichts beigefügt haben.

Anm. 14. Zu Ziffer 6. Die Genehmigungsurkunde, wenn der Gegenstand des Unternehmens staatlicher Genehmigung bedarf. An sich ist der Gang hierbei der, daß zunächst die Genehmigungs-

urkunde beigebracht wird und dann der Richter über die Eintragung entscheidet (KGJ. 11, 23). § 195.
Verlangt die Konzessionsbehörde zunächst die Bescheinigung, daß die Gesellschaft eintragungsfähig ist, so kann ein circulus entstehen, der meist dadurch gelöst wird, daß das Gericht eine Bescheinigung gibt, nach der, abgesehen von der Konzession, der Eintragung Bedenken nicht entgegenstehen. Im Kleinbahngesetz vom 28. Juli 1892 ist die Schwierigkeit dadurch umgangen, daß die Genehmigung zwar vorher ausgehändigt wird, aber erst in Wirksamkeit tritt, nachdem die Eintragung erfolgt ist (§ 16).

In Übereinstimmung mit den M. z. Aktiengef. von 1884 (II 117) ist anzunehmen, daß der Registerrichter keine Entscheidung darüber hat, ob das Unternehmen konzessionspflichtig ist. Er kann vielmehr nur eine Bescheinigung darüber fordern, daß die Konzession von der Verwaltungsbehörde erteilt, oder nach Ansicht derselben eine Konzession nicht erforderlich ist (so allgemeine Ansicht). — Die Vorschrift bezieht sich nicht auf Fälle, in denen es sich nur um die Genehmigung einzelner Anlagen aus Gründen sicherheits- bzw. gesundheitspolizeilicher Natur handelt, sondern nur auf Fälle, in denen das ganze Unternehmen einer staatlichen Genehmigung bedarf. Es war z. B. die Beibringung der Konzessionsurkunde nicht nötig, als eine Aktiengesellschaft sich bildete „zur Fertigstellung von Waren, zum Bleichen, Färben, Bedrucken und Appretieren derselben", obwohl die Ausführung dieses Zweckes Anlagen erheischte, welche der staatlichen Genehmigung bedurften. Dagegen muß die Genehmigungsurkunde beigebracht werden bei Unternehmungen, die den Betrieb von Eisenbahnen, die Emission von Banknoten, die Auswanderungsvermittelung, das Versicherungsgeschäft (Ges. v. 12. Mai 1901), Hypothekenbankgeschäfte (Ges. v. 13. Juli 1899) zum Gegenstande haben (LG. Berlin II bei Holdheim 6, 219). Die Frage der Konzessionspflichtigkeit tritt auch hervor bei Beschränkungen der Gewerbeordnung in bezug auf Gastwirtschaften, Schauspielunternehmungen und Heilanstalten. Ob derartige Konzessionen auch Aktiengesellschaften gegeben werden können, ist zweifelhaft.

3. (Abs. 3.) **Der Inhalt der Anmeldung selbst.** Sie muß enthalten: Anm. 15.

a) Die Angabe, zu welchem Kurse die Aktien ausgegeben werden.

b) Soweit Bareinlagen gemacht werden sollen (aber auch nur, soweit Bareinlagen gemacht werden sollen; bei Einbringungen fällt diese Vorschrift weg; vgl. Anm. 20), ist noch eine andere Erklärung in der Anmeldung erforderlich, nämlich die Erklärung, daß der eingeforderte Betrag, mindestens aber der vierte Teil des Nennbetrages und das Agio bar eingezahlt und im Besitz des Vorstandes ist.

α) Was zunächst Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Registerrichters dieser Erklärung gegenüber betrifft, so hat er der Regel nach nur zu prüfen, daß die Versicherung den gesetzlichen Vorschriften gemäß abgegeben ist. Liegen Verdachtsgründe vor, daß die Erklärungen den Tatsachen nicht entsprechen, so hat er ein Recht, Aufklärung zu verlangen. Hat er eingetragen, so kann die Löschung nicht mit der Behauptung verlangt werden, daß die Erklärung unrichtig abgegeben ist (KG. in DJZ. 03, 33; RG. bei Bauer 10, 275; vgl. Anm. 11 zu § 198). Anm. 16.

β) Bare Einzahlung ist nötig. Weder genügt Zahlung durch Wechsel (RGSt. 26, 66; 36, 186), noch Gutschrift bei einem Bankier (RGSt. 24, 9, sowie bei Holdheim 14, 246 und Fuld im „Recht" 04, 21), noch Hingabe eines Checks (so implicite RG. 41, 122). Es darf auch keine Scheinzahlung vorliegen (RGSt. 24, 286), es muß wirkliche und ernstliche Eigentumsübertragung beabsichtigt sein (RGSt. 30, 318). Zahlung in Reichskassenscheinen oder Scheinen von Notenbanken soll dabei genügend sein, womit aber nicht gesagt sein soll, daß hierdurch eine sonst nicht bestehende Pflicht zur Annahme von solchen Scheinen begründet werde (KB. z. AktGes. von 1884 10). Anm. 17

γ) Auf jeden Aktienbetrag muß der Betrag eingezahlt sein; ein Herüberziehen der von einem gezahlten Beträge auf die Einlagepflicht des anderen ist nicht zulässig, selbst wenn die Gesamtsumme der Einzahlungen die eingeforderten Beträge ausmachen sollte (RGSt. 26, 66 und 33, 252 und GoltdA. 48, 304); andererseits ist nicht notwendig, daß der Zeichner selbst den Betrag einzahlt, es kann auch ein anderer für ihn gezahlt haben Anm. 18.

§ 195. (Lehmann-Ring Nr. 2; Behrend § 102 Anm. 5; RGSt. 30, 318). Es ist auch nicht etwa eine körperliche Aushändigung des Geldes an den Vorstand unbedingt erforderlich (RG. in JW. 89, 501⁶); es genügt, wenn die körperliche Aushändigung an einen Dritten auf Anweisung oder auf Bewilligung des Vorstandes derart erfolgt, daß dieser Dritte die Zahlung für den Vorstand annimmt; auch dies ist Einzahlung (vgl. § 362 Abs. 2 BGB.).

Anm. 19. δ) Im Besitze des Vorstandes müssen die Bareinlagen sein. Dies Erfordernis tritt zu dem eben behandelten hinzu. Es genügt nicht, daß das Geld bar eingezahlt worden ist, es muß auch zur Zeit der Anmeldung der Gesellschaft im Besitze des Vorstandes sein. Der Besitz braucht allerdings kein unmittelbarer zu sein, auch mittelbarer Besitz genügt (§§ 854, 868 BGB.), aber mindestens mittelbarer Besitz muß vorhanden sein. Hiernach ist es zwar genügend, wenn das Geld einem Bankier zur Verwahrung übergeben, bei ihm hinterlegt worden ist (vgl. KB. z. AktGes. von 1884, 10; RGSt. 24, 292; auch Bolze 9 Nr. 481). Aber es muß ein reguläres Depositum sein. Dagegen genügt es nicht, daß das Geld zur freien Verfügung des Vorstandes steht, so daß also bei einer Hingabe des Geldes zum irregulären Depositum das Erfordernis des Besitzes nicht mehr vorliegt (Makower I 410; Rudorff 147). Die in der Praxis beliebte Einzahlung bei einer Bank auf Konto genügt also nicht; in solchem Fall besteht nur ein Forderungsrecht, kein Besitz des Geldes. Noch weniger ist das Erfordernis vorhanden, wenn das Geld umgesetzt ist, und mag es auch noch so sicher (z. B. in Hypotheken oder Wertpapieren) angelegt sein. Und noch viel weniger ist das Erfordernis vorhanden, wenn für das Geld sonstige Ausgaben gemacht sind, mögen auch dafür gleichwertige Objekte angeschafft und günstige Erwerbungen für die Gesellschaft gemacht sein (RG. 24, 286; vgl. RG. 36, 112). Das Gesetz will eben in diesem Stadium von solchen Experimenten nichts wissen, sondern verlangt einfach den unberührten Besitz des Geldes. — Die Frage, wo diese Einzahlungen aufzubewahren sind, entscheidet der Vorstand nach pflichtmäßigem Ermessen.

Allerdings kann durch das Erfordernis des Besitzes eine Schwierigkeit entstehen. Die Gesellschaft kann, wenn nicht die Gründer die Gründungskosten übernommen haben, nicht ohne gewisse Ausgaben, Notariats-Stempelkosten usw. entstehen. Da der Vorstand in unvermindertem Besitz der Einzahlungen sein muß, kann dies nicht anders gemacht werden, als daß ein Dritter, etwa ein Gründer, die nötigen Summen verauslagt. Es muß dann aber für zulässig erachtet werden, daß der Vorstand diesem die Einzahlungen zum Pfand übergibt, da auch in diesem Fall der Vorstand Besitz behält (Staub DJZ. 03, 76).

Anm. 20. ε) All das bezieht sich nicht auf Sacheinlagen. Eine Bestimmung dahin, daß auch die Sacheinlagen vor der Gesellschaftserrichtung dem Vorstande übergeben sein müßten, trifft das Gesetz nicht (Lehmann-Ring Nr. 9; Makower I 405 u. 408; Rehm in ArchBürgR. 22, 121). Gleichwohl behauptet Behrend (§ 117 Anm. 12 zu Art. 210), daß Sacheinlagen noch vor der Anmeldung zum Handelsregister voll geleistet werden müssen, es sei dies eine Voraussetzung für die Entstehung der Gesellschaft. Diese Ansicht (die Staub für die G. m. b. H. Anm. 11 zu § 7 aus Gründen, die nur für dies Gesetz gelten, verteidigt) entbehrt der gesetzlichen Stütze. Soweit daher Sacheinlagen stattfinden, braucht eine Erklärung über die Übergabe nicht zu erfolgen und es ist nicht ausgeschlossen, daß eine AG. in der Weise gegründet wird, daß nur Sacheinlagen stattfinden. Der vorliegende Paragraph schreibt nicht etwa vor, daß mindestens der vierte Teil jeder Aktie oder des Aktienkapitals bar eingezahlt oder sofort geleistet werden muß (vgl. Simon bei Holdheim 11, 275).

Anm. 21. ζ) Wenn ein Aktionär teils Sachen einbringt, teils bar zahlt, so hat er ¼ des Barbetrages einzuzahlen (so Staub GmbH. Anm. 14 zu § 7 gegen RG. in GoltdA. 48, 304, welches das bar zu zahlende Viertel von dem Nennbetrage berechnet, aber hiervon die Sacheinlage abzieht).

Anm. 22. 4. (Abs. 4.) **Die Zeichnung der Namensunterschrift durch die Mitglieder des Vorstandes.** Zeichnung der Firma ist nicht nötig (Staub GmbH. Anm. 15 zu § 8).

5. (Abs. 5.) **Aufbewahrung der Anlagen der Anmeldung bei Gericht.** Die Urschriften werden eingereicht, müssen aber nicht notwendig aufbewahrt werden. Mindestens aber müssen beglaubigte Abschriften daselbst aufbewahrt werden, sei es, daß sie von den Beteiligten überreicht oder vom Gericht auf Kosten derselben gefertigt werden. § 195. Anm. 23.

Zusatz 1. Die zivilrechtliche Pflicht zur Anmeldung. Hier muß unterschieden werden: Anm. 24.

1. Bei Simultangründung können die Gründer gegen einander und gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats auf Anmeldung klagen: die Gründer gegen einander, weil sie sich durch die Übernahmeverhandlung gegenseitig endgültig gebunden haben (vgl. Anm. 4 zu § 188); gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats, weil diese durch die Annahme ihrer Ernennung sich verpflichtet haben, bei der Anmeldung mitzuwirken. Allen Anmeldungspflichtigen aber ist der Einwand gestattet, daß der Hergang der Gründung Unregelmäßigkeiten aufweist, die zivilrechtliche oder gar strafrechtliche Gefahren für sie enthalten.
2. Bei der Sukzessivgründung können die Zeichner gegen den Vorstand und Aufsichtsrat nicht klagen, weil diese ihre Unterschrift sogar noch bis zum Schlusse der Errichtungsversammlung zurückziehen können (§ 196 Abs. 3). Gegen die Gründer kann, wie entgegen der 6./7. Aufl. in Verfolg der Anm. 22 zu § 189 dargelegten Ansicht anzunehmen ist, geklagt werden. Sie haben durch Annahme ihrer in der Zeichnung liegenden Offerte ein unentziehbares Recht gewonnen, sind aber auch aus ihrer Zeichnung verpflichtet (ebenso Goldmann Anm. 5; dagegen Ring Nr. 1). Anm. 25.

Zusatz 2. Die Stellung des Registerrichters zur Anmeldung. Siehe hierüber Anm. 6 ff. zu § 198. Anm. 26.

§ 196.

Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen, so beruft das im § 195 bezeichnete Gericht eine Generalversammlung der in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft. § 196.

Die Versammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Der Vorstand und der Aufsichtsrath haben sich über die Ergebnisse der ihnen in Ansehung der Gründung obliegenden Prüfung auf Grund der im § 193 Abs. 2 bezeichneten Berichte und ihrer urkundlichen Grundlagen zu erklären. Jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths kann bis zur Beschlußfassung die Unterzeichnung der Anmeldung zurückziehen.

Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil aller in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre umfassen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen. Auch wenn diese Mehrheit erreicht wird, gilt die Errichtung als abgelehnt, sofern hinsichtlich eines Theiles der Aktionäre die Voraussetzungen des § 186 vorliegen und sich die Mehrheit der von anderen Aktionären abgegebenen Stimmen gegen die Errichtung erklärt.

Die Zustimmung aller erschienenen Aktionäre ist erforderlich, wenn die im § 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, im § 183, im § 184 Abs. 2 sowie die im § 185 bezeichneten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags abgeändert oder die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden sollen. Dasselbe gilt, wenn die Dauer der Gesellschaft über die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Zeit verlängert oder die im Gesellschaftsvertrage für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erfordernisse beseitigt werden sollen.

§ 196. Die Beschlußfassung ist zu vertagen, wenn es von den Aktionären mit einfacher Stimmenmehrheit verlangt wird.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt die Notwendigkeit und die Einzelheiten der bei der Sukzessivgründung erforderlichen Errichtungsversammlung oder konstituierenden Generalversammlung.** Der Gegenstand wird in 6 Absätzen wie folgt abgehandelt:

1. Die Berufung der Generalversammlung (Abs. 1).
2. Die Leitung der Versammlung (Abs. 2).
3. Pflichten und Rechte der Gesellschaftsorgane in der Generalversammlung (Abs. 3).
4. Einzelheiten der Abstimmung (Abs. 4 u. 5).
5. Vertagungsmöglichkeit (Abs. 6).

1. (Abs. 1.) **Die Berufung der Generalversammlung.**

Anm. 1. a) Dem Akte der Einberufung geht, wie immer den Akten des Gerichts, eine Prüfung seiner Voraussetzungen voran. Der Registerrichter hat die Pflicht, die Anmeldung und ihre Unterlagen auf ihre gesetzlichen Erfordernisse zu prüfen und kann und darf die Errichtungsversammlung erst einberufen, wenn jene Erfordernisse in Ordnung sind. Eine vielleicht nutzlose Generalversammlung ohne Vorhandensein der Voraussetzungen einzuberufen, dazu hat er keine Veranlassung. Auch ist die Errichtungsversammlung nicht für seine Prüfungstätigkeit, sondern zur Verhandlung und Beschlußfassung der Interessenten bestimmt (übereinstimmend Goldmann Anm. 3; Petersen-Pechmann 367; im wesentlichen zustimmend auch Makower I 412; anders Lehmann-Ring Nr. 2; OLG. Dresden in ZHR. 35, 240).

Anm. 2. b) Auf die Einberufung finden die Formen und Fristen der ordentlichen Generalversammlung Anwendung, wie das § 197 vorschreibt. Daraus folgt einmal die Notwendigkeit der zweiwöchigen Frist und ferner das Erfordernis der Veröffentlichung in Gemäßheit des Gesellschaftsstatuts als Minimum und Maximum (abweichend Völderndorff, der besondere Zustellung an jeden Aktionär verlangt).

Anm. 3. Die Zeit der Berufung. Hierüber ist im Gesetze nichts gesagt. Früher hieß es im Art. 210 a, die Berufung müsse „ohne Verzug" erfolgen. Eine sachliche Änderung liegt in dieser Weglassung nicht.

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Die Leitung der Versammlung.** Sie erfolgt durch den Richter. Seiner Stellung und Aufgabe gemäß hat er nicht die Wahrheit der ihm erklärten Tatsachen zu erforschen und etwa durch Beweiserhebung festzustellen, sondern nur auf die Abgabe der gesetzlichen Erklärungen hinzuwirken. Es soll, wie der KB. z. AGes. 84, 10 hervorhebt, den Zeichnern das schriftliche Material zum Bewußtsein gebracht werden. Wenn der KB. a. a. O. weiter sagt, daß auch etwaige Anstände noch beseitigt werden sollen, so ist dies insofern richtig, als Anstände, die sich noch beseitigen lassen, jetzt noch erörtert und beseitigt werden können. Aber es ist daraus nicht der weitere Schluß gerechtfertigt, als sei die Versammlung der einzige Ort zur Hebung von Anständen und der Registerrichter nicht befugt, Anstände vorher nach Anmeldung des Gesellschaftsvertrages zu rügen und auf Beseitigung derselben vor Anberaumung der Generalversammlung hinzuwirken (vgl. Anm. 1).

Anm. 5. Für die Beurkundung gilt gemäß § 179 der § 259 mit der Maßgabe, daß gerichtliche Beurkundung erforderlich ist.

Zuständig ist das nach § 195 bezeichnete Gericht, also das Gericht, das an dem statutarischen Gesellschaftssitze fungiert und zwar nach § 125 FGG. das betreffende Amtsgericht.

Die Verhandlung ist nicht öffentlich (für die Versicherungs-Aktiengesellschaften vgl. noch § 65 Abs. 3 PrivVersUntGes.). Ein bei der Gründung irgendwie beteiligter Richter ist ausgeschlossen (§ 6 FGG.).

Anm. 6. 3. (Abs. 3.) **Pflichten und Rechte der Gesellschaftsorgane in der Generalversammlung.**

a) Die Pflichten dieser Organe bestehen in der Erklärung über die Ergebnisse ihrer Prüfung. Ein Verzicht auf diese Erklärung ist wegen der strikten Fassung des Gesetzes und der Natur

der im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschrift unzulässig (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 9; Goldmann Anm. 17). Sie ist abzugeben von den beiden Organen als solchen, also nicht notwendig von allen Mitgliedern, wohl aber mindestens von je einem Mitgliede eines jeden Organs. Wer abweichender Meinung ist, muß diese ebenfalls kundgeben, sonst haftet er für die im gemeinsamen Namen abgegebenen Erklärungen. Ein Bericht der Revisoren ist nicht geboten, aber statthaft. **§ 196.**

b) Die **Rechte** dieser Organe bestehen in der weitgehenden Befugnis, die Unterschrift der Anmeldung bis zur Beschlußfassung auf Grund freier Entschließung, ohne Angabe von Gründen und auch ohne Vorhandensein von triftigen Gründen, zurückzuziehen. Geschieht dies, so ist die Generalversammlung gegenstandslos und aufzulösen. Die Ansetzung einer neuen Generalversammlung auf Grund einer neuen Anmeldung ist nicht ausgeschlossen, wenn nur die im Zeichnungsscheine vorgesehene Frist nicht abgelaufen ist. Sonst muß von neuem gezeichnet werden. Ein Recht der **Gründer**, die Unterzeichnung der Anmeldung zurückzuziehen, ist nicht anerkannt. Anm. 7.

4. (Abs. 4 u. 5.) **Die Einzelheiten der Abstimmung.** Anm. 8.

a) **Stimmberechtigt sind** alle Zeichner, auch die Gründer, auch die Sacheinleger, auch die Zeichner, mit denen ein Übernahmevertrag geschlossen ist, nur daß, wenn die Voraussetzungen des § 186 bei einem Zeichner vorliegen, der Abstimmungsmodus in gewisser Hinsicht ein erschwerter ist (darüber Anm. 10). Was die Rechtsnachfolger betrifft, so können Singularnachfolger hier nicht in Betracht kommen (§ 200 Abs. 2). Universalrechtsnachfolger sind nach Maßgabe des § 225 teilnahmeberechtigt (D. 136). Dies auch dann, wenn es sich um Erben eines Gründers handelt. Denn mit der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages haben die Gründer ihre offizielle Tätigkeit erfüllt; sie kommen nunmehr nur noch als Aktionäranwärter in Betracht (darüber, ob, wenn ein Gründer nach der Anmeldung stirbt, die Gesellschaft überhaupt noch eingetragen werden kann, s. Anm. 5 zu § 195). Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sind als solche am Mitstimmen nicht verhindert. **Eine statutarisch angeordnete Aktiendeposition** als Vorbedingung des Stimmrechts fällt hier fort (vgl. Anm. 2 zu § 197).

b) **Es besteht unbedingte Freiheit der Abstimmung.** Weder die Zeichner, noch die Gründer sind behindert, nach ihrer Willkür für oder gegen die Errichtung der Gesellschaft zu stimmen. Aber andererseits sind sie durch die Zeichnung bzw. durch die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages insofern gebunden, als sie verpflichtet sind, an der Gesellschaft teilzunehmen, wenn die Errichtung durch Stimmenmehrheit auch gegen ihre Stimmen beschlossen wird. Anm. 9.

c) **Die erforderlichen Mehrheiten sind:** Anm. 10.

α) absolute Mehrheit der anwesenden Stimmen, nach Aktienbeträgen.

β) ¼ aller Aktionäre, auch der nicht erschienenen, nach Kopfzahl. Erben eines inzwischen verstorbenen Zeichners gelten dabei als **eine** Person, eine o. H. G. gilt als **eine** Person.

γ) ¼ des Grundkapitals, selbstverständlich des nominellen; vom eingezahlten ist nicht die Rede, sondern vom gesamten Grundkapital.

Für den Fall, daß bei einem Teile der Aktionäre die Voraussetzungen des § 186 vorliegen, ist trotz dieser Mehrheit die Errichtung abgelehnt, wenn die Mehrheit der von anderen Aktionären abgegebenen Stimmen sich gegen die Errichtung erklärt. Für qualifizierte Beschlüsse (Änderungen in bezug auf gewisse Statutenbestimmungen, Sacheinlagen oder Übernahmen usw.) erweitert sich das Erfordernis zu α zur Zustimmung aller erschienenen Aktionäre (die nicht erschienenen gelten als zustimmend; RG. 55, 68). Außerdem müssen die sonstigen Erfordernisse für Statutenänderungen vorhanden sein, wenn solche beliebt werden (§ 197; Makower I 414).

5. (Abs. 6.) **Die Vertagung** beschließt die Versammlung, der Richter spricht sie aus. Einfache Stimmenmehrheit entscheidet, die nach § 186 Beteiligten stimmen mit. Die neue General- Anm. 11.

§ 196. versammlung muß so zeitig anberaumt werden, daß die im Zeichnungsscheine vorgesehene Frist nicht verstreicht.

Anm. 12. **Zusatz. Die Rechtsfolge des in dieser Versammlung gefaßten Errichtungsbeschlusses ist die Errichtung der Gesellschaft.** Die Gesellschaft ist errichtet, aber sie besteht noch nicht als Aktiengesellschaft, wie § 200 sagt. Über die rechtliche Bedeutung der errichteten Gesellschaft s. Anm. 4 zu § 188.

§ 197.

§ 197. **Soweit nicht in den §§ 190, 196 ein Anderes bestimmt ist, finden auf die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft stattfindenden Generalversammlungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind.**

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt, daß auf die Berufung und Beschlußfassung der der Eintragung vorangehenden Generalversammlungen die für die eingetragenen Gesellschaften maßgebenden Vorschriften Anwendung finden sollen** (soweit nicht §§ 190 u. 196 Sonderbestimmungen treffen).

Anm. 1. 1. **Die Bedeutung der Bestimmung.** Einer solchen bedurfte es, weil ohne sie die entsprechende Anwendung jener Vorschriften zweifelhaft gewesen wäre. Denn diese beziehen sich ihrem Inhalte nach nur auf die Rechtsverhältnisse einer *bestehenden* Aktiengesellschaft (vgl. Anm. 4 zu § 188).

Anm. 2. *Daher kommt es auch, daß die Anwendung der Vorschriften nur eine entsprechende sein kann* und nur soweit stattfindet, als die immerhin doch vorhandene Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse eine Abweichung nicht notwendig bedingt. So wird z. B. die etwa angeordnete Hinterlegung von Aktien hier fortfallen müssen, da es Aktien in diesem Stadium noch nicht gibt.

2. **Der Inhalt der Vorschrift.**

Anm. 3. a) **Auf die Berufung** findet insbesondere die zweiwöchige Frist (vgl. Anm. 2 zu § 196) und das Erfordernis der Veröffentlichung Anwendung. Als Tagesordnung genügt die Angabe: „Errichtung der Gesellschaft"; sollen aber Statutenänderungen beschlossen werden, so muß § 274 Abs. 2 beobachtet werden (Pinner 59). Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn sämtliche Aktionäre anwesend sind, Ladung, Bekanntmachung und Fristen überflüssig sind (vgl. RGSt. 29, 384), und gewöhnlich wird in solcher Universalversammlung der Verzicht auf Ladung ausgesprochen. Zu laden sind, wenn etwa besondere Ladung statutarisch vorgesehen ist, die im Aktionärverzeichnis aufgeführten Aktionäre. Auf etwaige Abtretungen ist dabei nicht Rücksicht zu nehmen (§ 200 Abs. 2).

Eine etwaige Hinterlegung von Aktien ist hier nicht durchführbar und fällt daher fort (vgl. Anm. 1).

Anm. 4. b) **Was die Beschlußfassung** betrifft, so finden sowohl die *gesetzlichen*, als die *statutarischen* Vorschriften Anwendung, die für die bestehende Gesellschaft maßgebend sind (KGJ. 4, 30; Makower I 416). Zu den gesetzlichen Vorschriften gehören in erster Linie die §§ 251—259 (§ 251: einfache Stimmenmehrheit; § 252: jede Aktie gewährt das Stimmrecht; Abstimmung durch Bevollmächtigte ist gestattet usw.; § 253: wer beruft die Versammlung? § 254: Recht der Minderheit, die Berufung und Ankündigung zu verlangen, auch dieser findet entsprechend, soweit angängig, Anwendung; § 255: zweiwöchige Frist zur Berufung, vgl. Anm. 3; § 256: Ankündigung des Zweckes der Versammlung, Recht des Aktionärs auf Erteilung von Abschriften der Anträge; § 257: Recht der Aktionäre auf besondere Mitteilung; § 258: Aktionärverzeichnis; § 259: gerichtliche oder notarielle Beurkundung). Ferner greifen die besonderen Vorschriften über Statutenänderungen, wenn solche beschlossen werden, hier Platz.

Anm. 5. Überall natürlich mit den Änderungen der §§ 190 u. 196 (so ändert sich z. B. § 252 Abs. 3 durch § 196 insofern, als auch Zeichner, mit denen Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, im Falle des § 196 mitstimmen dürfen).

Anm. 6. **Was die Regeln von der Anfechtung** betrifft, so ist (entgegen der 6./7. Aufl. und Lehmann in JheringsJ. 33, 414) anzunehmen, daß an sich auch bei Vorgeneralversammlungen An-

fechtung zulässig ist. Der Umstand, daß § 197 nur von Anwendung der Regeln über Berufung und Beschlußfassung spricht, kann nicht entscheiden; denn zu den Regeln über letztere gehören auch die über die Anfechtung der Beschlüsse. Auch der Umstand, daß hier der Richter die gesetzlichen und statutarischen Voraussetzungen zu prüfen hat, beweist nichts; denn sonst würden entsprechend alle Beschlüsse, die der Eintragung bedürfen, der Anfechtung entzogen sein. Es muß daher die Zulässigkeit der Anfechtung von Beschlüssen der Vorgeneralversammlungen bejaht werden (Pinner 60). Nur für die Errichtungsversammlung des § 196 ist dies zu verneinen, da § 309 die Anfechtung der Gesellschaft als solcher allgemein regelt (ebenso Lehmann-Ring zu § 197; Goldmann Anm. 4). § 197.

§ 198.

Bei der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben. § 198.

Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Mitglieder des Vorstandes oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den Inhalt der Eintragung.

1. Das Wesentliche ist, daß nun nicht mehr der Gesellschaftsvertrag, sondern die Gesellschaft eingetragen wird. Anm. 1.
2. Unter den besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis sind die etwaigen Abweichungen von dem Grundsatze der Gesamtvertretung nach § 232 zu verstehen (D. 137). Anm. 2.
3. Die Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß sie die Aktiengesellschaft zur Existenz bringt (§ 200). Die Veröffentlichung ist dazu nicht erforderlich. Eintragung am Sitze der Gesellschaft genügt. Anm. 3.

Eingetragen wird die Gesellschaft. Ist also in das Handelsregister eingetragen, daß eine Aktiengesellschaft unter der Firma N. errichtet ist, so ist diese Aktiengesellschaft entstanden. Ohne Eintragung der Firma wäre das nicht der Fall, weil dann eine Eintragung, die die Gesellschaft individualisiert, nicht vorhanden ist. Dagegen ist, um die Eintragung als solche zur Vollendung zu bringen, ein Mangel der andern einzutragenden Punkte (auch des Grundkapitals, wie entgegen der 6./7. Aufl. anzunehmen ist), gleichgültig, d. h. die Gesellschaft ist, wenn einer dieser Punkte nicht oder unrichtig eingetragen ist, nicht nichtig. Der Registerrichter hat, wenn nur seine Eintragung unrichtig, der Gesellschaftsvertrag aber richtig ist, die Eintragung von Amts wegen oder auf Antrag beziehungsweise Beschwerde (§ 20 FGG.) eines Beteiligten zu berichtigen oder zu ergänzen. Leidet dagegen der Gesellschaftsvertrag an einem Mangel, so ist nach § 309 HGB., § 144 FGG. zu verfahren (so Lehmann-Ring Nr. 2, Goldmann Anm. 8, 7). Anm. 4.

Zusatz 1. Die Namen der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats werden angemeldet (§ 195 Nr. 4) und veröffentlicht (§ 199 Nr. 4), aber nicht eingetragen. Anm. 5.

Zusatz 2. Das Prüfungsrecht des Registerrichters. Seine Prüfung erstreckt sich auf den ganzen Gründungshergang. Es ist hierbei folgendes zu bemerken: Anm. 6.

1. Die Eintragung ist nicht Sache des Ermessens des Gerichts; der Richter muß eintragen, wenn die gesetzlichen Erfordernisse vorliegen (Cosack § 115 II 1 g). Anm. 7.
2. Das eingereichte Statut ist als ein Ganzes zu betrachten; sind einzelne Teile dem Gesetze nicht entsprechend, so ist die Eintragung überhaupt zu versagen (OLG. Dresden in ZgA. 10, 182). Anm. 8.
3. Der Richter hat den Inhalt der Statuten jedenfalls insoweit zu prüfen, als er gesetzwidrigen Akten die Eintragung versagt, z. B. wenn er bei einer als Geldgründung an- Anm. 9.

§ 198. gemeldeten Gesellschaft feststellt, daß Einlagen oder Übernahmen vereinbart, aber nicht im Statut enthalten sind (vgl. Anm. 18 zu § 186 und Anm. 7 im Exk. zu § 8 sowie den in Anm. 18 zu § 186 zitierten hierüber noch hinausgehenden Beschluß des KG.).

Anm. 10. 4. Redaktionelle Änderungen kann der Richter an sich nicht verlangen (KGJ. 3, 13; 5, 31; 8, 12), doch geschieht dies sehr häufig.

Anm. 11. 5. Das Prüfungsrecht des Richters ist zunächst ein formales, er hat die Gültigkeit der Erklärungen zu prüfen. Sehr streitig ist, ob er auch ein materielles Prüfungsrecht hat, ob er also auch die Wahrheit der ihm bezeugten Tatsachen, z. B. betreffs der geleisteten Einzahlungen, zu untersuchen hat. Das KG. (KGJ. 8, 15) hat sich früher auf den verneinenden Standpunkt gestellt; in neuerer Zeit neigt es dazu, dem Richter auch materielles Prüfungsrecht zu gewähren (vgl. z. B. KGJ. 28 A S. 85 und in DJZ. 03, 133); immer jedoch nur in dem Umfange, daß der Richter, wenn er Verdachtsgründe hat oder sonst zweifelt, ob die ihm mitgeteilten Tatsachen der Wahrheit entsprechen, ein Prüfungsrecht hat. Er kann also nicht z. B. ohne weiteres verlangen, daß ihm die Erklärung, es seien 25% eingezahlt und im Besitz des Vorstandes, bewiesen werde; er ist aber hierzu berechtigt, wenn er, sei es aus dem Inhalt der Urkunden, sei es aus anderen Tatsachen, Bedenken gegen die Richtigkeit hat (vgl. Anm. 16 zu § 195). Mit Rücksicht auf die Grundsätze über freiwillige Gerichtsbarkeit (vgl. insbesondere § 12 des Ges.); mit Rücksicht ferner darauf, daß der Richter jedenfalls die Pflicht hat, illegitime Schöpfungen zu verhindern (Dernburg I § 83 VI), wird man dieser Ausdehnung beistimmen müssen (in der 6./7. Aufl. ist der formale Standpunkt betont; in dem Kommentar G. m. b. H., Anm. 1 zu § 10 und in den nachgelassenen Materialien stellt sich Staub auf den hier dargelegten Standpunkt, vgl. Anm. 8 ff. im Exk. zu § 8).

§ 199.

§ 199. In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung aufzunehmen:

1. die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185, 186 bezeichneten Festsetzungen;
2. der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden;
3. der Name, Stand und Wohnort der Gründer und die Angabe, ob sie die sämmtlichen Aktien übernommen haben;
4. der Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsraths.

Zugleich ist bekannt zu machen, daß von den mit der Anmeldung der Gesellschaft eingereichten Schriftstücken, insbesondere von dem Prüfungsberichte des Vorstandes, des Aufsichtsraths und der Revisoren, bei dem Gericht Einsicht genommen werden kann. Im Falle des § 193 Abs. 3 ist ferner bekannt zu machen, daß von dem Prüfungsberichte der Revisoren auch bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ Einsicht genommen werden kann.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, was das Gericht nach der Eintragung zu veröffentlichen hat.

Anm. 1. 1. **Die Bedeutung der Vorschrift** ist nicht die einer bloßen Ordnungsvorschrift. Vielmehr findet auch hier § 15 Anwendung, aber nur insoweit es sich um einzutragende Tatsachen handelt. Die Eintragung hat hier eine doppelte Bedeutung, einmal erzeugt sie das Rechtsverhältnis (die Existenz der Gesellschaft usw.), andererseits aber hat sie in Verbindung mit der Bekanntmachung die Bedeutung, daß der Dritte sie sich entgegenhalten lassen muß (vgl. Anm. 12 ff. im Exk. zu § 8 und Anm. 5 zu § 15). Die Veröffentlichung der Punkte dagegen, die § 199 Nr. 1–4 und Absatz 2 erwähnt, ist lediglich Ordnungsvorschrift. Hier kann § 15 Anwendung nicht finden, weil er sich lediglich auf einzutragende Tatsachen bezieht.

2. **Die zu veröffentlichenden Punkte** sind in dem vorliegenden Paragraphen so klar aufgezählt, daß eine Erläuterung nicht erforderlich erscheint. Zu Nr. 1 ist nur zu bemerken, daß selbstverständlich eine nur summarische Angabe genügt. In Nr. 2 ist der Betrag gemeint, zu dem die Gesellschaft die Aktien dem ersten Zeichner überläßt, nicht der Betrag, zu dem die Zeichner die Aktien an die Börse bringen. Nach Nr. 3 ist zu veröffentlichen, ob die Gründer sämtliche Aktien übernommen haben, ob also Simultangründung vorliegt, nicht aber, wie viel jeder übernimmt; nach Nr. 4 ist zwar der erste Aufsichtsrat zu veröffentlichen, jede Änderung wird aber nur gemäß § 244 in den Gesellschaftsblättern bekannt gemacht und die Bekanntmachung dem Handelsgerichte eingereicht. — Die eingetragenen Daten selbst sind ihrem ganzen Umfange nach zu veröffentlichen (§ 10). — § 199. Anm. 2.

Nicht vorgeschrieben ist die Bekanntmachung des Datums der Eintragung; auch werden weder der Prüfungsbericht, noch die Namen der Revisoren veröffentlicht.

3. **Die Art der Veröffentlichung** ist die im § 10 vorgesehene. Nicht etwa kommen die Vorschriften des Statuts über die Bekanntmachungen der Gesellschaft zur Anwendung. — Anm. 3.

4. **Die Einsicht** in die Beilagen der Anmeldung ist zufolge Absatz 4 jedermann zu gestatten. Das beseitigt eine frühere Streitfrage. — Anm. 4.

§ 200.

Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner. — § 200.

Die Antheilsrechte können vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen, Aktien oder Interimsscheine können vorher nicht ausgegeben werden.

Der vorliegende Paragraph gibt drei Vorschriften, die nur ganz lose mit einander zusammenhängen. — Einleitung.

Sie haben nur das gemeinsam, daß sie gewisse Ereignisse, die vor der Eintragung der Aktiengesellschaft sich begeben haben, für unwirksam bzw. nicht für voll wirksam erklären. Diese drei Ereignisse sind: 1. die Errichtung der Gesellschaft vor der Eintragung derselben, 2. die Übertragung des Anteilsrechts vor der Eintragung der Gesellschaft, 3. die Ausgabe von Aktien und Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft.

1. **Die errichtete Gesellschaft vor der Eintragung** hat nicht die Bedeutung, daß die Aktiengesellschaft als solche besteht. Vielmehr besteht vor der Eintragung in das Handelsregister des Gesellschaftssitzes die Aktiengesellschaft als solche nicht (die Nichteintragung einer Zweigniederlassung hindert die Entstehung nicht). — Anm. 1.

a) **Die rechtliche Bedeutung der Gesellschaft vor der Eintragung.** Wie Anm. 4 zu § 188 dargelegt ist, ist die „errichtete" Gesellschaft ihrer Rechtsform nach eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Für diese gelten, abgesehen von den Anm. 4 cit. dargelegten inneren Rechtsverhältnissen der Gründer untereinander, folgende Rechtsgrundsätze: — Anm. 2.

α) Die „errichtete" und die „bestehende" Aktiengesellschaft stehen nicht im Verhältnis von Rechtsvorgänger und Nachfolger zu einander, sie sind identische Vereinigungen in verschiedenen Stadien der Entstehung (RG. in JW. 00, 414[12]; vgl. RG. 39, 29). — Anm. 3.

β) Die errichtete Gesellschaft kann im Rechtsleben handelnd auftreten, Rechte erwerben und Verpflichtungen erzeugen, jedoch nur mit der Maßgabe, daß diese Handlungen innerhalb des Gesellschaftszweckes liegen, also, daß sie zur Entstehung der Aktiengesellschaft erforderlich sind (RG. 21, 250; 24, 23; 32, 98 und in JW. 05, 31[48]). Es gilt dies demnach nicht für Geschäfte in betreff des künftigen Geschäftsbetriebs der Aktiengesellschaft. Die Tätigkeit der Vorgesellschaft umfaßt insbesondere den Abschluß der Übernahmeverträge, — Anm. 4.

§ 200. die in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind (§ 186), der Verträge, die zu ihrer Ausführung nötig sind (§ 192 Nr. 2), die Übernahme und Verwaltung der Einlagen, die Verträge zur Vorbereitung der Entstehung der Gesellschaft (Beauftragung des Notars, Saalmiete, Stempelzahlung usw.); ferner die Verträge mit dem Vorstand, sowie die Bestimmung geeigneter Organe, die im Gründungsstadium vertreten; auch, falls nötig, die Einforderung von Zahlungen auf die Aktien (RG. 58, 55). Darüber hinaus aber kann die Gesellschaft nicht derart handeln, daß die Aktiengesellschaft lediglich berechtigt und verpflichtet wird (RG. 32, 97).

Anm. 5. γ) Berechtigt und verpflichtet aus den derart, d. h. für die Vorgesellschaft, geschlossenen Verträgen sind zunächst die Gesellschafter, verpflichtet jedoch nur mit dem Gesellschaftsvermögen (Staub GmbH. Anm. 5 zu § 11; vgl. auch RG. 5, 19 und 32, 97).

Anm. 6. δ) Außerdem aber gehen alle Rechte und Pflichten aus diesen Verträgen auf die Aktiengesellschaft mit ihrer Eintragung über und zwar ohne besonderen Übertragungsakt (OLG. Hamburg bei SeuffA. 3. Folge I 434; BayObLG. bei Holdheim 11, 26; RG. in JW. 00, 414[12]; RGSt. 36, 73).

Der Übergang geschieht von Rechts wegen; die Aktiengesellschaft tritt durch ihre Eintragung in die Existenz, ausgestattet mit den durch die Vorgesellschaft erworbenen Rechten und eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit diese sich im Rahmen der dieser zugewiesenen Handlungsbefugnisse halten (Anm. 4).

Anm. 7. ε) Einer besonderen Hervorhebung bedarf der Erwerb von Grundstücken. Es ist an sich zulässig, die Grundstücke an die Vorgesellschaft aufzulassen und für sie einzutragen, nur müssen in diesem Fall, da keine juristische Person vorliegt, die Gesellschafter unter Bezeichnung ihrer Vereinigung zu einer Gesellschaft (§ 48 GBO.) eingetragen werden. Es muß dann nach der Eintragung die Umschreibung auf die Aktiengesellschaft erfolgen. Es kann aber auch — und dies ist der praktischere Weg — die Auflassung an die noch nicht eingetragene Aktiengesellschaft erfolgen; die Eintragung für diese erfolgt dann, sowie die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (so LG. Straßburg in ElsLothZ. 27, 517; LG. Frankenthal in CBlFG. 2, 730; OLG. Colmar in OLGR. 6, 486).

Anm. 8. ζ) Alles dies gilt nur, soweit namens der Vorgesellschaft innerhalb deren Befugnisse gehandelt ist; soweit namens der Aktiengesellschaft gehandelt wird, tritt die Vorschrift des Satz 2 Abs. 1 dieses Paragraphen in Kraft.

Anm. 9. b) Innerhalb der zu a bezeichneten Grenze kann von der errichteten Gesellschaft mit der Wirkung gehandelt werden, daß die Aktiengesellschaft mit ihrer Entstehung die hierdurch entstandenen Rechte und Pflichten erwirbt. **Niemals aber darf vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt werden,** gleichgültig, ob sich das betreffende Rechtsgeschäft im Rahmen der zu a gezogenen Grenzen hält oder nicht. Im Namen der Aktiengesellschaft, gleich als ob dieselbe schon bestände, darf vor ihrer Entstehung überhaupt nicht gehandelt werden. **Sonst haften die Handelnden persönlich und solidarisch,** und zwar auch nach Eintragung der Gesellschaft.

Anm. 10. α) Die Vorschrift bezieht sich nur auf das Handeln im Namen der Aktiengesellschaft, d. h. auf ein Handeln derart, daß darin das Vorgeben liegt, es sei die Aktiengesellschaft entstanden (Behrend § 109 Anm. 4). Ist nicht namens der Aktiengesellschaft, als bestände sie schon, gehandelt, sondern namens der „errichteten" Gesellschaft, so gehen, wenn die Rechtsakte sich in den zu a bezeichneten Grenzen halten, die Verpflichtungen auf die Aktiengesellschaft mit ihrer Eintragung über; hier tritt die persönliche Haftung des Satz 2 nicht ein (OLG. Colmar in OLGR. 9, 265); sonst und wenn es zur Eintragung nicht kommt, haften die Gründer für die Folgen der namens der „errichteten" Gesellschaft getätigten Rechtsakte solidarisch gemäß § 427 BGB. Ist namens der Aktiengesellschaft als solcher vor ihrer Entstehung gehandelt, so greift die vorliegende Vorschrift Platz.

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller und die Praxis sind nun der Ansicht, daß die Bestimmung als „Strafnorm mit zivilrechtlichen Folgen" (RG. in JW. 01, 253[15]) zur

Anwendung kommt, wenn namens der Aktiengesellschaft gehandelt wird, gleichviel ob der Dritte die Tatsache, daß die Gesellschaft noch nicht besteht, gekannt hat oder nicht (so Lehmann I 442; Gareis Anm. 3; Cosack § 115 VII b; Dernburg I § 83 Anm. 4; Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 2; RG. 47, 1 und bei Gruchot 46, 848; dagegen 6./7. Aufl. Staub GmbH. Anm. 9 zu § 11 und Heine in DJZ. 01, 555). Mit Rücksicht darauf, daß es sich um eine rechtspolizeiliche Vorschrift handelt, die das Handeln namens einer noch nicht existierenden Gesellschaft verhüten soll, daß ferner in keiner Weise ersichtlich ist, daß der Gesetzgeber die in § 179 BGB. niedergelegten Grundsätze vom falsus procurator angewendet wissen will, vielmehr aus dem Beibehalten der Bestimmung in diesem Paragraphen die Nichtanwendung der Vorschrift des § 179 folgt, muß dieser Ansicht beigestimmt werden. **§ 200.**

β) Zwingendes Recht enthält die Bestimmung nicht; der Vertrag kann unter der Bedingung geschlossen werden, daß die Gesellschaft ihn genehmigt, in welchem Fall die Haftung fortfällt (RG. 32, 97); die Haftung kann auch sonst ausgeschlossen werden (RG. 47, 3). Der Umstand aber allein, daß die Gesellschaft nachträglich das Geschäft genehmigt, befreit von der persönlichen Haftung nicht (RG. bei Gruchot 46, 855).

γ) Als handelnde Personen sind die zu betrachten, die sich als Vertreter der Aktiengesellschaft gerieren (Behrend § 109 Anm. 8), dagegen nicht ohne weiteres die, mit deren Willen und Zustimmung gehandelt ist. Das OLG. Stuttgart in OLGR. 6, 27 bestätigt von RG. (55, 302), ebenso das OLG. Frankfurt in OLGR. 10, 58 folgern aus den Gesetzesmaterialien das Gegenteil. Diese Auslegung des Begriffs „handelnde", um dessen Auslegung allein es sich doch handelt, erscheint aber als eine zu weitgehende. Anm. 11.

δ) Das durch diese Haftung entstehende Rechtsverhältnis ist im einzelnen nicht näher geregelt. Es bleibt nichts übrig, als die einzelnen Rechtsfolgen aus der Natur des Verhältnisses abzuleiten. Zunächst haften die handelnden Personen, und nur sie, nicht auch die Gesellschaft, auch nachdem diese eingetragen ist, während die Folgen der gehörig und befugt für die errichtete Gesellschaft getätigten Rechtsakte auf die Aktiengesellschaft mit ihrer Eintragung übergehen (vgl. Anm. 6). Es kann indessen nicht gemeint sein, daß der Vertrag ohne weiteres zwischen den unbefugt handelnden Vertretern der noch nicht bestehenden Gesellschaft und dem Gegenkontrahenten gilt. Denn diesem würde dadurch unter Umständen ein Vertrag aufgedrängt werden, den er nicht schließen wollte. Er wollte ja mit der Aktiengesellschaft kontrahieren. Vielmehr wird man unter entsprechender Anwendung des § 179 BGB. dem Gegenkontrahenten das Recht geben müssen, nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen, wenn nicht die Gesellschaft in den Vertrag binnen mäßiger Frist eintritt. Sind auch die Voraussetzungen hier andere, als im Fall des § 179 (s. Anm. 10), so liegt doch hier wie dort ein Handeln für eine dritte Person ohne Vertretungsmacht vor, so daß einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift nichts im Wege steht (dagegen Goldmann Anm. 9). Die im § 178 BGB. vorgesehene Frist von zwei Wochen wird hier nicht strikt gelten können, aber einen Anhaltspunkt bieten. Den in mäßiger Frist erfolgenden Eintritt der Aktiengesellschaft wird sich aber der Gegenkontrahent gefallen lassen müssen. Er erfolgt durch Genehmigung des Geschäfts nach § 184 BGB. Denn das Geschäft ist zwar fälschlich im Namen der Gesellschaft, jedenfalls aber im Interesse der Gesellschaft, geschlossen, und man wird den in Frage stehenden Verhältnissen nur dann gerecht, wenn man annimmt, daß die Aktiengesellschaft dem Gegenkontrahenten gegenüber berechtigt ist, durch Genehmigung des in ihrem Interesse geschlossenen Geschäfts Rechte und Verpflichtungen zu übernehmen. Erfolgt aber diese Genehmigung, so fällt die Haftung der Pseudovertreter noch nicht ohne weiteres fort (gegen 6./7. Aufl. vgl. oben Anm. 10β). Die Genehmigung erfolgt formlos (§ 182 BGB.). Anm. 12.

ε) Die Gesamtschuldnerschaft richtet sich nach den §§ 421 ff. BGB. Anm. 13.

c) **Die Rechtswirkung der Eintragung.** Sie bewirkt die Entstehung der Gesellschaft und zwar ausgestattet und belastet mit den Rechten und Pflichten, die die Gründer als offizielle Anm. 14.

§ 200. Organe der werdenden Aktiengesellschaft im Bereiche ihrer Zuständigkeit für die Gesellschaft begründet haben.

Welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Gesellschaft eingetragen ist, aber der Gesellschaftsvertrag an wesentlichen Mängeln leidet, darüber s. §§ 309 und 310.

Anm. 15. 2. **Die Übertragung der Anteilsrechte vor der Eintragung** ist das zweite rechtliche Ereignis, das im vorliegenden Paragraphen für unwirksam erklärt ist. Es ist zwar ausdrücklich hervorgehoben, daß die Übertragung nur gegenüber der Gesellschaft unwirksam ist. Allein die Unwirksamkeit gegenüber der Gesellschaft bedeutet die Unwirksamkeit überhaupt, die Aktie einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft ist, wie die D. 138 sagt, „kein zur Veräußerung geeigneter Gegenstand". Mit Unrecht will Makower I 421 die Veräußerung unter den Parteien wirken lassen. Denn das Aktienrecht besteht ja nur in den Rechten an die Gesellschaft. Da die Übertragung aber gegenüber der Gesellschaft keine Wirkung hat, so sind die Rechte an die Gesellschaft eben nicht übergegangen, die Übertragung ist also wirkungslos. Die Rechtslage ist eine andere, wie im § 223 Abs. 3. Dort bei der Namensaktie ist die Übertragung wirksam, die Umschreibung dient nur zur Herstellung der Legitimation gegenüber der Gesellschaft, wie etwa die Präsentation der Inhaberaktie, die Umschreibung setzt den Übergang und seinen Nachweis sogar voraus. Hier aber ist die Übertragung gegenüber der Gesellschaft unwirksam und damit ist sie auch inter partes unwirksam und nur ein pactum de cedendo ist zwischen den Parteien wirksam. Die Wirksamkeit dieses Paktum hebt die D. 138 hervor.

Anm. 16. Die gleichwohl geschehene Übertragung wird auch dadurch nicht wirksam, daß die Gesellschaft nachträglich eingetragen wird. Lediglich der Zeichner, nicht sein Rechtsnachfolger wird Mitglied der Gesellschaft und kann die Auslieferung der Aktie von der Gesellschaft verlangen.

Anm. 17. Auf Gesamtrechtsnachfolger bezieht sich das Verbot natürlich nicht, ebenso ist sonstiger Übergang von Rechts wegen gestattet (Gierke in ZHR. 45, 488). Dagegen ist, wie die freiwillige Abtretung, so auch die Pfändung unstatthaft (§§ 851, 857 CPO.). Wohl aber kann gepfändet werden der Anspruch des Zeichners auf Aushändigung der Inhaberaktie.

Anm. 18. 3. **Die Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft** ist ebenfalls nichtig. Diese Vorschrift ist im § 209 Abs. 2 wiederholt, woselbst sie erläutert werden wird.

§ 201.

§ 201. Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, ist durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zu bewirken.

Der Anmeldung ist der Gesellschaftsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen; die Vorschriften des § 195 Abs. 2, 3 finden keine Anwendung.

Die Eintragung hat die im § 198 bezeichneten Angaben zu enthalten.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung auch die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185 bezeichneten Festsetzungen aufzunehmen. Erfolgt die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister ihres Sitzes eingetragen worden ist, so sind alle im § 199 bezeichneten Angaben zu veröffentlichen; in diesem Falle ist der Anmeldung ein Exemplar der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen.

Befindet sich der Sitz der Gesellschaft im Auslande, so ist das Bestehen der Aktiengesellschaft als solcher und, sofern der Gegenstand des Unternehmens

oder die Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inlande der staatlichen Genehmigung bedarf, auch diese mit der Anmeldung nachzuweisen. Die Angaben, deren öffentliche Bekanntmachung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, sind in die Anmeldung aufzunehmen. § 201.

Lit.: Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, Zürich 02.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Eintragung der Zweigniederlassung.

I. **Die Zweigniederlassung einer inländischen Aktiengesellschaft.**

1. **Vorbemerkungen.**

a) **Über den Begriff der Zweigniederlassung** s. Anm. 3 ff. zu § 13 und KGJ. 22 A S. 91. Bei der Aktiengesellschaft ändert sich der Begriff der Zweigniederlassung dadurch, daß die Aktiengesellschaft frei bestimmen kann, wo sie ihren Sitz haben soll. Sie kann daher auch frei bestimmen, welchen von mehreren Betrieben sie als Haupt- und welchen sie als Zweigniederlassung anmelden will. Der Registerrichter hat hier nicht nachzuprüfen (KGJ. 13, 42; Pinner 68). Anm. 1.

b) **Die Errichtung der Zweigniederlassung** ebenso wie deren Veränderung und Aufhebung **ist ein reiner Verwaltungsakt.** Wenn daher die Statuten nichts Entgegenstehendes bestimmen, so erfordert sie keine Statutenänderung (ROHG. 22, 282; Denzler 286). Oft wird es aber angezeigt sein, die Generalversammlung zu befragen (§ 253 Abs. 2). Anm. 2.

c) **Die Eintragung der Zweigniederlassung ist weder für die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft noch der Zweigniederlassung entscheidend.** Die Aktiengesellschaft entsteht (erst und schon) mit der Eintragung am Hauptsitz (§ 200). Die Zweigniederlassung dagegen besteht von dem Augenblicke an, in dem die Aktiengesellschaft an dem betreffenden Orte ein Geschäft betreibt. Betreibt sie das Geschäft an einem anderen Orte in demselben Gerichtsbezirk, so wird dies eingetragen beim Hauptregister gemäß § 29. Betreibt aber die Aktiengesellschaft an einem anderen Orte als an ihrem statutarischen Sitze und zwar in einem anderen Gerichtsbezirk ein Geschäft, so wird die Eintragung notwendig nach der Vorschrift des § 13 und wird erzwungen nach Maßgabe des § 14. Anm. 3.

d) **Ein eigentliches Zweigregister wird nur gebildet für die Niederlassung in einem anderen Gerichtsbezirk als dem des Hauptsitzes** (vgl. Anm. 5 zu § 13 und OLG. Dresden bei Bauer 7, 35). Anm. 4.

e) Ob die Zweigniederlassung als solche **klagen und verklagt werden** kann, vgl. Anm. 16 zu § 13 (für Versicherungsgesellschaften vgl. noch § 115 Abs. 2 PrivVersUntGes.). Anm. 5.

f) **Was späterhin in das Zweigregister einzutragen ist,** bestimmt sich nach § 13. Danach sind, soweit nicht im Einzelfalle etwas Gegenteiliges vorgeschrieben ist, alle Anmeldungen, Unterschriftszeichnungen und Einreichungen auch beim Zweigregister zu machen. Ausnahmen siehe z. B. in §§ 207, 265, 286. Anm. 6.

g) **Die Bedeutung der Eintragungen und Veröffentlichungen im Zweigregister.** Bei solchen Rechtsakten, deren Wirksamkeit nicht nur dem gutgläubigen Dritten gegenüber, sondern überhaupt von der Eintragung abhängt, ist für die Vorfrage, ob der Rechtsakt gültig ist, die Eintragung im Hauptregister entscheidend. Insoweit ist der D. 32 zuzustimmen. Ist aber ein solcher Akt eingetragen und handelt es sich um die Frage, inwieweit der Dritte sich ihn entgegenhalten lassen muß, so ist für den Geschäftsverkehr mit der eingetragenen Zweigniederlassung die Eintragung und Veröffentlichung bei der Zweigniederlassung, nicht die Veröffentlichung bei der Hauptniederlassung entscheidend. Das ergibt sich aus § 15 Abs. 3 in Verbindung mit der Bedeutung der Veröffentlichung, wie wir sie zu § 199 auseinandergesetzt haben (vgl. auch Anm. 15 zu § 13). Anm. 7.

h) **Die Firma der Zweigniederlassung.** Auch hierüber sagt der vorliegende Paragraph nichts. Es greift also wieder die allgemeine Vorschrift, also § 30, Platz (vgl. Anm. 8 ff. dazu). Auch Anm. 8.

§ 200. Organe der werdenden Aktiengesellschaft im Bereiche ihrer Zuständigkeit für die Gesellschaft begründet haben.

Welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Gesellschaft eingetragen ist, aber der Gesellschaftsvertrag an wesentlichen Mängeln leidet, darüber s. §§ 309 und 310.

Anm. 15. 2. **Die Übertragung der Anteilsrechte vor der Eintragung** ist das zweite rechtliche Ereignis, das im vorliegenden Paragraphen für unwirksam erklärt ist. Es ist zwar ausdrücklich hervorgehoben, daß die Übertragung nur gegenüber der Gesellschaft unwirksam ist. Allein die Unwirksamkeit gegenüber der Gesellschaft bedeutet die Unwirksamkeit überhaupt, die Aktie einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft ist, wie die D. 138 sagt, „kein zur Veräußerung geeigneter Gegenstand". Mit Unrecht will Makower I 421 die Veräußerung unter den Parteien wirken lassen. Denn das Aktienrecht besteht ja nur in den Rechten an die Gesellschaft. Da die Übertragung aber gegenüber der Gesellschaft keine Wirkung hat, so sind die Rechte an die Gesellschaft eben nicht übergegangen, die Übertragung ist also wirkungslos. Die Rechtslage ist eine andere, wie im § 223 Abs. 3. Dort bei der Namensaktie ist die Übertragung wirksam, die Umschreibung dient nur zur Herstellung der Legitimation gegenüber der Gesellschaft, wie etwa die Präsentation der Inhaberaktie, die Umschreibung setzt den Übergang und seinen Nachweis sogar voraus. Hier aber ist die Übertragung gegenüber der Gesellschaft unwirksam und damit ist sie auch inter partes unwirksam und nur ein pactum de cedendo ist zwischen den Parteien wirksam. Die Wirksamkeit dieses Paktum hebt die D. 138 hervor.

Anm. 16. Die gleichwohl geschehene Übertragung wird auch dadurch nicht wirksam, daß die Gesellschaft nachträglich eingetragen wird. Lediglich der Zeichner, nicht sein Rechtsnachfolger wird Mitglied der Gesellschaft und kann die Auslieferung der Aktie von der Gesellschaft verlangen.

Anm. 17. Auf Gesamtrechtsnachfolger bezieht sich das Verbot natürlich nicht, ebenso ist sonstiger Übergang von Rechts wegen gestattet (Gierke in ZHR. 45, 488). Dagegen ist, wie die freiwillige Abtretung, so auch die Pfändung unstatthaft (§§ 851, 857 CPO.). Wohl aber kann gepfändet werden der Anspruch des Zeichners auf Aushändigung der Inhaberaktie.

Anm. 18. 3. **Die Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft** ist ebenfalls nichtig. Diese Vorschrift ist im § 209 Abs. 2 wiederholt, woselbst sie erläutert werden wird.

§ 201.

§ 201. Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, ist durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zu bewirken.

Der Anmeldung ist der Gesellschaftsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen; die Vorschriften des § 195 Abs. 2, 3 finden keine Anwendung.

Die Eintragung hat die im § 198 bezeichneten Angaben zu enthalten.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung auch die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185 bezeichneten Festsetzungen aufzunehmen. Erfolgt die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister ihres Sitzes eingetragen worden ist, so sind alle im § 199 bezeichneten Angaben zu veröffentlichen; in diesem Falle ist der Anmeldung ein Exemplar der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen.

Befindet sich der Sitz der Gesellschaft im Auslande, so ist das Bestehen der Aktiengesellschaft als solcher und, sofern der Gegenstand des Unternehmens

oder die Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inlande der staatlichen Genehmigung bedarf, auch diese mit der Anmeldung nachzuweisen. Die Angaben, deren öffentliche Bekanntmachung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, sind in die Anmeldung aufzunehmen. § 201.

Lit.: Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, Zürich 02.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Eintragung der Zweigniederlassung.

I. Die Zweigniederlassung einer inländischen Aktiengesellschaft.

1. Vorbemerkungen.

a) **Über den Begriff der Zweigniederlassung** s. Anm. 3 ff. zu § 13 und KGJ. 22 A S. 91. Bei der Aktiengesellschaft ändert sich der Begriff der Zweigniederlassung dadurch, daß die Aktiengesellschaft frei bestimmen kann, wo sie ihren Sitz haben soll. Sie kann daher auch frei bestimmen, welchen von mehreren Betrieben sie als Haupt- und welchen sie als Zweigniederlassung anmelden will. Der Registerrichter hat hier nicht nachzuprüfen (KGJ. 13, 42; Pinner 68). Anm. 1.

b) **Die Errichtung der Zweigniederlassung** ebenso wie deren Veränderung und Aufhebung **ist ein reiner Verwaltungsakt.** Wenn daher die Statuten nichts Entgegenstehendes bestimmen, so erfordert sie keine Statutenänderung (ROHG. 22, 282; Denzler 286). Oft wird es aber angezeigt sein, die Generalversammlung zu befragen (§ 253 Abs. 2). Anm. 2.

c) **Die Eintragung der Zweigniederlassung ist weder für die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft noch der Zweigniederlassung entscheidend.** Die Aktiengesellschaft entsteht (erst und schon) mit der Eintragung am Hauptsitz (§ 200). Die Zweigniederlassung dagegen besteht von dem Augenblicke an, in dem die Aktiengesellschaft an dem betreffenden Orte ein Geschäft betreibt. Betreibt sie das Geschäft an einem anderen Orte in demselben Gerichtsbezirk, so wird dies eingetragen beim Hauptregister gemäß § 29. Betreibt aber die Aktiengesellschaft an einem anderen Orte als an ihrem statutarischen Sitze und zwar in einem anderen Gerichtsbezirk ein Geschäft, so wird die Eintragung notwendig nach der Vorschrift des § 13 und wird erzwungen nach Maßgabe des § 14. Anm. 3.

d) **Ein eigentliches Zweigregister wird nur gebildet für die Niederlassung in einem anderen Gerichtsbezirk als dem des Hauptsitzes** (vgl. Anm. 5 zu § 13 und OLG. Dresden bei Bauer 7, 35). Anm. 4.

e) Ob die Zweigniederlassung als solche **klagen und verklagt werden** kann, vgl. Anm. 16 zu § 13 (für Versicherungsgesellschaften vgl. noch § 115 Abs. 2 PrivVersUntGes.). Anm. 5.

f) **Was späterhin in das Zweigregister einzutragen ist,** bestimmt sich nach § 13. Danach sind, soweit nicht im Einzelfalle etwas Gegenteiliges vorgeschrieben ist, alle Anmeldungen, Unterschriftszeichnungen und Einreichungen auch beim Zweigregister zu machen. Ausnahmen siehe z. B. in §§ 207, 265, 286. Anm. 6.

g) **Die Bedeutung der Eintragungen und Veröffentlichungen im Zweigregister.** Bei solchen Rechtsakten, deren Wirksamkeit nicht nur dem gutgläubigen Dritten gegenüber, sondern überhaupt von der Eintragung abhängt, ist für die Vorfrage, ob der Rechtsakt gültig ist, die Eintragung im Hauptregister entscheidend. Insoweit ist der D. 32 zuzustimmen. Ist aber ein solcher Akt eingetragen und handelt es sich um die Frage, inwieweit der Dritte sich ihn entgegenhalten lassen muß, so ist für den Geschäftsverkehr mit der eingetragenen Zweigniederlassung die Eintragung und Veröffentlichung bei der Zweigniederlassung, nicht die Veröffentlichung bei der Hauptniederlassung entscheidend. Das ergibt sich aus § 15 Abs. 3 in Verbindung mit der Bedeutung der Veröffentlichung, wie wir sie zu § 199 auseinandergesetzt haben (vgl. auch Anm. 15 zu § 13). Anm. 7.

h) **Die Firma der Zweigniederlassung.** Auch hierüber sagt der vorliegende Paragraph nichts. Es greift also wieder die allgemeine Vorschrift, also § 30, Platz (vgl. Anm. 8 ff. dazu). Auch Anm. 8.

§ 201. hier ist anzunehmen, daß die Zweigniederlassung und das Hauptgeschäft eine absolut verschiedene Firma nicht haben dürfen. Entsteht also durch den erforderlichen Zusatz eine wirkliche Verschiedenheit der Firma, so bleibt nichts übrig, als das Statut zu ändern, dies schon deshalb, weil die Aktiengesellschaft zwei Firmen nicht haben darf (vgl. Anm. 16 zu § 182). Doch begründen Zusätze, wie Filiale oder Filiale Frankfurt a. Main, keine wirkliche Verschiedenheit der Firma und sind ohne statutarische Firmenänderung zulässig (Denzler 288).

Der Zusatz „Aktiengesellschaft" ist auch bei der Firma der Zweigniederlassung nötig (LG. Waldshut bei Bauer 9, 33).

Anm. 9. i) **Vertretung der Zweigniederlassung.** Darüber siehe Anm. 15 zu § 13. Hinzuzufügen ist, daß ein besonderer Vorstand für die Zweigniederlassung nicht zulässig ist, denn die Zweigniederlassung hat kein besonders getrenntes Handelsvermögen; sie bildet eine „außerhalb des Sitzes der Gesellschaft begründete, nach außen hin selbständige Stellvertretung". Also sind von der Zweigniederlassung begründete Gläubigerrechte Rechte der Aktiengesellschaft (RG. in JW. 04, 297[17]). Schließen die Leiter der Zweigniederlassung als deren „Direktoren" ab, so kann dies nur die Bedeutung haben, daß die betreffenden Personen als vom Vorstand bevollmächtigte Leiter der Filiale kraft dessen Vollmacht die Handlung vornehmen (RG. ebenda; vgl. auch KGJ. 12, 34; OLG. Hamburg in OLGR. 1, 188; KGJ. 20 A S. 69 und Denzler 301, sowie bei uns Anm. 12 zu § 235). Über Prokuren vgl. § 50.

Anm. 10. k) **Aus dem Anm. 9 Dargelegten folgt auch die Unselbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr** (vgl. jedoch über Eintragungen unter der Bezeichnung der Zweigniederlassung Anm. 14 zu § 13 und RG. in JW. 05 721[18]).

Anm. 11. l) **Übergangsfrage.** Auch bei der Anmeldung der Zweigniederlassung älterer Gesellschaften ist § 201 zu beachten (vgl. OLG. Dresden in SächsOLG. 87, 411; Förtsch Anm. 1 zu Art. 212; dagegen LG. Altona bei Holdheim 9, 239).

Anm. 12. 2. **Die Form der Anmeldung** richtet sich nach § 12, der Zwang zur Anmeldung nach § 14. Eine vorherige Anmeldung der Zweigniederlassung bei dem Gericht der Hauptniederlassung ist nicht nötig, vielmehr hat das Gericht der Zweigniederlassung die erfolgte Eintragung dem Gericht der Hauptniederlassung mitzuteilen (§ 131 FGG. und KGJ. 20 A S. 40 sowie Anm. 8 zu § 13).

Anm. 13. 3. **Über das Prüfungsrecht des Registerrichters** in betreff der Rechtsgültigkeit der Eintragung in das Hauptregister vgl. Anm. 9 zu § 13.

Anm. 14. 4. **Die anmeldungspflichtigen Personen** sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes.

Anm. 15. 5. **Über den Inhalt der Anmeldung** ist nichts gesagt. Es ist nur gesagt, was beizufügen ist. Es ist anzumelden, daß die Aktiengesellschaft an dem betreffenden Gerichtsort eine Zweigniederlassung betreibt und unter welcher Firma (d. h. mit welchem Zusatze). Der Nachweis, daß die Zweigniederlassung ihre Geschäfte bereits begonnen hat, kann nicht gefordert werden (LG. Berlin I im „Recht" 01, 123).

Anm. 16. 6. **Die Beilagen der Anmeldung** sind im Abs. 2 deutlich vorgeschrieben. Hierzu bedarf es keiner Erläuterung. Allein vor allem ist der Nachweis beizufügen, daß die Gesellschaft an ihrem Hauptsitze eingetragen ist. Das folgt daraus, daß die Aktiengesellschaft vorher nicht besteht, und aus § 13 Abs. 3. Der Nachweis ist durch eine gemäß § 9 zu erbittende beglaubigte Abschrift der Eintragung nach § 199 zu führen.

Als „der Gesellschaftsvertrag" ist der Vertrag in der zur Zeit gültigen Fassung zu verstehen, nicht der ursprüngliche Vertrag mit allen Abänderungen (KGJ. 26, 225). Von der Anmeldung der Prokuren zum Register der Zweigniederlassung kann die Eintragung der Zweigniederlassung nicht abhängig gemacht werden (KG. in OLGR. 6, 1).

Anm. 17. 7. **Der Inhalt der Eintragung** ist im Abs. 3 klar und erschöpfend vorgeschrieben (über ihre rechtliche Bedeutung siehe oben Anm. 7). Auch der Ort der Zweigniederlassung ist einzutragen (§ 29; dagegen Goldmann Anm. 20, weil § 29 sich nur auf den Einzelkaufmann beziehe). Außerdem ist nach § 131 FGG. die Eintragung der Zweigniederlassung von Amts

wegen dem Registergericht der Hauptniederlassung mitzuteilen und hier zu vermerken. Das gleiche gilt, wenn die Zweigniederlassung aufgehoben wird (vgl. Anm. 8ff. zu § 13). **§ 201.**

8. **Der Inhalt der Veröffentlichung** ist in Abs. 4 erschöpfend vorgeschrieben (über die rechtliche Bedeutung derselben siehe oben Anm. 7). Nach Ablauf von zwei Jahren ist der Umfang der Veröffentlichung eingeschränkt, wie Abs. 4 vorschreibt. Doch auch im Falle des Abs. 4 Satz 2 kann nicht die Einreichung der Schriftstücke, von denen nach § 199 Einsicht zu nehmen ist, gefordert werden, da nur die Einreichung der Bekanntmachung vorgeschrieben ist (LG. Greifswald bei Holdheim 9, 175). Anm. 18.

II. Die Zweigniederlassung der ausländischen Aktiengesellschaft.

Lit.: Mamelok, Die juristische Person im internationalen Privatrecht, Zürich 00.

1. **Begriff der ausländischen Aktiengesellschaft.** Sie ist eine solche, die im Auslande ihren Sitz hat (Mamelok 225). Das muß aber ebensowenig, wie bei der inländischen Gesellschaft notwendig der Ort sein, der den Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit der Aktiengesellschaft bildet (anders Lehmann I 262; Goldmann Anm. 26; sowie Denzler 348). — Der Begriff der inländischen Zweigniederlassung der ausländischen Aktiengesellschaft richtet sich nach dem Begriff der Zweigniederlassung überhaupt (vgl. Anm. 3ff. zu § 13 und für Versicherungsgesellschaften §§ 85ff. PrivVersUntGes.). Es ist besonders hervorzuheben, daß auch sie kein selbständiges Rechtssubjekt ist (RG. 38, 406), woraus das Reichsgericht mit Recht folgert, daß die ausländischen Aktiengesellschaften, die im Inlande eine eingetragene Zweigniederlassung haben, im Prozesse den Vorschriften über die Kautionspflicht der Ausländer unterliegen. Anm. 19.

2. **Der Inhalt der Anmeldung.** Hierüber ist im letzten Abs. 5 die Vorschrift gegeben, daß die Angaben, deren Veröffentlichung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, in die Anmeldung aufzunehmen sind. Die Vorschrift ist gegeben, weil dem Registergericht nicht wohl zugemutet werden kann, sich die bekannt zu machenden Tatsachen selbständig aus den mit der Anmeldung eingereichten, nach den Bestimmungen eines fremden Rechts errichteten Urkunden zusammenzustellen. Anm. 20.

Diese Angaben können aber nur in entsprechender Weise und insoweit gefordert werden, als sie nach Maßgabe des ausländischen Rechts überhaupt gemacht werden können. Das ergibt sich aus der Natur der Sache und aus § 13 Abs. 3. Die Hauptsache und unerläßliches Erfordernis ist nur der Nachweis, daß die Aktiengesellschaft als solche besteht (darüber Anm. 31). Zu bemerken ist aber, daß das Gericht eine tunliche Anpassung an die Vorschriften des deutschen Rechts verlangen kann. Enthält z. B. das ausländische Recht keine Vorschrift, daß die Form der Bekanntmachungen im Statut vorgeschrieben sein muß (§ 182 Abs. 2 Nr. 6), so kann trotzdem das hiesige Gericht eine entsprechende Anmeldung verlangen, es sei denn, daß nach ausländischem Recht ein derartiger Statutzusatz nicht zu erreichen wäre (KGJ. 26 A S. 65). Anm. 21.

Die zu machenden Angaben sind:

a) Alles, was einzutragen ist, also: Anm. 22.

α) Die Firma der Gesellschaft. Diese richtet sich nach dem ausländischen Recht insoweit, als nicht ein inländisches Verbotsgesetz entgegensteht. Ein solches liegt darin, daß das deutsche Recht nicht gestattet, daß die Firma einer Aktiengesellschaft aus Personennamen zusammengesetzt ist und dabei nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft die Inhaberin ist (zustimmend Levis in DJZ. 01, 137; dagegen Goldmann Anm. 35; Lehmann-Ring Nr. 10; vgl. auch Denzler 377ff. und Mamelok 300). Vielmehr gebietet das inländische Recht unbedingt, daß, wenn die Firma einer Aktiengesellschaft aus Personennamen zusammengesetzt ist, die Firma erkennen lassen muß, daß es sich um eine Aktiengesellschaft handelt (vgl. §§ 20, 22 HGB.; Art. 22 Abs. 2 EG. z. HGB.). Es dürfte aber genügen, wenn gleichwertige, allgemein bekannte Bezeichnungen, wie „limited, société anonyme" usw. gebraucht werden. Daß im übrigen das ausländische Recht maßgebend ist, darüber s. Anm. 11 zu § 13 und Anm. 15 zu § 30.

β) Der Sitz der Gesellschaft. Dieser muß sich im Auslande befinden (vgl. Anm. 19). Anm. 23.

§ 201. γ) Der Gegenstand des Unternehmens. Er muß nach deutschem Recht erlaubt sein.
Anm. 24. Eine Aktiengesellschaft zum Zwecke des Sklavenhandels würde hier nicht eingetragen werden können.

Anm. 25. δ) Die Höhe des Grundkapitals. Zulässig in der ausländischen Währung.

ε) Der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrages.

ζ) Die Mitglieder des Vorstandes.

η) Etwaige besondere Bestimmmungen über die Zeitdauer der Aktiengesellschaft und über die Vertretungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter. Hierbei ist zu bemerken, daß Beschränkungen auch dann eingetragen werden können, wenn sie nur nach dem ausländischen Recht, nicht auch nach deutschem Recht zulässig sind; ebenso wenn gesetzliche Beschränkungen vorhanden sind.

Anm. 26. b) Die sonstigen Bestimmungen des § 182 Abs. 2 und 3.

α) Die Höhe der einzelnen Aktien (§ 182 Abs. 2 Nr. 3).

β) Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (§ 182 Abs. 2 Nr. 4).

γ) Die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht (§ 182 Abs. 2 Nr. 5).

δ) Die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen (§ 182 Abs. 2 Nr. 6; vgl. RG. in Anm. 21).

ε) Die etwa getroffene Bestimmung, daß die Bekanntmachungen der Gesellschaft auch noch in anderen Blättern, als im Reichsanzeiger erfolgen sollen (§ 182 Abs. 3).

Anm. 27. c) Die sonstigen Bestimmungen des § 183. Etwaige Bestimmungen über die Umwandlung der Inhaberaktien in Namensaktien und umgekehrt.

Anm. 28. d) Die sonstigen Bestimmungen des § 185: Bestimmungen über etwaige Vorzugsaktien.

Anm. 29. e) In dem Falle, daß die Zweigniederlassung innerhalb der ersten zwei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft an ihrem Stammsitze eingetragen wird, sind alle im § 199 bezeichneten Angaben in der Anmeldung zu machen. An die Stelle des Zeitpunktes der Eintragung tritt, wenn die Entstehung der Gesellschaft nach dem ausländischen Recht sich an einen anderen Rechtsakt knüpft, dieser andere Rechtsakt. Die Verpflichtung zu diesen Angaben wird sich nach dem ausländischen Recht oft ändern, das Institut der Gründer wird nicht immer bestehen, es müssen dann die Personen angegeben werden, die die ersten Aktien übernommen haben; die Revisoren, der Aufsichtsrat werden nicht überall vorkommen; alsdann entfallen diese Angaben (KGJ. 13, 46, besonders wegen der fehlenden Gründer; vgl. auch Anm. 21).

Anm. 30. 3. **Die Beilagen der Anmeldung.** In dieser Beziehung ist Abs. 2 entsprechend anwendbar. Wenn aber bei der Zweigniederlassung einer inländischen Aktiengesellschaft Anm. 16 hervorgehoben ist, daß selbstverständlich auch der Nachweis erbracht werden muß, daß die Gesellschaft am Stammsitze eingetragen ist, so ist das entsprechende Erfordernis hier anders bestimmt. Es ist nämlich beizubringen der Nachweis, daß die Aktiengesellschaft als solche besteht (nach dem ausländischen Recht besteht sie oft auch ohne Eintragung), und ferner der Nachweis, daß die etwa erforderliche Genehmigung des Gegenstandes des Unternehmens oder der Zulassung zum Gewerbebetrieb erfolgt ist. Im einzelnen ist hierzu zu bemerken:

Anm. 31. a) Die Beilagen des Abs. 2. Siehe Anm. 16.

b) Der Nachweis, daß die Gesellschaft als Aktiengesellschaft besteht.

α) Daß sie besteht, muß nachgewiesen werden, nicht daß sie ordnungsmäßig gegründet ist, weshalb weder unter Zugrundelegung der deutschen, noch der auswärtigen Gesetze der Gründungshergang zu prüfen ist, gleichviel, welche Gesetzgebung höhere Erfordernisse aufstellt (M. z. AktGes. v. 1884 II 192). Auch ist nicht unbedingt notwendig, daß die Hauptniederlassung eingetragen sei, wenn die rechtliche Möglichkeit hierzu nach dem ausländischen Rechte nicht besteht. So wird z. B. in Frankreich und in England kein Handelsregister ge-

führt (OLG. Dresden in ZHR. 34, 565 und LG. Berlin I im „Recht" 01, 317; Denzler 360; Makower 295). **§ 201.**

β) Daß sie als solche besteht, d. h. daß sie die begrifflichen Merkmale aufweist, an die das deutsche Recht das Vorhandensein einer Aktiengesellschaft knüpft. Ist dies der Fall, dann ist es unerheblich, ob sie auch nach ihrem Heimatsrechte als Aktiengesellschaft gilt. Hierbei ist § 178 zugrunde zu legen. Dort sind die Grundsätze aufgestellt, gegen die die Konstruktion der Aktiengesellschaft nicht verstoßen darf: sämtliche Gesellschafter müssen mit Einlagen beteiligt sein; diese müssen auf das Grundkapital gemacht sein, das seinerseits in Aktien zerlegt sein muß. Eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft darf den Gesellschaftern nicht obliegen; daß aber weitere Verpflichtungen außer der Einlage dem Gesellschafter nicht obliegen dürfen, ist nicht mehr Wesenserfordernis (vgl. Anm. 18 zu § 178). Nicht zu den Begriffsmerkmalen gehört die freie Übertragbarkeit der Anteile (vgl. § 179), nicht die Ausstellung der Aktienurkunde (vgl. Anm. 11 zu § 179), nicht ein bestimmter Nennbetrag der Aktie, auch nicht, daß sie juristische Person ist. Sie ist dies zwar nach deutschem Recht, aber, ob sie in ihrem Heimatsstaate als solche betrachtet wird, ist gleichgültig (anders für die Frage der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften, Anm. 13 zu § 178). Demnach sind nicht Aktiengesellschaften die ausländischen Gesellschaften, bei denen die Direktoren oder die Mitglieder die uneingeschränkte Haftung übernehmen (z. B. die englischen joint-stock companies with unlimited liability Makower 297), wohl aber die companies limited by shares (vgl. RG. 35, 39: die englischen Aktiengesellschaften müssen den Zusatz limited haben); Aktiengesellschaften sind auch die französischen sociétés anonymes à capital variable, bei denen nach Maßgabe des Statuts das Grundkapital durch Einlagen oder durch Aufnahme neuer Mitglieder vermehrt oder andererseits durch gänzliche oder teilweise Rückzahlung der geleisteten Einzahlungen vermindert werden kann. Näheres hierüber Lehmann bei Holdheim 6, 3 und im Aktienrecht I 120 u. 140, sowie Denzler 366 ff. Anm. 32.

c) Wegen der Zulassung zum Gewerbebetrieb und der Genehmigung des Gegenstandes des Unternehmens s. Anm. 3 zu § 6. Wegen der Genehmigung des Erwerbes von Grundeigentum s. Anm. 7 zu § 210.

4. **Die Form der Anmeldung** richtet sich nach § 12, selbstverständlich muß sie in deutscher Sprache abgefaßt sein. Die Beilagen müssen, soweit das Gericht dies für erforderlich hält, ihm in beglaubigter Übersetzung geliefert werden. Anm. 33.

5. **Der Zwang zur Anmeldung** richtet sich in erster Linie gegen die gesetzlichen Vertreter der ausländischen Aktiengesellschaft. Freilich wird ein solcher Zwang oft nicht ausführbar sein, weil die gesetzlichen Vertreter sich im Auslande befinden werden und deshalb der inländischen Ordnungsstrafgewalt nicht unterstehen. In solchem Falle wird eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften des HGB. dazu führen, den Zwang gegen die Personen auszuüben, die die Geschäfte der ausländischen Aktiengesellschaft als Bevollmächtigte im Inlande betreiben. Anm. 34.

6. **Für den Inhalt der Eintragung** ist Abs. 3 maßgebend (vgl. Anm. 17, 22—25), für den Umfang der Veröffentlichung Abs. 4 (vgl. Anm. 18). Anm. 35.

7. **Auch späterhin sind in das Zweigregister der ausländischen Aktiengesellschaft die Eintragungen zu machen,** durch die sich der Inhalt der ursprünglichen Eintragung regelt. Das ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 13. Ferner ist in das Zweigregister aufzunehmen, was nach dem ausländischen und nach dem deutschen Rechte weiterhin der Eintragung in das Hauptregister bedarf und in das Hauptregister eingetragen ist. Daß es nach dem ausländischen Rechte der Eintragung bedarf, würde allein nicht genügen, wenn es nach deutschem Recht der Eintragung nicht bedarf. Unsere Register können nicht gefüllt werden mit Eintragungen, die nach unserem Recht nicht eintragungsbedürftig sind. Wenn aber die Tatsache umgekehrt nach deutschem Rechte eintragungsbedürftig ist, nicht aber nach dem ausländischen Recht, so entscheidet über die rechtliche Gültigkeit das ausländische Recht (vgl. Anm. 39) und Anm. 36.

§ 201. deshalb bedarf die Tatsache auch hier nicht der Eintragung, wenigstens nicht zur Gültigkeit. Aber sie kann in solchem Falle eingetragen werden.

Anm. 37. 8. **Was die Bedeutung der Eintragung und Veröffentlichung anlangt,** so entscheidet überall die Eintragung und Veröffentlichung durch das inländische Zweigregister. Es kommt also § 15 zur vollen Anwendung. Die Ereignisse, die nur in das ausländische Handelsregister eingetragen und im Auslande veröffentlicht sind, braucht der deutsche Verkehr nicht gegen sich gelten zu lassen. Die ausländische Aktiengesellschaft erwirbt einen Anspruch auf Berücksichtigung dieser Ereignisse nur durch die Eintragung und Veröffentlichung im Inlande. Die gegenteilige Ansicht würde die Inländer in eine sehr bedenkliche Rechtslage bringen. Darin liegt zugleich ein sehr erheblicher Anlaß für die ausländische Zweigniederlassung, für ihre Eintragung im Inlande Sorge zu tragen und sich dieser Anforderung des deutschen Gesetzes nicht zu entziehen.

Anm. 38. 9. **Wie weit im übrigen die ausländischen Aktiengesellschaften dem deutschen Rechte,** insbesondere dem deutschen Aktienrecht unterworfen sind, ist im allgemeinen schwer zu sagen und im Einzelfall zu unterscheiden.

Einzelnes sei hier hervorgehoben.

a) Aktienrechtliche Verpflichtungen haben sie hier nicht zu erfüllen.

Sie haben z. B. nicht ihre Bilanzen hier zu veröffentlichen, wenn sie nach ausländischem Recht zur Veröffentlichung derselben nicht verpflichtet sind. Nur wenn sie nach ihrem eigenen Recht hierzu verpflichtet sind und zwar zur Veröffentlichung durch öffentliche Blätter, muß die Veröffentlichung auch im deutschen Reichsanzeiger erfolgen (vgl. Anm. 26). Es steht aber nichts im Wege, daß durch andere Gesetze, auch durch Polizeigesetze, den ausländischen Aktiengesellschaften die Verpflichtung zu solchen Rechtshandlungen auferlegt wird, damit die deutschen Reichsbürger im Verkehr mit den hier im Rechtsverkehr auftretenden ausländischen Aktiengesellschaften genügend geschützt sind.

Anm. 39. b) Über die Rechtsfähigkeit und über die Handlungsfähigkeit entscheidet das ausländische Recht (vgl. Anm. 3 zu § 6). Das Personalstatut beherrscht auch die Aktiengesellschaft in bezug auf die Gesamtheit der aus ihrer Verbandsnatur entspringenden Rechtsverhältnisse (die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft); ferner in bezug auf den Organismus der Aktiengesellschaft (es bestimmt die Zahl und Gestaltung der einzelnen Organe, der Befugnisse und Pflichten, den Umfang ihrer Vertretung und Haftung gegenüber den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft) und endlich in bezug auf die Auflösung und die Auflösungsgründe (vgl. über alle diese Fragen näheres bei Lehmann I 121 ff. und Anm. 13 zu § 178).

Anm. 40. 10. Über die Gebühren für die Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften in Preußen vgl. KGJ. 20 B S. 31 und KG. bei Holdheim 10, 241; über Staatssteuerpflicht in Preußen PrOVGSt. 9, 236.

§ 202.

§ 202. Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie in Ansehung den Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, als Gesammtschuldner verhaftet; sie haben, unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatze des sonst etwa entstehenden Schadens, insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen. Wird die Gesellschaft von Gründern durch Ein-

lagen oder Uebernahmen der im § 186 bezeichneten Art böslicherweise geschädigt, so sind ihr alle Gründer für den Ersatz des entstehenden Schadens als Gesammtschuldner verpflichtet. **§ 202.**

Von dieser Verbindlichkeit ist ein Gründer befreit, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe oder die bösliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

Entsteht durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs der Gesellschaft ein Ausfall, so sind ihr die Gründer, welche die Betheiligung des Aktionärs in Kenntniß seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben, als Gesammtschuldner zum Ersatze verpflichtet.

Mit den Gründern sind der Gesellschaft zum Schadensersatz als Gesammtschuldner verpflichtet:

1. wenn eine Vergütung nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, der Empfänger, welcher zur Zeit des Empfanges wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, und jeder Dritte, welcher zur Verheimlichung wissentlich mitgewirkt hat;
2. im Falle einer böslichen Schädigung durch Einlagen oder Uebernahmen jeder Dritte, welcher zu dieser Schädigung wissentlich mitgewirkt hat.

Lit.: Schmidt, Die zivilrechtliche Verantwortung der Gründer, München 88; Rieden, Die privatrechtliche Haftung für die Gründungsvorgänge, Leipzig 02.

Einleitung. **Der Paragraph setzt die Verantwortlichkeit der Gründer und Gründergenossen gegenüber der Gesellschaft fest.** Die hier aufgestellten Tatbestände sind zivilrechtliche Delikte eigener Art; die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen und Schadensersatz finden auf sie nur subsidiär Anwendung.

Das Gesetz erklärt für haftbar: 1. die Gründer für eine Reihe von Unregelmäßigkeiten unter verschiedenen Voraussetzungen im einzelnen (Abs. 1, 2 und 3); 2. ihre Verbündeten, d. h. Personen, die verheimlichten Gründungsaufwand empfangen oder bei der Verheimlichung mitgewirkt haben, und Personen, die bei der böslichen Schädigung durch Sacheinlagen oder Übernahmen mitgewirkt haben (Abs. 4).

Anm. 1. 1. **Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer.** Über diese treffen die Abs. 1, 2 u. 3 erschöpfende Fürsorge, jedoch in einer Anordnung, die kein System enthält und daher hier nicht befolgt werden kann. Die Abs. 1, 2 und 3 werden daher hier in zusammenfassender Weise erläutert.

Dabei ist zu untersuchen: a) Wem haften die Gründer? b) Wofür haften sie?

Anm. 2. a) **Wem haften die Gründer?** „Der Gesellschaft.“ Das ist die an die Spitze der Vorschrift gestellte ausdrückliche Antwort, die das Gesetz auf diese Frage gibt. Es läßt dadurch unzweideutig erkennen, daß § 202 nur die Haftung der dort bezeichneten Personen der Gesellschaft gegenüber und, wie anzunehmen ist, dieser gegenüber ausschließlich regelt. Ist aber eine anderweitige Haftung den Aktionären, Gläubigern und Dritten gegenüber durch § 202 ausgeschlossen? Diese die Praxis in den letzten Jahren, in denen Zusammenbrüche von Aktiengesellschaften nicht allzu selten waren, lebhaft beschäftigende Frage ist fast allgemein dahin beantwortet worden, daß eine derartige Haftung aus „besonderem Rechtsgrunde“ vorhanden sei, daß diese aber niemals auf die gleichen Erklärungen gestützt werden könne, hinsichtlich deren eine Haftung der Gesellschaft gegenüber bestehe (so 6./7. Aufl.; Lehmann-Ring Nr. 1; Gold-

§ 202. mann Anm. 2; Rieden 4; Pinner 72; Lehmann I 465 usw.). Dieser Ansicht muß jetzt im Prinzip entgegengetreten werden. § 202 sagt mit keinem Wort, daß die Haftung der Gründer durch diesen Paragraphen nach jeder Richtung hin begrenzt sein soll; dies geht auch aus der Tendenz dieser Bestimmung, die lediglich die Haftung der Gesellschaft gegenüber feststellt, in keiner Weise hervor. Neben dem § 202 also bleibt die Haftung aus allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts bestehen. Auch der Umstand, daß hiernach der Gründer aus demselben Tatbestand mehreren Geschädigten haftet, enthält durchaus nichts besonderes. Wer durch eine deliktische Handlung mehrere verletzt, haftet diesen mehreren. Nur erfordert diese mehrfache Haftung eine Einschränkung. Wenn der von der Gesellschaft in Anspruch genommene Gründer dieser den vollen Schaden ersetzt z. B. die Differenz zwischen dem wahren und dem angegebenen Werte der Einlage gezahlt hat, so ist seine Haftung auch dem Aktionär, soweit solche überhaupt besteht, erloschen; denn dieser hat, nachdem der Gründungsfehler beseitigt ist, keinen weiteren Schaden, seine Aktie hat den Wert, den sie gehabt hätte, wenn der Gründungsfehler nicht vorgekommen wäre (ähnlich Anm. 15 zu § 203).

Anm. 3. Es kann also an sich neben der Haftung aus § 202 aus anderen oder aus den in § 202 angegebenen Gründen eine Haftung der Gründer eintreten, soweit das bürgerliche Recht dies zuläßt. Aus anderen Gründen: der Gründer kann Rat erteilt, er kann Aktien unter falschen Vorspiegelungen verkauft haben usw.; alles dies begründet Haftung nach zivilrechtlichen Vorschriften. Aber auch aus denselben Gründen, die in § 202 aufgezählt sind; insbesondere also aus der Unrichtigkeit der von den Gründern gemachten Angaben läßt sich im Prinzip eine Haftung anderen, als der Gesellschaft gegenüber, herleiten. Abgesehen von dem, für den vorliegenden Tatbestand allerdings wohl nur in Ausnahmefällen zu verwendenden § 826 BGB. kommt hier § 823 Abs. 2 in Betracht, der den schadensersatzpflichtig macht, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Der Gründer ist also dem gegenüber haftbar, zu dessen Schutz die Gründungsvorschriften des HGB. gegeben sind. Diese Bestimmungen sollen die Reellität der Gründung gewährleisten, sie sollen dafür sorgen, daß die Aktiengesellschaft auf der im Statut vereinbarten Basis in das Leben tritt. Sie wirken zwar indirekt auch für die späteren Aktionäre; gegeben aber sind sie zum Schutz der entstehenden Gesellschaft. Man würde daher zu weit gehen, wenn man als Schutzberechtigte alle späteren Aktionäre und Gläubiger bezeichnete; man würde dann, (wie Staub GmbH. Anm. 29 zu § 10 mit Recht bemerkt), die Haftung ins Uferlose ausdehnen. Wohl aber sind sie zum Schutz der die Gesellschaft begründenden Gesellschafter gegeben; diese können, wenn sie geschädigt sind, neben der Gesellschaft ihre Rechte aus § 823 Abs. 2 geltend machen. Wenn also z. B. ein Gründer ein Geschäft schuldhafterweise zu einem viel zu hohen Preise einbringt, so kann der Mitgründer, der sich mit Rücksicht auf den angeblichen hohen Wert bei der Gründung durch Übernahme von Aktien beteiligt hat, Schadensersatz neben der Gesellschaft fordern. Es entspricht dies auch insbesondere dann der Billigkeit, wenn die Gesellschaft, etwa weil die erforderliche Stimmenzahl nicht zusammenzubringen ist, die Anstrengung der Klage ablehnt.

Allerdings ist die hier festgestellte und wie geschehen beschränkte Haftung der Gründer neben der aus § 202 praktisch keine sehr in Frage kommende; immerhin ist sie vorhanden und durch das Gesetz nicht ausgeschlossen (das RG. bei Holdheim 10, 142 geht von ähnlichen Grundsätzen, allerdings für altes Recht und für die GmbH., aus).

Anm. 4. Der Gesellschaft gegenüber ist das Maß der Haftung mit der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen erschöpft. Die Gründer haften bei Sacheinlagen und Übernahmen für unrichtige Angaben in den Gründungsschriften und für bösliche Schädigung, in den übrigen Punkten für unrichtige Angaben in den Gründungsschriften. Mag es auch begrifflich denkbar sein, daß die Gründer auch darüber hinaus für jede andere offizielle Angabe, z. B. für eine solche, die sie den um Auskunft bittenden Prüfungsorganen gegenüber gemacht haben, haften (vgl. RG. 5, 19), so ist die Tendenz des Gesetzes doch unverkennbar die, die Ersatzansprüche der Gesellschaft erschöpfend zu regeln, aus einer zersplitterten und unsicheren Rechtsmaterie eine einheitliche sichere zu schaffen (zust. Makower I 425).

b) **Wofür haften die Gründer?** **§ 202.**

α) für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben rücksichtlich der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals und der Festsetzungen des § 186. Anm. 5.

β) für bösliche Schädigung durch Sacheinlagen und Übernahmen.

γ) für Ausfälle durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs.

Zu α) **Haftung für die Richtigkeit der Gründungsangaben.** Voraussetzung der Haftung ist hier, daß eine Angabe der Gründer im Sinne dieses Paragraphen vorliegt. Unter den Angaben der Gründer, die sie behufs Eintragung in das Gesellschaftsregister machen, können füglich keine anderen verstanden werden, als die, die sie in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen oder in der Anmeldung bzw. deren Beilagen, insbesondere im Gründerberichte machen; dagegen nicht, wie Kayser Anm. 6 zu Art. 213a will, jede offizielle Angabe; nicht, wie Makower I 426 will, jede Angabe gegenüber der Gesellschaft oder ihren Organen; auch nicht, wie Schmidt 12 formuliert, jede offizielle Angabe, die gemacht wird, um die Erfüllung einer Voraussetzung für die Registrierung herbeizuführen, sei es auch den prüfenden Organen gegenüber oder der konstituierenden Generalversammlung (übereinstimmend Petersen-Pechmann 90; daß insbesondere die Angaben in der Gründererklärung des § 191 dazu gehören, darüber vgl. RG. 26, 42). Diese Haftung aber beschränkt sich nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die Angaben, die die Gründer „zum Zweck der Eintragung in das Handelsregister" machen. An sich fallen daher Angaben, die über diesen gesetzlichen Zweck hinaus gemacht sind, nicht unter § 202. Doch ist dabei zu beachten, daß § 191 den Gründern die Darlegung der Umstände auferlegt, von denen die Angemessenheit der Vergütung für Einlagen usw. abhängt. Soweit hierzu Angaben über Rentabilität, über Beginn des Geschäftsbetriebs, Konzessionserteilung nötig sind, tritt Haftung ein; nicht dagegen, wenn derartige Erklärungen, z. B. wie bei Kapitalsgründungen unnötig sind (vgl. gegen 6./7. Aufl. Rieden 11; zum Teil anders Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 2). Anm. 6.

Was hier über Angaben betreffend Zeichnung des Grundkapitals gesagt ist, muß ebenso gelten hinsichtlich der Aktienübernahmen bei der Simultangründung (Behrend § 110 Anm. 6). Anm. 7.

Die Verpflichtung, fehlende Einzahlungen zu leisten, bezieht sich hier natürlich nur auf die Einzahlungen, die nach § 195 als geleistet bekundet sind; die Haftung für spätere Einzahlungen ist im Abs. 3 geregelt.

Zweite Voraussetzung ist, daß die Angabe unrichtig oder unvollständig ist. Nur objektive Unrichtigkeit ist vorausgesetzt. Der böse Glaube wird also vermutet, weil es Pflicht der Gründer ist, sich über die gemeinschaftlich gemachten Angaben gehörig zu informieren. Indessen ist dem Gründer in Abs. 2 ein Entschuldigungsbeweis freigelassen, dahin gehend, daß er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit weder gekannt, noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes hat kennen müssen. Anm. 8.

Wenn das Gesetz hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfordert, so ist darunter eine solche Sorgfalt zu verstehen, wie sie ein ordentlicher Mann, der geschäftliche Unternehmungen der betreffenden Art für eigene Rechnung leitet, aufzuwenden pflegt. Handelt es sich um kaufmännische Unternehmungen, so muß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufgewendet werden. Der Ausdruck Geschäftsmann ist gewählt, weil die Unternehmungen noch anderer Art sein können (so mit Recht Neukamp 151). Anm. 9.

Die Folge der Verantwortlichkeit ist, daß die Gründer für allen der Gesellschaft infolge der unrichtigen oder unvollständigen Angabe entstandenen Schaden solidarisch haften. Um den Schadensbeweis zu erleichtern, ist hervorgehoben, daß sie vorbehaltlich weiterer Schadensersatzpflicht jedenfalls einen am Grundkapital fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen (d. h. wenn weniger eingezahlt ist, als sie als eingezahlt angegeben haben) zu leisten und einen verheimlichten Gründungsaufwand zu ersetzen haben. Das Verhältnis des säumigen Zeichners zu dem für ihn eintretenden Gründer ist dem Anm. 10.

§ 202. Zivilrecht zu entnehmen. Nach dem BGB. gibt es nun aber keinen allgemeinen Rechtssatz, daß der, der eine fremde Schuld zahlt, in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintritt. Der Regreß des zahlenden Dritten gegen den Schuldner richtet sich vielmehr nach dem Verhältnisse zwischen beiden. Hier liegt aber meist kein besonderes Verhältnis vor. Es bleibt daher nichts weiter übrig, als die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden (Pinner 74).

Anm. 11. Verheimlichter Gründungsaufwand liegt z. B. vor, wenn der Gründer einen Gründerlohn scheinbar aus Privatmitteln, in Wahrheit aber aus Gesellschaftsmitteln, durch zu hohe Anrechnung der eingebrachten Werte, zahlt. Denn, wenn er mit Rücksicht auf die zu zahlende Gründerentschädigung der Gesellschaft einen höheren Preis anrechnet, dann ist der Gründergewinn zu Lasten der Gesellschaft bezahlt (vgl. Anm. 13 zu § 186). Vgl. den Fall in RG. 26, 37, wo auf S. 42 ausgeführt ist, daß die Rückübertragung der als Vergütung erhaltenen Aktien nicht immer genügt.

Anm. 12. Zum Schadensersatz gehört auch der entgangene Gewinn (§ 252 BGB.). Auch die sonstigen Vorschriften des BGB. über den Schadensersatz (§§ 249—253) greifen hier Platz, § 254 wird man nur insoweit anwenden können, als die Gesellschaft nach erfolgter Eintragung ein konkurrierendes Versehen, insbesondere mit Rücksicht auf Abs. 2 des § 254, begangen hat. Von einem konkurrierenden Versehen im Gründungsstadium kann nicht die Rede sein, da alle die Gesellschaft hier vertretenden Personen, die Gründer gemäß § 202, Vorstand und Aufsichtsrat gemäß § 204, selbst zu den Tätern gehören, ihr Versehen sie also belastet, nicht aber die Gesellschaft (so gegen 6./7. Aufl. Rieden 6; Goldmann Anm. 11: Lehmann-Ring Nr. 3 schließen § 254 überhaupt aus).

Anm. 13. Zu β) **Bösliche Schädigung durch Sacheinlagen oder Übernahmen.** Die Angaben in den Gründungsschriften können in diesen Punkten richtig sein, aber durch Betätigung der Rechtsakte selbst kann eine Schädigung der Gesellschaft bewirkt sein, nämlich in der Anrechnung über den wahren Wert. In solchen Fällen kann der Gesetzgeber unmöglich eine Haftung schon bei dem objektiven Tatbestand der Schädigung eintreten lassen, weil Schätzungen den Charakter des Festen und Objektiven überhaupt nicht an sich tragen. Aber wenn eine bösliche Schädigung vorliegt, sollen die Gründer haften. Das Erfordernis der böslichen Handlungsweise ist ein von der Judikatur festgestelltes. Es umfaßt außer dem dolus auch die luxuria, d. h. den frevelhaften Mutwillen, welcher zwar die Schädigung nicht beabsichtigt, aber sich doch der mit dem Handeln verbundenen Gefahr bewußt ist (ROHG. 10, 218; RG. 1, 22 und 38; 7, 125; M. z. AGes. v. 1884, I 189; KB. z. AGes. v. 1884, 12). Eine Wertbemessung von Einlagen und Übernahmen, welche zweifellos übermäßig ist, ist regelmäßig eine bösliche Handlungsweise (M. a. a. O.). Die bösliche Handlungsweise braucht nur bei einem Gründer vorhanden zu sein (etwaige Regresse der Gründer unter einander regeln sich nach bürgerlichem Recht; § 426 BGB., vgl. Anm. 23): alsdann haften alle solidarisch, außer dem, der sich nach Abs. 2 exkulpiert. Es haftet also, wie Cosack (§ 121 I 1 b) richtig bemerkt, keiner, wenn alle Gründer nur grobfahrlässig gehandelt haben; wenn aber auch nur einer „böslich" gehandelt hat, so haften alle auch für geringe Fahrlässigkeit.

Über den Exkulpationsbeweis vgl. Anm. 8. Hervorzuheben ist hier, wo es sich um Wertangaben handelt, daß der Umstand allein, daß der Gründer sich auf Taxen verlassen und die Angemessenheit nicht selbst geprüft hat, ihn nicht notwendig regreßpflichtig macht. Ein Gründer, der aus wohlbegründeten Gutachten einwandsfreier Sachverständiger die Überzeugung gewinnt, daß die berechneten Werte angemessen sind, verletzt noch nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

Anm. 14. Als Folge der Verantwortlichkeit ist nur im allgemeinen der Ersatz des entstandenen Schadens genannt. Zunächst ist es der Unterschied zwischen dem der Gesellschaft angerechneten und dem wahren Werte. Dieser ist in bar zu zahlen. Das Angebot der Rückgabe einer entsprechenden Anzahl Aktien reicht nicht aus. Es ist dabei vollständig

unerheblich, daß nach den Vorschriften über die Bilanz nur der Anschaffungswert in dieselbe aufgenommen zu werden braucht, der Schaden besteht in dem der Gesellschaft entzogenen Vermögenswerte (vgl. RG. 26, 42). Die AG. ist andererseits auch nicht in jedem Falle berechtigt, Rückgabe der Aktien zu verlangen; die Aktien können ja inzwischen, auf Grund anderer Ursachen, einen höheren Wert haben, als den der eingebrachten Gegenstände. Über den Umfang des Schadens vgl. im übrigen Anm. 12.

Anm. 15. Bösliche Schädigungen durch zu hohe Gründerbelastungen sind hier nicht getroffen. Hier können die Gründer alles bewilligen, wenn sie es nur in den Verträgen offenbaren (Cosack § 121 I 1 b).

Anm. 16. Zu γ) **Haftung für Zahlungsfähigkeit der Aktionäre.** Voraussetzung der Verantwortlichkeit ist hier, daß der Gesellschaft durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs ein Ausfall entsteht, und daß der Gründer bei Annahme der Beteiligung des Aktionärs die Zahlungsunfähigkeit kannte. Die D. 139 bemerkt, die Annahme erfolge im Falle der Simultangründung durch Vollziehung der im § 182 Abs. 1 und § 188 gedachten Verhandlungen, im Falle der Sukzessivgründung durch die Zuteilung der Aktie. Letzteres ist insofern richtig, als man unter Zuteilung die Annahmeerklärung der Offerte des Zeichners versteht (vgl. Anm. 22 zu § 189 gegen 6./7. Aufl.).

Anm. 17. Die Zahlungsunfähigkeit ist ein aus dem Konkursrecht bekannter Begriff. Sie besteht in dem Unvermögen, die fälligen Verbindlichkeiten in der Allgemeinheit zu erfüllen, und ist wohl zu unterscheiden von der Insuffizienz (§ 102 KO.; vgl. zu § 240).

Anm. 18. Der Ausfall steht fest, wenn die Zahlungsunfähigkeit feststeht. Falls die ursprünglichen Gründer oder Zeichner die Aktien weiter begeben, so haften die Gründer nur dann, wenn nach Erledigung des Kaduzierungs- und Regreßverfahrens gegenüber dem ursprünglichen Aktienerwerber, als dem letzten Gliede in der Kette der Regreßpflichtigen, ein Anspruch besteht und nur insoweit dies der Fall ist (Schmidt 24; anders Rudorff 159, der von diesen Beschränkungen absieht). Vorgängige Einklagung des ersten Zeichners oder gar Zwangsvollstreckung ist aber nicht notwendig, ebensowenig in dem Falle, daß der ursprüngliche Aktienerwerber die Aktie nicht begeben hat, die Kaduzierung der Aktie oder ihr öffentlicher Verkauf (Schmidt a. a. O.; Behrend § 110 Anm. 26). Der Gründer muß bei Annahme der Beteiligung des Aktionärs Kenntnis haben von der Zahlungsunfähigkeit. Spätere Kenntnis ist einflußlos. Kennen müssen steht der Kenntnis nicht gleich (Behrend § 110 Anm. 25).

Anm. 19. Folge der Haftung ist hier im Gegensatz zu den übrigen Haftungen des Gründers, daß nicht alle Gründer, sondern nur die, die in dolo waren, solidarisch haften.

Der Fall der Leistungsunfähigkeit bei einer Sacheinlage ist entsprechend zu behandeln (Makower I 428).

Anm. 20. 2. (Abs. 4.) **Die Gründergenossen,** d. h. die Empfänger verheimlichten Gründungsaufwandes, oder die, die bei dieser Verheimlichung mitgewirkt haben, oder endlich die, die bei einer böslichen Schädigung wissentlich mitgewirkt haben.

Diese sind außer den Gründern, d. h. neben ihnen, mit ihnen solidarisch und untereinander solidarisch, verantwortlich.

Anm. 21. a) Der Empfänger verheimlichten Gründungsaufwandes muß, um verantwortlich zu sein, gewußt haben, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, oder die Umstände müssen so liegen, daß er dies annehmen mußte. Das letztere Merkmal ist auch im Strafgesetzbuch bei der Hehlerei (§ 259) erwähnt und hat schon dort zu einer großen Streitfrage geführt: ob damit bloß eine Beweisfrage geregelt und nur darauf aufmerksam gemacht sein soll, daß schon aus den Umständen auf das Wissen geschlossen werden könne (RGSt. 7, 86), oder ob damit eine Art der Fahrlässigkeit, nämlich die Fahrlässigkeit gemeint ist, vermöge deren der Dritte sich der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welchen sich ihm die Überzeugung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hätte aufdrängen müssen, absichtlich entzogen hat (RGSt. 2, 143). Nach der neueren Gesetzessprache kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß

§ 202. die letztere Ansicht zutrifft (§ 122 Abs. 2 BGB.; Makower I 428; Lehmann-Ring Nr. 7; Rieden 33; dagegen Goldmann Anm. 37).

Anm. 22. b) Der Begriff der Mitwirkung setzt mehr als bloßes Wissen voraus; ist aber nicht mehr als eine Handlung, welche dazu bestimmt und geeignet ist, der Durchführung der Verheimlichung zu dienen. Mitwirkende können z. B. Bedienstete sein, die sich zu solcher Manipulation gebrauchen lassen.

Zusätze:

Anm. 23. 1. **Über die Geltendmachung der Rechte aus der Gründerverantwortlichkeit**, durch wen und unter welchen Voraussetzungen sie erfolgt, vgl. §§ 268, 269, 270.

Die Solidarhaft folgt allgemeinen Regeln (§§ 421 ff. BGB.).

Der Regreß der Gründer unter sich richtet sich nach den zugrunde liegenden Verhältnissen, ev. geht der Schaden zu gleichen Teilen (§ 426 BGB.; §§ 722, 735 BGB.; vgl. Anm. 32 zu § 182), was unter Umständen ungerecht ist. Denn nach Abs. 2 unseres Paragraphen kann die Haftung eines Gründers schon darauf beruhen, daß er seine bona fides nicht nachweisen kann. Er haftet dann solidarisch mit dem Gründer, dem die mala fides nachgewiesen ist, und er kann doch unschuldig sein (Pinner 72).

Anm. 24. 2. **Durch Verträge** kann die Verantwortlichkeit der Gründer zwar verschärft, nicht aber gemildert werden. Das gesetzliche Mindestmaß der Verantwortlichkeit ist öffentlich rechtlich.

Anm. 25. 3. **Neben dieser Gründerverantwortlichkeit besteht natürlich auch die Haftung der einlegenden Gründer aus Verträgen**, z. B. ex dictis et promissis (vgl. Anm. 2 zu diesem Paragraphen). Auf eine solche Haftung greift auch nicht die Verjährung des § 206 Platz (vgl. Anm. 4 daselbst). Andererseits kann die nach den zivilrechtlichen Vorschriften sich ergebende Haftung aus Einbringungsverträgen auch vertraglich ausgeschlossen werden (vgl. Anm. 19 zu § 186), wodurch selbstverständlich die Haftung nach dem Aktienrecht nicht beseitigt werden kann (vgl. Anm. 24).

Anm. 26. Für alle diese Klagen ist die Zuständigkeit aus § 32 CPO. gegeben. Als Ort, wo die Handlung begangen ist, muß, falls es sich um die Gründererklärung handelt, der Ort, wo die Erklärung abgegeben ist, falls es sich um Erklärungen oder Verschweigungen im Statut handelt, der Ort, wo das Statut verlautbart ist, angesehen werden. Es gilt dies in gleicher Weise für die Gründer, wie für die nach § 202 als Gehilfen haftenden Gründergenossen.

Anm. 27. 4. **Übergangsfrage.** Die Vorschrift findet auf ältere Gesellschaften Anwendung, jedoch nicht auf die Tatbestände, die vor dem 1. Januar 1900 sich ereignet haben (Art. 170 EG. z. BGB.; Art. 23 EG. z. HGB.; Anm. 1 ff. zu § 178).

§ 203.

§ 203. Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren nach der Eintragung eine öffentliche Ankündigung der Aktien erläßt, um sie in den Verkehr einzuführen, ist der Gesellschaft im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben, welche die Gründer in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, sowie im Falle einer böslichen Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen oder Uebernahmen für den Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens mit den im § 202 bezeichneten Personen als Gesammtschuldner verhaftet, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die bösliche Schädigung kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

§ 203. **Der Paragraph bürdet auch noch den Emissionshäusern eine Verantwortlichkeit für den richtigen Gründungshergang auf.** Das Gesetz geht dabei von der Erwägung aus, daß die Firma des Emissionshauses nicht zum geringsten Teil bestimmend ist für die Beteiligung des Publikums an dem Unternehmen. Es verpflichtet daher den Inhaber des Emissionshauses, durch gehörige Prüfung der Gründerangaben das in ihn gesetzte Vertrauen zu rechtfertigen.

Einleitung.

1. **Wer ist für verantwortlich erklärt?** Die, die vor der Eintragung der Gesellschaft oder in den ersten zwei Jahren nachher öffentliche Ankündigungen erlassen, um Aktien in den Verkehr einzuführen.

Anm. 1.

a) Die Ankündigung setzt nicht notwendig ein ausdrückliches Bekenntnis der Urheberschaft, also die Unterzeichnung, voraus. Andererseits geht Völdernborff zu weit, wenn er jede gedruckte Notiz, hinter der das Emissionshaus steckt, für genügend hält. Vielmehr wird der Begriff des „Erlassens einer Ankündigung" darin zu finden sein, daß eine bestimmte, aus der Unterzeichnung oder dem Inhalte der Ankündigung ersichtliche Person sich direkt an das Publikum wendet. So wird ein im redaktionellen Teil einer Zeitung befindlicher anonymer Artikel über das Unternehmen regelmäßig nicht für genügend zu erachten sein, selbst wenn das Emissionshaus ihn in die Zeitung gebracht hat; wohl aber ein im Inseratenteil befindlicher, wenn auch nicht unterzeichneter. Denn im ersteren Falle spricht zum Publikum die Redaktion, im letzteren der Inserent. Wer dieser ist, kann aber aus dem Inhalt des Inserats mit solcher Deutlichkeit hervorgehen, daß es formalistisch wäre, an dem Erfordernis der Unterzeichnung festzuhalten. Andererseits geht es zu weit, wenn Behrend (§ 111 bei Anm. 16) nicht einmal erfordert, daß die Urheberschaft irgendwie aus der Ankündigung zu ersehen ist. Denn eine Bekanntmachung „erläßt" nur der, der erkennbar als Veröffentlicher auftritt. Weiter geht § 43 des BörsG. (unten Anm. 12): „oder von denen der Erlaß des Prospektes ausgeht" (im wesentlichen zust. Makower I 329).

b) Die öffentliche Ankündigung ist die, die geeignet ist, einem unbegrenzten Personenkreise bekannt zu werden (RG. 39, 248). Eine auf begrenzte Interessentenkreise, etwa die Kunden des Emittenten, beschränkte Mitteilung ist damit nicht getroffen; doch kann schon im Versenden von Zirkularen eine öffentliche Bekanntmachung liegen (Behrend § 111 Anm. 5), dagegen Goldmann Anm. 4.

Anm. 2.

c) Die Absicht, Aktien in den Verkehr einzuführen, besteht auch schon bei der Aufforderung zu Primitivzeichnungen (M. z. AktGes. v. 1884 II 127; Makower I 430), ebenso in der Aufforderung zur Zeichnung bei einer innerhalb des tempus clausum von 2 Jahren stattfindenden Kapitalserhöhung. Doch muß es sich um Aktien, nicht um Obligationen, handeln, und um eine Tätigkeit, die darauf abzielt, den Aktien ganz oder zum Teil den öffentlichen Markt zu erschließen. Verkauf durch Notare oder durch Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Verwertung für eine Masse fallen nicht darunter, ebenso nicht Zuführung zur Börse, wenn die Aktien daselbst schon gehandelt wurden und einen Kurs hatten (Esser Anm. 5). Doch bemerkt Behrend (§ 111 Anm. 10) zutreffend, daß das Erfordernis der Einführung nur auf die angekündigten Aktien zu beziehen ist. Eine Einführung ist auch möglich, wenn sich Aktien derselben Gesellschaft bereits im Verkehr befinden, nicht aber, wenn die angekündigten Aktien sich schon im Verkehr befanden.

Anm. 3.

d) Welchen rechtlichen Charakter sonst die Emission hat, ist gleichgültig. Der Emittent kann in eigenem oder in fremdem Namen, als Kommissionär oder Vermittler handeln. Die Aufforderung kann eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten oder ausnahmsweise selbst eine Offerte sein. Das ist aber für die Haftung gleichgültig (Pinner 76). Über „Sperre" bei Aktienemissionen Meili bei Holdheim 9, 1 und Neander Mueller im BankA. 2, 149; über Zeichnung und Zuteilung bei Emissionen, Herz bei Holdheim 12, 33; über Zulassung zum Börsenverkehr Thorwart im BankA. 1, 6.

Anm. 4.

2. **Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit** sind

Anm. 5.

a) daß objektiv unrichtige oder unvollständige Angaben der Gründer vorliegen, in dem Umfange, wie sie im vorigen Paragraphen erläutert sind, oder eine bösliche Schädigung der Gesellschaft

§ 203. durch Einlagen oder Übernahmen. Es ist nicht notwendig, daß in der Ankündigung des Emissionshauses Unwahrheiten enthalten sind (hierüber Anm. 11 ff.). Es ist auch nicht notwendig, daß in ihr sog. Gründerangaben enthalten sind.

Anm. 6. b) daß auf Seiten des Emittenten dolus oder die Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes vorliegt (über den letzteren Begriff vgl. Anm. 9 zum vorigen Paragraphen). Daß die Prüfungsorgane keinen Anstand erhoben haben, entschuldigt das Emissionshaus nicht. Der Emittent muß selbst prüfen und hierbei nicht nur sein eigenes, sondern auch das Interesse derer im Auge haben, an die die Ankündigung gerichtet ist (Makower I 430).

Das Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen muß dem Emittenten nachgewiesen werden, ihn trifft kein Exkulpationsbeweis.

Anm. 7. 3. **Die Folge der Verantwortlichkeit** ist Ersatz des Schadens. Dieser regelt sich nach allgemeinen Vorschriften, wobei § 252 BGB. anwendbar ist (also entgangener Gewinn), desgleichen die übrigen Paragraphen über den Schadensersatz (§§ 249—253), unter Umständen auch § 254 vom konkurrierenden Verschulden. Daß unter allen Umständen die im vorigen Paragraphen (vgl. Anm. 10 zu § 202) bezeichneten Ersatzleistungen zu machen sind, ist hier nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber doch wohl dem Sinne nach anzunehmen, da doch eine Solidarhaft mit den nach § 202 haftbaren Personen bestimmt werden sollte (Makower I 430). — Die Haftung ist eine solidarische mit den nach § 202 haftbaren Personen.

Anm. 8. 4. **Wem haften die Emittenten?** Hier nur der Gesellschaft, also nicht den Aktionären; denn hier liegt eine lediglich aktienrechtliche, von allgemeinen Vorschriften abweichende, Haftung für falsche Angaben Dritter vor. Das bezieht sich aber nur auf den durch diesen Paragraphen festgestellten Tatbestand, d. h. auf die Haftung für unrichtige oder unvollständige Gründerangaben oder für bösliche Schädigung der Gesellschaft durch Sacheinlagen oder Übernahmen.

Inwieweit die Emittenten für eigene falsche Angaben in der Ankündigung den einzelnen Erwerbern haften, darüber entscheiden andere Grundsätze (vgl. Anm. 11 ff.). Eine Haftung des Emissionshauses für unrichtige Angaben der Gründer gegenüber den einzelnen Aktionären ist durch den vorliegenden Paragraphen im allgemeinen ausgeschlossen, aber eben nur im allgemeinen, nicht in dem Falle, daß es sich um Ankündigung zum Zwecke der Zulassung von Wertpapieren an der Börse handelt. Über das Verhältnis des § 203 HGB. zu den §§ 43—47 des BörsG. s. Anm. 11 ff.

Anm. 9. **Zusatz 1.** Der Paragraph hat nur die Emittenten im Auge. Die Zeichenstelle ist ein bloßes Werkzeug des Emittenten zur Entgegennahme von Zeichnungen (ROHG. 17, 49; 18, 183), außer wenn besondere Umstände vorliegen, aus denen die Selbständigkeit der Zeichenstelle folgt (ROHG. 20, 255).

Anm. 10. **Zusatz 2. Über den Regreß der hiernach haftenden Personen unter sich** entscheidet das Rechtsverhältnis unter ihnen selbst, ev. § 426 BGB.

Anm. 11. **Zusatz 3.** Der Paragraph bezieht sich nur auf Unrichtigkeiten in den Angaben der Gründer und auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft. **Die Haftung für eigene unrichtige Angaben gegenüber Dritten aus dem Prospekt** bestimmt sich nach sonstigen Grundsätzen (RG. 39, 247; vgl. auch oben Anm. 8). Für einen bestimmten Fall, nämlich für den Fall, daß der Prospekt zum Zwecke der Einführung von Wertpapieren an der Börse erlassen ist und diese Zulassung auf Grund des Prospekts erfolgt ist, bestimmt sich jetzt die Haftung nach §§ 43—47 des BörsG.

Dieselben kollidieren zum Teil mit dem vorliegenden Paragraphen. Vgl. hierüber Baer bei Holdheim 6, 101. Im Anschluß an dessen Ausführungen ist folgendes zu erwähnen.

Anm. 12. 1. Das Börsengesetz enthält in den §§ 43—47 folgende Bestimmungen:

§ 43. Sind in einem Prospekt, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, Angaben, welche für die Beurteilung des Wertes erheblich sind, unrichtig, so haften diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, wenn sie die Unrichtigkeit gekannt haben oder ohne grobes Verschulden hätten kennen müssen, als Gesamtschuldner jedem Besitzer eines solchen Wertpapiers für den

Schaden, welcher demselben aus der von den gemachten Angaben abweichenden Sachlage erwächst. Das gleiche gilt, wenn der Prospekt infolge der Fortlassung wesentlicher Tatsachen unvollständig ist und diese Unvollständigkeit auf böslichem Verschweigen oder auf der böslichen Unterlassung einer ausreichenden Prüfung seitens derjenigen, welche den Prospekt erlassen haben, oder derjenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, beruht.

Die Ersatzpflicht wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Prospekt die Angaben als von einem Dritten herrührend bezeichnet.

§ 44. Die Ersatzpflicht erstreckt sich nur auf diejenigen Stücke, welche auf Grund des Prospekts zugelassen und von dem Besitzer auf Grund eines im Inlande abgeschlossenen Geschäfts erworben sind.

Der Ersatzpflichtige kann der Ersatzpflicht dadurch genügen, daß er das Wertpapier gegen Erstattung des von dem Besitzer nachgewiesenen Erwerbspreises oder desjenigen Kurswertes übernimmt, den die Wertpapiere zur Zeit der Einführung hatten.

Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer des Papiers die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts bei dem Erwerbe kannte. Gleiches gilt, wenn der Besitzer des Papiers bei dem Erwerbe die Unrichtigkeit der Angaben des Prospekts bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten beobachtet, kennen mußte, es sei denn, daß die Ersatzpflicht durch bösliches Verhalten begründet ist.

§ 45 Satz 1. Der Ersatzanspruch verjährt in fünf Jahren seit der Zulassung der Wertpapiere.

§ 46. Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 43 bis 45 begründete Haftung ermäßigt oder erlassen wird, ist unwirksam.

Weitergehende Ansprüche, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen erhoben werden können, bleiben unberührt.

§ 47. Für die Entscheidung der Ansprüche aus den §§ 43 bis 46 ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich das Landgericht des Ortes zuständig, an dessen Börse die Einführung des Wertpapiers erfolgte. Besteht an diesem Landgerichte eine Kammer für Handelssachen, so gehört der Rechtsstreit vor diese. Die Revision sowie die Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts geht an das Reichsgericht.

2. **Der Inhalt dieser Bestimmungen geht kurz dahin,** daß, wenn auf Grund eines Prospektes Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, die, die den Prospekt erlassen haben, oder von denen der Prospekt ausgeht, jedem Besitzer eines solchen Wertpapiers für Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten haftbar sind. Der Ersatzanspruch verjährt in fünf Jahren seit der Zulassung der Wertpapiere. Über den Umfang der Ersatzpflicht RG. bei Holdheim 9, 255. Anm. 13.

3. **Ein Vergleich dieser Vorschriften mit der Vorschrift unseres § 203 ergibt,** daß in dem hier in Rede stehenden Falle, Ankündigung zum Zwecke der Zulassung zur Börse, eine Kollision mit § 203 nicht ausgeschlossen ist, d. h. es kann ein und derselbe Tatbestand sowohl unseren § 203, als auch den § 43 des BörsG. verletzen und daher eine **doppelte Haftung des Emittenten begründen.** Das ist der Fall, wenn der innerhalb der ersten zwei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister behufs Zulassung der Aktien zum Börsenhandel erlassene Prospekt unrichtige oder unvollständige Angaben der Gründer hinsichtlich der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen wiedergibt, und zwar solche Angaben, die für die Beurteilung des Werts der zugelassenen Aktien erheblich sind, sofern dem Emittenten dolus oder grobes Verschulden bzw. bösliche Handlungsweise zur Last fällt. Anm. 14.

Dieser Fall fällt unter die Tatbestände der **beiden** Gesetzes-Paragaphen und verursacht daher eine doppelte Haftung. Es kann der vom Aktienbesitzer verklagte und auf dessen Klage verurteilte Emittent nicht den Einwand der Rechtskraft erheben, wenn er alsdann von der Gesellschaft verklagt wird, und ebenso nicht umgekehrt. Nur kann in letzterem Falle möglicherweise der von dem Aktionär belangte Emittent einwenden, daß er der Gesellschaft bereits ihren Schaden ersetzt und dadurch auch den Wert der Aktien entsprechend verbessert habe. Wenn und soweit dies zutrifft, ist der Einwand zuzulassen. Anm. 15.

4. **Die Verantwortlichkeit des Emittenten für seine zum Zwecke der Börseneinführung erlassenen Prospekte** ist durch den § 203 HGB. einerseits und die Anm. 16.

§ 203. §§ 43—47 des Börsengesetzes andererseits erschöpft. Aus weiteren Fundamenten kann wegen Unrichtigkeiten in dem Prospekte der gedachten Art gegen den Emittenten nicht vorgegangen werden. Dies nimmt Pinner 77 mit Recht an. Nur weitergehende Ansprüche aus Verträgen sind zuzulassen (vgl. § 46 Abs. 2 Börsengesetz).

Anm. 17. **Zusatz 4. Wegen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Emittenten** s. § 313 Nr. 2.

Anm. 18. **Zusatz 5. Übergangsfrage** s. Anm. 27 zu § 202.

§ 204.

§ 204. **Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, die bei der ihnen durch die §§ 192, 193 auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns außer Acht lassen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den ihr daraus entstehenden Schaden, soweit der Ersatz des Schadens von den nach den §§ 202, 203 verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist.**

Der Paragraph setzt die Verantwortlichkeit der die Gründung prüfenden Gesellschaftsorgane fest. Dabei sind folgende Fragen zu erörtern:

Anm. 1. 1. **Wer haftet?** Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats. Diese können schon nach § 202 verantwortlich sein als Empfänger von Gründergewinnen oder Mitwirkende; hier aber ist lediglich von ihrer Verantwortlichkeit als Prüfungsorgane die Rede.

Anm. 2. 2. **Wem haften sie?** Hier gilt prinzipiell das in Anm. 2 zu § 202 dargelegte. Auch hier bestimmt § 204 die Haftung gegenüber der Gesellschaft, ohne an sich weitere Haftung nach bürgerlichem Recht auszuschließen. Nur wird hier eine derartige Haftung nur ausnahmsweise festzustellen sein, soweit sie sich lediglich auf die mangelnde Sorgfalt aus § 204 stützt. Allerdings wird auch § 204 als ein den Schutz anderer bezweckendes Gesetz anzusehen sein, diese anderen sind die Gründer. Soweit diese aber selbst aus §§ 202, 203 haften, haben sie wegen des konkurrierenden Verschuldens einen Anspruch nicht; nur der Gründer, der selbst exkulpiert ist, kann wegen seines Schadens aus § 823 Abs. 2 BGB. gegen die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats vorgehen.

Anm. 3. 3. **Voraussetzung der Haftung** ist, daß die Gesellschaftsorgane bei der Prüfung nach §§ 192 und 193 die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt haben.

a) Worauf sich die Prüfung nach §§ 192 und 193 erstreckt, ist zu § 193 auseinandergesetzt, insbesondere, inwieweit auch die Angemessenheit der Preise ihrer Prüfung unterliegt.

Anm. 4. b) Die Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes (hierüber s. Anm. 9 zu 202). Diese Verletzung muß ihnen nicht nachgewiesen werden. Die das Gegenteil anordnende Beweisvorschrift des Art. 213 c ist zwar gestrichen. Aus der rechtlichen Stellung, die der Vorstand und der Aufsichtsrat der im Gründungsstadium befindlichen Gesellschaft haben, folgt aber, daß sie die Beweislast haben und, daß ihnen daher nur nachgewiesen zu werden braucht, daß durch ihre Prüfungstätigkeit ein Schaden entstanden ist. Denn sie werden von den Gründern zur vorläufigen Geschäftsleitung bestellt, darin liegt ein Dienstvertrag zur Besorgung von Geschäften (§ 675 BGB.). Infolgedessen sind sie rechenschaftspflichtig (§§ 675, 666 BGB.) und daraus folgt ihre Pflicht, sich über die pflichtmäßige Ausübung der Prüfungstätigung auszuweisen (dagegen Goldmann Anm. 5; Lehmann-Ring Nr. 4, die mit Unrecht die Haftbarkeit als außerkontraktlich bezeichnen). — Bei der Prüfung der Gründung müssen sie jene Sorgfalt verletzt haben. Für sonstige Versehen haften sie ebenfalls, aber nicht nach unserem Paragraphen, sondern nach §§ 241, 249. Infolgedessen enthält der vorliegende Paragraph für die Versehen bei der Prüfung eine Milderung, da sie hiernach nur subsidiär haften (Makower I 433). — Auch greift der vorliegende Paragraph mit seiner nur subsidiären Haftung nur Platz bei fahrlässiger Verletzung der Prüfungspflicht, bei vorsätzlicher Verletzung derselben greifen allgemeine Grundsätze Platz.

4. **Die Folge der Haftung** ist, daß die, die ihre Prüfungspflicht verletzt haben, unter sich solidarisch, aber nur subsidiär für den Schaden haften. § 204. Anm. 5.

a) Die, die die Prüfungspflicht verletzt haben, und nur diese. Ob diese Einschränkung praktisch bedeutsam ist, kann allerdings fraglich sein, da ja alle Mitglieder der Gesellschaftsorgane die Prüfungspflicht haben, und bei festgestellter Unrichtigkeit regelmäßig alle ihre Prüfungspflicht verletzt haben. Immerhin kann die Einschränkung im Einzelfalle von Bedeutung werden, z. B. wenn der eine durch den andern getäuscht ist.

b) Solidarisch, d. h. sie haften unter sich solidarisch gemäß §§ 421 ff. BGB. für den Schaden, den sie angerichtet haben. Haben zwei den gleichen Schaden angerichtet, so kommt es auf den größeren oder geringeren Grad von Nachlässigkeit und auf die Verschiedenheit der Tatumstände nicht an; haben aber zwei einen verschiedenen Schaden angerichtet, so hat jeder die von ihm erzeugten Folgen selbst zu tragen (KB. z. AGes. v. 1884, 13; Goldmann Anm. 8). Anm. 6.

c) Subsidiär: d. h. wenn und soweit von den Hauptverpflichteten ein Ersatz nicht zu erlangen ist. Eine vorherige Klage oder gar Zwangsvollstreckung gegen die Hauptverpflichteten ist nicht nötig; richterliches Ermessen entscheidet über diese Voraussetzung (M. z. AGes. v. 1884 II 124). Zu beweisen hat hier die Gesellschaft (Goldmann Anm. 10; ohne Grund abweichend Behrend § 112 Anm. 6). Inwieweit Verzicht, Vergleich und Verjährung gegen die Hauptverpflichteten den subsidiären Anspruch beeinflußt, richtet sich nach bürgerlichem Recht. Beim Vergleich ist jedenfalls der Nachweis erforderlich, daß nach den Umständen nicht mehr zu erlangen war; Verjährung ist ohne Einfluß, wenn nachgewiesen werden kann, daß die Klage keinen praktischen Erfolg gehabt hätte; der Verzicht auf den Hauptanspruch beseitigt auch den subsidiären Anspruch (Behrend § 112 Anm. 5). Anm. 7.

Die Feststellungsklage ist auch ohne diese Voraussetzung zulässig, sofern nur das rechtliche Interesse nach § 256 CPO. vorliegt, wie z. B. die drohende Verjährung (vgl. RG. 8, 74), ja sogar schon die Befürchtung des Verlustes von Beweismitteln (vgl. RG. 10, 369). Anm. 8.

d) Über den Inhalt der Schadensersatzpflicht s. Anm. 7 zu § 203. Aber die unbedingte Pflicht zu den Einzahlungen, die nach Anm. 7 zu § 203 und Anm. 10 zu § 202 von den nach diesen Paragraphen haftenden Personen unter allen Umständen zu machen sind, greift hier nicht Platz (Makower I 430). Anm. 9.

Zusatz 1. Über den Regreß der solidarisch Verpflichteten untereinander entscheidet das bürgerliche Recht (§ 426 BGB.). Anm. 10.

Zusatz 2. Für **die Revisoren** ist keine Verantwortlichkeit gesetzlich normiert. Sie haften nach bürgerlichem Recht. Eine Haftung der Gesellschaft gegenüber ist nicht ausgeschlossen (vgl. RG. 5, 19 und Anm. 8 zu § 192). Anm. 11.

§ 205.

Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen betreffen, sind erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung findet keine Anwendung, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht. § 205.

Der Paragraph beschränkt die Möglichkeit von Vergleichen und Verzichten gegenüber den wegen der Gründungsfehler verantwortlichen Personen. Die Vorschrift will dem vor dem AGes. v. 1884 geübten Mißbrauch steuern, daß die Gründer sich alsbald, womöglich noch in der konstituierenden Generalversammlung für ihre ganze Geschäftstätigkeit Decharge erteilen lassen. Einleitung.

§ 205. Deshalb soll erst nach Ablauf eines tempus clausum, nachdem die Beherrschung der Gesellschaft durch die Gründer präsumtiv aufgehört hat, ein Vergleich möglich sein, und auch alsdann nur mit Zustimmung der Generalversammlung. Dieses tempus clausum hat nach dem AGes. von 1884 3 Jahre betragen, jetzt beträgt es 5 Jahre.

Anm. 1. 1. **Unbedingt erforderlich ist die Zustimmung der Generalversammlung.** Ohne diese ist der Vergleich oder Verzicht stets unzulässig, also auch dann, wenn ein allgemeines Arrangement des zahlungsunfähigen Schuldners den Vergleich notwendig macht und nach Ablauf der fünfjährigen Frist.

Anm. 2. 2. **Zur Zustimmung der Generalversammlung gehört** einfache Stimmenmehrheit und nicht erfolgter Widerspruch seitens einer Minderheit, deren Aktien zusammen den 5. Teil des Grundkapitals darstellen. Diesem Widerspruchsrecht der Minderheit entspricht das Minderheitsrecht des § 268, die Geltendmachung der Regreßansprüche zu verlangen; doch ist hierbei zu bemerken, daß, da nach § 268 jetzt, im Gegensatz zum früheren Recht, die dort bezeichnete Minderheit auf $^1/_{10}$ fixiert ist, eine Difformität eingetreten ist, weil durch Erhebung der Klage schon eine Minderheit von $^1/_{10}$ Vergleiche verhindern kann (§ 270 und Pinner 80).

Über das Stimmrecht in dieser Generalversammlung bestimmt § 252. Die Personen, mit denen der Vergleich geschlossen werden soll, sind hiernach nicht stimmberechtigt; wohl aber sind es die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, wenn es sich nicht um einen Vergleich mit ihnen handelt. Der Umstand, daß sie subsidiär haften, schließt sie von der Abstimmung nicht aus (Lehmann-Ring Nr. 1; Pinner 81). Die abweichende Ansicht Petersen-Pechmanns 98; Goldmanns Anm. 6 und Behrends § 113 Anm. 18 beruht auf der unrichtigen Annahme, die Beschränkungen des § 252 seien im Zweifel so weit wie möglich auszulegen. Im Gegenteil: das Stimmrecht, das oberste Recht des Aktionärs, darf nicht über Gebühr eingeschränkt werden. Wer allerdings mit dem RG. 55, 75 annimmt, daß bei der Decharge eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes die anderen Mitglieder nicht mitstimmen dürfen, wird auch hier zur Entziehung des Stimmrechts kommen müssen (vgl. über das Erk. Anm. 10 zu § 560).

Anm. 3. 3. **Vergleiche oder Verzichte,** zu denen auch Dechargeerteilung gehören, **die ohne diese Voraussetzungen abgeschlossen werden, sind unzulässig, d. h. nichtig** (KB. z. AGes. v. 1884, 13; § 134 BGB.). Kein Teil, auch nicht der entlastete Gründer, ist daran gebunden; letzterer kann es daher trotz des Vergleichs auf einen Prozeß ankommen lassen. Der Vertrag wird auch nicht durch Ablauf der 5 Jahre gültig. Er kann nur bestätigt, d. h. neu vorgenommen werden (§ 141 BGB.). Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß ein Vergleich schon vor Ablauf der 5 Jahre vorbehaltlich Zustimmung einer nach Ablauf der Zeit abzuhaltenden Generalversammlung abgeschlossen wird. Es ist dann anzunehmen, daß der Regreßpflichtige gebunden ist, bis die 5 Jahre abgelaufen sind und eine Generalversammlung hat stattfinden können. Die Gesellschaft muß aber in solchem Falle darauf achten, daß nicht die Verjährung des § 206 für den Fall der Nichtannahme des Vergleichs eintritt. Sie wird daher die angestellte Klage nicht zurücknehmen dürfen, sondern sie läßt sie bis zur Entscheidung über den Vergleich ruhen.

Anm. 4. Allein es gilt dies nur von Vergleichen und Verzichten, d. h. von Rechtsgeschäften, welche die nach dem Zivilrecht erforderlichen Voraussetzungen dieser Rechtsgeschäfte enthalten (§§ 779 u. 397 BGB.). Gleichgültig ist es hiernach zwar, ob es sich um einen gerichtlichen oder einen außergerichtlichen, schriftlichen oder mündlichen Akt handelt. Aber es muß eine wirkliche Verzichterklärung, ein wirklicher Vergleichsvertrag vorliegen. Dechargeerteilung gehört hierher (vgl. § 397 Abs. 2 BGB.).

Anm. 5. Eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle ist dagegen nicht statthaft. Eine auf Dechargeerteilung gerichtete Klage des Gründers, die innerhalb der ersten 5 Jahre erhoben ist, oder die die Behauptung der Zustimmung der Generalversammlung nicht enthält, ist hiernach allerdings auch bei Versäumnis der Gesellschaft abzuweisen (zust. Pinner 80). Aber wenn dies nicht geschehen ist, wenn nach kontradiktorischer oder Versäumnisverhandlung ein Urteil gegen die Gesellschaft ergangen und rechtskräftig geworden ist, so muß es hierbei sein

Bewenden behalten. Eine Verzichtserklärung liegt überall nicht vor. In die Vorschriften über § 205. die Rechtskraft der Urteile sollte durch den vorliegenden Artikel nicht eingegriffen werden (übereinst. Behrend § 113 Anm. 21; Pinner 80; Rudorff 162; anderer Meinung Kayser Anm. 1; Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann Anm. 5).

Richtig ist allerdings, daß hierdurch die Möglichkeit einer Kollusion und Schädigung der Gesellschaft gegeben ist. Dagegen ist eben die Gesellschaft hier so wenig, wie in anderen Fällen, in denen der Vorstand sie schädigen will, geschützt. Selbstverständlich haftet der Vorstand, der sich einer derartigen Handlungsweise schuldig macht, auf Schadensersatz.

Wenn umgekehrt die Gesellschaft einen Regreßanspruch geltend macht und den Termin Anm. 6. versäumt, so ist nach den Regeln der Prozeßordnung ein klageabweisendes Versäumnisurteil zu erlassen, das ev. in Rechtskraft übergeht (übereinst. Behrend § 113 Anm. 21; Pinner 80). Mit Unrecht berufen sich Petersen-Pechmann (98) und Willenbücher (202) zum Beweise für das Gegenteil darauf, daß das klageabweisende Versäumnisurteil auf der Annahme eines Verzichts beruht. Denn immerhin liegt doch kein wirklicher Verzicht vor, und überdies vermag der Prozeßrichter nicht zu prüfen, ob nicht deshalb ein Termin versäumt ist, weil sich die Gesellschaft von der Unbegründetheit ihres Anspruchs überzeugt hat.

Auf ähnlichen Erwägungen beruht es, daß der von der verantwortlichen Person ge- Anm. 7. schlossene gerichtliche Zwangsvergleich die Gesellschaft bindet, auch wenn sie nicht zugestimmt hat (über die Zustimmungserklärung vgl. Anm. 2). Es liegt eben keine Verzichtserklärung, sondern die gesetzliche Rechtsfolge eines Zwangsvergleichs vor; der vorliegende Paragraph beschäftigt sich aber nur mit der Gültigkeit freiwilliger Verzichte. Für den Zwangsvergleich darf aber der Vorstand nur stimmen, soweit die Voraussetzungen des § 205 vorliegen. Der Konkursrichter hat auch diese Voraussetzungen zu prüfen, da § 205 eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes auch nach außen enthält.

Andererseits ist der Paragraph nicht auszudehnen auf andere Fälle der Anm. 8. Verantwortlichkeit der Gründer, als auf die in §§ 202—204 vorgesehenen. Ansprüche gegen die Gründer aus anderen Rechtsgründen, z. B. aus einer Dividendengarantie, sind den Vergleichen ohne Beschränkung zugänglich (Bolze 11 Nr. 475). Man muß hiernach auseinanderhalten, ob die Ansprüche auf §§ 202—204 oder auf anderen Rechtsgründen, etwa auf dicta et promissa beruhen. Hatte z. B. ein Gründer eine Dividendengarantie oder eine Gewährleistung für eingebrachte Außenstände übernommen und es ist dies in der Gründererklärung angegeben, so ist die Angabe richtig — denn die Garantie ist wirklich übernommen —, der etwaige Anspruch stützt sich auf einen anderen Rechtsgrund. Das gleiche gilt, wenn der Einbringer für den eingebrachten Gegenstand nur seine Selbstkosten berechnen sollte und ihn zu ordentlichen Tagespreisen eingebracht hat. Eine bösliche Schädigung liegt in solchem Falle nicht notwendig vor, wohl aber jedenfalls eine Haftung, aber aus anderem Rechtsgrunde. Oft konkurrieren beide Rechtsgründe (der Einbringer versichert z. B., zu Selbstkostenpreisen eingebracht zu haben, und bringt zu außergewöhnlich hohen Preisen ein). In solchem Falle läßt ein etwa geschlossener Vergleich den Anspruch der Gesellschaft aus böslicher Schädigung, soweit er durch den Vergleich nicht befriedigt ist, als Rest bestehen.

4. **Die Frist**, innerhalb deren regelmäßig auch mit Zustimmung der Generalversammlung der Anm. 9. Vergleich ungültig ist, beträgt 5 Jahre nach Eintragung der Gesellschaft. Regelmäßig wird alsdann der Regreßanspruch der Gesellschaft verjährt sein (vgl. § 206) und die Vergleichs- und Verzichtsfrage wird daher regelmäßig nicht praktisch sein. Doch kann ja die Verjährung unterbrochen sein (vgl. Anm. 3).

Die Fristbeschränkung findet ausnahmsweise nicht statt — aber auch nur die Fristbeschränkung ist ausgenommen, die Zustimmung der Generalversammlung und der Nichtwiderspruch der Minderheit sind auch dann erforderlich — wenn der Verpflichtete zahlungsunfähig geworden ist und sich zur Abwendung oder zur Beseitigung des Konkurses mit seinen Gläubigern vergleicht. Gemeint ist einmal ein Zwangsvergleich im Konkurse, denn dieser dient eben zur Beseitigung des Konkurses (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2; Goldmann Anm. 2,

§ 205. gegen Staub GmbH. Anm. 17 zu § 9). Sodann ist der außergerichtliche **Vergleich zur Abwendung des Konkurses** gemeint, d. h. ein Vergleich, geschlossen von einem Schuldner, in dessen Person die Voraussetzung der Konkurseröffnung eingetreten ist, gleichgültig, ob ein Konkursantrag gestellt oder beabsichtigt ist, und gleichgültig, ob der Schuldner sich mit allen seinen Gläubigern vergleicht und mit allen gleichmäßig, wenn dies nur mit der Gesamtheit der Gläubiger geschieht (KB. z. AGes. v. 1881, 13; Behrend § 113 Anm. 20). Solche außergerichtliche Vergleiche zur Abwendung des Konkurses spielen im kaufmännischen Leben eine große Rolle, und es hält nicht schwer, festzustellen, wann die Voraussetzungen desselben vorhanden sind.

Anm. 10. **Zusatz 1.** Die Beschränkungen des vorliegenden Paragraphen greifen nur Platz bei Ansprüchen aus §§ 202—204, **nicht bei Ansprüchen an die Gründer aus anderen Rechtsgründen** (z. B. aus einer von ihnen übernommenen Dividendengarantie, siehe hierüber Anm. 8).

Anm. 11. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Der vorliegende Paragraph findet auf alle die Regreßansprüche Anwendung, die seit dem 1. Januar 1900 entstanden sind; er findet aber auch auf früher entstandene Regreßansprüche Anwendung, wenn die kürzere Frist des früheren HGB. bei Inkrafttreten des jetzigen HGB. noch nicht vollendet war, weil die Vorschrift des § 205 zwingenden Charakter hat (OLG. in Köln in RheinA. 99, 160 und RG. bei Holdheim 12, 97 gegen 6./7. Aufl.).

§ 206.

§ 206. **Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.**

Anm. 1. 1. **Geregelt ist hier nur der Beginn der Verjährung.** Die Verjährung beginnt mit der Eintragung. Ob der Anspruch schon entstanden ist, ob er fällig ist oder nicht, ist gleichgültig für den Beginn dieser Verjährung. § 198 BGB. findet hier keine Anwendung (Pinner 81).

Anm. 2. 2. Auf die vorliegende Verjährung finden im übrigen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung Anwendung (vgl. daher Anm. 12ff. zu § 159).

Anm. 3. 3. Auch bei Betrug und Untreue greift die Verjährung Platz (Behrend § 113 Anm. 24).

Anm. 4. 4. Aber andererseits greift die Verjährung nur Platz auf die in den §§ 202—204 vorgesehenen Ansprüche, nicht etwa auf andere Ansprüche an die Gründer, z. B. aus einer von ihnen übernommenen Dividendengarantie (vgl. Bolze 11 Nr. 475). S. hierüber Anm. 8 zu § 205.

Anm. 5. **Zusatz. Übergangsfrage.** Dieser Paragraph findet nur auf die nach dem 31. Dezember 1899 entstandenen Regreßansprüche statt. Auf die früher entstandenen Ansprüche ist Art. 169 EG. z. BGB. wegen der Verjährung anwendbar (vgl. Anm. 8 zu § 160).

§ 207.

§ 207. **Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Theil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden.**

Vor der Beschlußfassung hat der Aufsichtsrath den Vertrag zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung schriftlich Bericht zu erstatten.

Der Beschluß, durch welchen dem Vertrage die Zustimmung ertheilt wird, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Wird der Vertrag im ersten Jahre nach

der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen, so müssen außerdem die Antheile der zustimmenden Mehrheit mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen. § 207.

Nach erfolgter Zustimmung der Generalversammlung hat der Vorstand den Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift mit dem Berichte des Aufsichtsraths nebst dessen urkundlichen Grundlagen zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

Bildet der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens, so finden auf einen solchen Erwerb die Vorschriften der Abs. 1 bis 4 keine Anwendung. Das Gleiche gilt für den Erwerb von Grundstücken im Wege der Zwangsversteigerung.

Lit.: Krüger, Die Nachgründung im deutschen Aktienrechte, Borna-Leipzig 03.

Einleitung. **Der Paragraph trifft erschwerende Sonderbestimmungen für sogenannte Nachgründung durch Übernahmen.** Der Gesetzgeber will verhüten, daß die für Sacheinlagen und Übernahmen bei der Gründung getroffenen Sondervorschriften dadurch umgangen werden, daß zunächst eine reine Geldgesellschaft gegründet und nach der Eintragung der Erwerb der Anlage durch den zur uneingeschränkten Vertretung legitimierten Vorstand mittels einfachen Vertrages stattfindet. Geschieht dies kurz nach der Gründung, so liegt der Verdacht vor, daß der Erwerb schon vorher mit den Gründern geplant und für später hinausgeschoben ist. Deshalb sind für die kurz nach der Gründung zu schließenden Übernahmeverträge erschwerende Bedingungen vorgeschrieben, für deren Anwendung es aber gleichgültig ist, ob jener Verdacht begründet ist oder nicht, ob also der Übernahmevertrag vor oder bei der Gründung geplant war oder nicht. Die Regelung der Nachgründung ist auch lediglich äußerstes Schutzmittel gegen Umgehung. Aus der Einfügung dieses Notbehelfes folgt nicht, daß der Registerrichter verhindert ist, durch Weigerung der Eintragung die Befolgung der normalen Gründungsvorschriften des § 186 zu erzwingen, falls er nach der Sachlage den berechtigten Verdacht der Umgehung derselben schöpft, wenn er z. B. sieht, daß die Geldgesellschaft zwar äußerlich als reine Gesellschaft gegründet wird, in Wahrheit aber der ganze Gründungsplan darauf abzielt, das Unternehmen auf der Basis bestimmter in Aussicht genommener Übernahmeobjekte zu betreiben (KGJ. 10, 32; BayObLG. bei Holdheim 5, 202 und Anm. 18 zu § 186). Die entgegengesetzte Meinung Pinners (82, 83) kann nicht mehr aufrecht erhalten werden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß das Gesetz durch die Vorschriften der §§ 206 u. 207 „jene Umgehung gestattet", es will nur mit ihnen in gewissen Grenzen hindernd wirken, wenn seine Vorbeugungsmaßregeln mißachtet und erfolglos geblieben sind. Dagegen ist lediglich § 207, nicht § 186 anzuwenden, wenn es sich nicht um bestimmte Abmachungen unter den Gründern, sondern um unverbindliche Absichten und Pläne handelt (a. A. KGJ. 25 A S. 85; vgl. hierzu Anm. 18 zu § 186).

Der Gegenstand wird wie folgt geregelt:

1. Begriff der Nachgründungsverträge und allgemeine Voraussetzung ihrer Gültigkeit (Abs. 1).
2. Erfordernisse des zur Gültigkeit des Vertrages erforderlichen Generalversammlungsbeschlusses (Abs. 2 u. 3).
3. Gebot der Einreichung von Aufsichtsratsbericht und Generalversammlungsbeschluß zum Handelsregister (Abs. 4).
4. Ausnahmen (Abs. 5).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Begriff der Nachgründungsverträge und allgemeine Voraussetzung ihrer Gültigkeit.**

a) Begriff der Nachgründungsverträge. Es sind dies Verträge, durch die die Gesellschaft in den ersten zwei Jahren seit ihrer Eintragung Anlagen oder unbewegliche Gegenstände für

§ 207. eine mehr als $^1/_{10}$ des (nominellen, nicht des eingezahlten) Grundkapitals betragende Vergütung erwerben soll. Unter „Erwerb herzustellender Anlagen" ist im wesentlichen der Abschluß eines Werkvertrages zu verstehen; nicht unter den Begriff fällt es, wenn die Gesellschaft eine Anlage in eigener Regie ausführt und einzelne Dienste vergibt (Pinner 83).

Für das Verhältnis des Grundkapitals ist die Zeit des Erwerbs entscheidend, nicht der Tag der Generalversammlung, wenn inzwischen das Kapital erhöht sein sollte (anders Rudorff 163). Für die Frist entscheidend ist die Eintragung der Gesellschaft einerseits, der Abschluß des Erwerbsvertrages andererseits. Umgehung der Vorschrift durch mehrere Sukzessiverwerbungen macht die Geschäfte ungültig (Behrend § 134 Anm. 6). Obwohl die Vorschrift einer Umgehung des § 186 vorbeugen will, so ist der Kreis der Gegenstände, um die es sich hier handelt, doch enger gefaßt als dort. Während dort die Rede ist von Anlagen oder sonstigen Vermögensstücken, spricht der vorliegende Paragraph nur von Anlagen oder unbeweglichen Gegenständen.

Anm. 2. Was unter unbeweglichen Gegenständen zu verstehen ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach dem BGB. sind es nur Grundstücke und das Erbbaurecht (§ 1017 BGB.), dagegen nicht Schiffe (§§ 435, 1259 BGB.). Im übrigen entscheidet das Landesrecht.

Anm. 3. Unter Anlagen ist an sich schon jeder dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmte körperliche Gegenstand zu verstehen, der sich als im Zusammenhang mit den charakteristischen Zwecken der Gesellschaft befindlich darstellt (zust. Rudorff 163; Behrend § 134 Anm. 8). Um diese Begriffsbestimmung festzulegen, spricht das Gesetz tautologisch von „Anlagen, die dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind". Es scheiden hiernach Waren aus, ferner Patente und sonstige Rechte. Wertpapiere werden nur ausnahmsweise unter diese Vorschrift fallen, z. B., wenn die Gesellschaft Aktien einer anderen Gesellschaft erwirbt, um sie dauernd zu behalten. Willkürlich ist es, wenn Kayser (Anm. 5 zu Art 213 f), Petersen und Pechmann (102) und Förtsch (Anm. 3 zu Art. 180 e) unter Anlagen nur solche Vermögensstücke verstehen, die mit dem Grund und Boden verbunden sind. Warum sollten Maschinen, die mit dem Grund und Boden nicht verbunden sind, nicht als Anlagen gelten?

Anm. 4. Bei Bergwerken kann die Anwendung des § 207 dadurch vermieden werden, daß eine Gewerkschaft neueren Rechts gegründet wird, deren mobile Kuxe die AG. erwirbt. Indessen ist § 208 auf diesen Fall anwendbar (Herz bei Holdheim 1, 111).

Anm. 5. b) Allgemeine Voraussetzung der Gültigkeit von Nachgründungsverträgen. Diese Voraussetzung ist die Zustimmung der Generalversammlung. Was zur Gültigkeit dieser gehört, ist in den folgenden Absätzen gesagt. Hier ist nur zu erwähnen, daß ohne diese Zustimmung der Nachgründungsvertrag nicht gültig, also nichtig, für beide Teile unverbindlich ist. Es liegt darin eine gesetzliche Ausnahme von der an sich unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Gesellschaftsvorstandes. Die Sache liegt anders, als wenn der Vorstand statutarisch beschränkt ist. Eine Beschränkung der letzteren Art gilt nur nach innen (vgl. Behrend § 134 Anm. 7); hier aber liegt eine gesetzlich festgelegte, auch nach außen wirkende Beschränkung vor. Der Grundbuchrichter kann daher wohl die Auflassung beurkunden, da die Genehmigung nachträglich noch erfolgen kann; er darf aber, bis alle Bedingungen erfüllt sind, die Eintragung nicht vornehmen. Die gleichwohl erfolgende Eintragung ist nichtig (Pinner 85; Rudorff 164; Lehmann-Ring Nr. 7; anders Behrend § 134 Anm. 7; Goldmann Anm. 10; Krüger 33 Anm. 2). Bei Weiterveräußerung tritt allerdings der Schutz des guten Glaubens nach § 892 BGB. ein. — Auch die Erfüllung eines solchen Vertrages ist unzulässig und kann zurückgefordert werden gemäß § 812 BGB.; der § 817 BGB. steht nicht entgegen, weil nicht die Gesellschaft geleistet hat, sondern der Vorstand außerhalb seiner Vertretungsbefugnis (vgl. RG. in JW. 99, 342 nach altem Rechte). — Der nichtige Vertrag wird auch durch den Ablauf der 2 Jahre nicht gültig, sondern müßte neu abgeschlossen werden (§ 141 BGB.).

Anm. 6. 2. (Abs. 2 und 3.) **Erfordernisse des zur Gültigkeit des Vertrages erforderlichen Generalversammlungsbeschlusses.** In dieser Beziehung ist ein Bericht des Aufsichtsrats und eine

qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben. Doch ist nicht alles gleichmäßig erheblich. Vielmehr muß wie folgt unterschieden werden: **§ 207.**

a) Unbedingtes Gültigkeitserfordernis des Nachgründungsvertrages ist ein gültiger Zustimmungsbeschluß. Dieser kann vor dem Vertrage oder nachher gefaßt werden (vgl. §§ 182 ff. BGB.). Dies letztere ist insbesondere deshalb wichtig, weil in der Praxis § 207 häufig übersehen wird. In diesem Fall ist die Nachholung also statthaft. Der Beschluß setzt nach Abs. 3 qualifizierte Mehrheit voraus (für ihre Berechnung vgl. die Erl. zu § 275). Ist sie nicht vorhanden, so liegt ein gültiger Beschluß der Generalversammlung nicht vor. Es ist nihil actum. Der trotzdem abgeschlossene Erwerbsvertrag ist ungültig (vgl. Anm. 5). Für den Beschluß gelten natürlich auch die sonstigen Vorschriften über Generalversammlungsbeschlüsse, aber auch die sonstigen Vorschriften über die Wirkungen von Gesetzes- und Statutenverletzungen bei Fassung von Beschlüssen. Es gilt also insbesondere die allgemeine Abstimmungsvorschrift des § 252, daß die, von denen der Gegenstand erworben werden soll, nicht mitstimmen dürfen; es beantwortet sich aber auch aus allgemeinen Grundsätzen die Frage, ob solche Gesetzesverletzung durch Nichtanfechtung geheilt wird.

b) Hat die vorgesehene Mehrheit einen Beschluß gefaßt, so ist zur Gültigkeit des Beschlusses weiter vorausgesetzt, daß der Aufsichtsrat vorher schriftlich Bericht erstattet hat. Der Bericht wird insbesondere auch die Angemessenheit der Vergütung erörtern müssen (Makower I 438). Fehlt dieser Bericht, so liegt Verletzung des Gesetzes nach § 271 vor und der Beschluß unterliegt der Anfechtung, wird aber gültig, wenn von der Anfechtung kein Gebrauch gemacht wird. Der so geheilte Beschluß macht den Nachgründungsvertrag gültig. Es ist also der Aufsichtsratsbericht kein unbedingtes Erfordernis (so allgemeine Ansicht). Über die Prüfung des Aufsichtsrats s. noch Anm. 12. Anm. 7.

c) In keiner Weise aber gehört zur Gültigkeit des Nachgründungsvertrages die Einreichung des Beschlusses und des Berichts zum Handelsregister. Diese ist nicht zur Gültigkeit, sondern nur als Ordnungsvorschrift geboten. Anm. 8.

3. (Abs. 4.) **Gebot der Einreichung von Aufsichtsratsbericht und Generalversammlungsbeschluß zum Handelsregister.** Darüber ist vorstehend gesprochen. Eine Eintragung des Beschlusses ist nicht angeordnet, noch weniger eine Veröffentlichung. Der Registerrichter hat auch die Rechtsgültigkeit nicht zu prüfen (vgl. zu § 319 und Krüger 40 Anm. 1). Anm. 9.

4. (Abs. 5.) **Ausnahmen** finden statt beim Erwerb von Grundstücken (also nicht von Anlagen), wenn entweder der Gegenstand des Unternehmens auf den Erwerb von Grundstücken gerichtet ist, oder der Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung geschieht. Anm. 10.

a) Wenn der Gegenstand des Unternehmens auf den Erwerb von Grundstücken gerichtet ist. Es bezieht sich das lediglich auf solche Gesellschaften, zu deren Gegenstand der Erwerb von Grundstücken im allgemeinen gehört. Nicht hierher gehören die Gesellschaften, die Grundstücke erwerben sollen und müssen, um auf ihnen das Unternehmen zu betreiben, für das sie errichtet sind, und deshalb mißbräuchlicherweise den Erwerb dieser Grundstücke neben dem Betriebe, dem diese dienen sollen, als Gegenstand ihres Unternehmens bezeichnen (z. B. Gegenstand des Unternehmens ist der Erwerb und Betrieb der dem Kommerzienrat A. W. gehörigen Etablissements). Solche Gesellschaften sind es vielmehr gerade, in deren Interesse die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen gegeben sind (Behrend § 134 Anm. 14; RGJ. 10, 33; BayObLG. bei Holdheim 5, 201). Auch dann, wenn im Statut der Erwerb eines bestimmten Etablissements „und anderer Grundstücke" als Gegenstand bezeichnet ist, nach der ganzen Sachlage aber keine wirkliche Terraingesellschaft beabsichtigt war, liegt die Ausnahme nicht vor (BayObLG. bei Holdheim 5, 201). Andererseits muß der Erwerb von Grundstücken als Gegenstand des Unternehmens besonders hervorgehoben sein, die Bezeichnung „Handelsgeschäfte aller Art", falls sie überhaupt zulässig ist (vgl. Anm. 18 zu § 182), würde nicht genügen, um die Ausnahme zu begründen (Makower I 437).

b) Wenn der Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung geschieht. Das Wort Zwangsversteigerung ist statt des Wortes Zwangsvollstreckung im früheren Art. 213f gesetzt. Anm. 11.

§ 207. Es ist nicht eine beliebige Zwangsversteigerung gemeint, sondern eine solche, bei der die Gesellschaft auch sonst beteiligt ist, zwar nicht gerade notwendig eine solche, die erfolgt als Folge der Beitreibung einer der Gesellschaft zustehenden Forderung; es genügt vielmehr, daß es eine solche ist, bei der die Gesellschaft als Gläubigerin beteiligt ist (zust. Makower I 437; dagegen Rudorff 164). Die Versteigerung durch den Konkursverwalter genügt. Auch die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung genügt.

Anm. 12. **Zusatz 1. Die Prüfungspflicht des Aufsichtsrats und die Folge ihrer Verletzung** richtet sich hier nach den allgemeinen Vorschriften des § 249, nicht nach der besonderen Gründungsvorschrift des § 204 (KB. z. AGes. von 1884, 14). Die Haftung ist hier keine subsidiäre (Pinner 84).

Anm. 13. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Auch auf bestehende Gesellschaften findet die Vorschrift Anwendung (Anm. 2 ff. zu § 178).

§ 208.

§ 208. **Erwirbt die Gesellschaft vor dem Ablaufe der im § 207 Abs. 1 bezeichneten Frist Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung, so kommen in Betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in Betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§ 202, 205, 206 zur Anwendung.**

Lit. vgl. zu § 208.

Einleitung. **Sinngemäße Ausdehnung der Gründungsverantwortlichkeit auf Erwerbsgeschäfte, die vor der Gründung geplant werden.** Bei richtigem Verfahren müssen solche Abreden in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Ist dies unterblieben, so sollen wenigstens die Schutzvorschriften des vorliegenden Paragraphen Platz greifen.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift bezieht sich auf alle Arten von Erwerbsgeschäften, nicht nur auf den Erwerb von Anlagen und Grundstücken (anders der frühere Art. 213f).

Es kommen hiernach in den ersten zwei Jahren nach der Eintragung zur Anwendung:

a) §§ 207 und 208, wenn der Erwerb von Anlagen und Grundstücken für mehr als $^1/_{10}$ des Grundkapitals infolge vorheriger Verabredung erfolgt,

b) nur § 207, wenn Anlagen und Immobilien für jenen Preis, aber ohne vorherige Vereinbarung erworben werden,

c) nur § 208, wenn andere Gegenstände zu irgendeinem Preise, aber auf Grund vorheriger Vereinbarung erworben werden, oder wenn der Erwerb von Grundstücken in einem der Fälle des § 207 Abs. 5, aber nach vorheriger Vereinbarung erfolgt.

Anm. 2. 2. Die Vorschrift bezieht sich auf alle Arten von Gesellschaften; Terraingesellschaften, also die Fälle des § 207 Abs. 5, sind nicht ausgenommen (anders früher Art. 213f).

Anm. 3. 3. Erforderlich ist nur, daß die Vereinbarungen vor der Eintragung der Gesellschaft erfolgt waren (nicht wie früher vor der Errichtung). Von „Gründern" muß sie erfolgt sein, nicht von „den Gründern". Das will sagen: Ob die Vereinbarung mit allen Gründern getroffen ist, ist gleichgültig. Es handelt sich nur um den tatsächlichen Zusammenhang mit der Gründungsgeschichte der Gesellschaft (Behrend § 134 Anm. 11). Deshalb ist auch eine besondere Umgehungsabsicht nicht erforderlich, um den Paragraphen zur Anwendung zu bringen.

Anm. 4. 4. Die Verantwortlichkeit ist nur angeordnet gegenüber der Gesellschaft und nur für die Gründer und Gründergenossen des § 202, nicht auch für die Emissionshäuser, noch für die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats. Diese Personen haften nach sonstigen Vorschriften.

Der Hinweis auf § 202 bedeutet im großen und ganzen, da die übrigen Voraussetzungen des § 202 hier nicht zutreffen, nur den Fall der böslichen Schädigung (Makower I 440; Pinner 87).

Der Umfang der Schadensersatzpflicht regelt sich so wie im § 202.

Anm. 5. **Zusatz. Übergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 13 zu § 207.

§ 209.

Aktien oder Interimsscheine, die auf einen geringeren als den nach § 180 zulässigen Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber haften den Besitzern für den durch die Ausgabe verursachten Schaden als Gesammtschuldner. — § 209.

Das Gleiche gilt im Falle der Ausgabe von Interimsscheinen, die auf den Inhaber lauten, sowie im Falle der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph spricht die Folgen der Zuwiderhandlungen gegen einige aktienrechtliche Verbote aus**: nämlich 1. gegen das Verbot der Ausgabe von Aktien unter einem gesetzlichen Mindestbetrage (Abs. 1), 2. gegen das Verbot der Ausgabe von Interimsscheinen auf den Inhaber (Abs. 2), 3. gegen das Verbot der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Folgen der Verletzung des Verbots der Ausgabe von Aktien unter dem gesetzlichen Mindestbetrage.**

a) Das Verbot ist im § 180 enthalten und dort erläutert. Dort ist es allerdings in die Form eines Gebots gekleidet: Die Aktien müssen auf mindestens 1000, in gewissen Ausnahmefällen auf mindestens 200 Mk. lauten.

Anm. 2. b) Die Folge der Verletzung dieses Verbots ist:

α) Nichtigkeit der trotzdem ausgegebenen Aktien. Welche Wirksamkeit diese Nichtigkeit auf die über eine solche Aktie getroffenen Geschäfte hat, kann allgemein nicht gesagt werden. Das richtet sich nach der Natur des abgeschlossenen Geschäfts und dem konkreten Parteiwillen. Beim Kauf und anderen Veräußerungsverträgen treten die Vorschriften über Mängelhaftung ein (§§ 437, 445 BGB.; anderer Ansicht Jacoby, Wertpapiere 348, der annimmt, daß der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig ist). Der zeitige Besitzer hat danach zweierlei Rechte: an den Vormann aus dem Rechtsgeschäfte und an den Ausgeber aus der unzulässigen Ausgabe. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß er beide Recht nebeneinander ausübt. Vom Vormann verlangt er Zurücknahme der Aktie, vom Ausgeber Schadensersatz (vgl. Pinner 89). Der ursprüngliche Zeichner aber hat den Anspruch an die Gesellschaft auf Ausgabe einer richtigen Aktie.

Wenn nicht nur die Aktienurkunde fehlerhaft, sondern das Aktienkapital selbst unrichtig zerlegt ist, so liegt ein Fall der Nichtigkeit im Sinne des § 309 vor. Dies hat weitere Folgen, über welche zu § 309 gehandelt wird.

Anm. 3. β) Schadensersatzpflicht der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern.

αα) Die Ausgeber sind die, denen die Ausgabe von Aktien obliegt. Diese allein sind die Ausgeber, andere Personen können vielleicht bei der Ausgabe mitwirken, aber sie geben die Aktien nicht aus. Ausgabe von Aktien ist die Ausreichung der Aktienurkunden an den ersten Aktionär durch das hierzu legitimierte Gesellschaftsorgan zu dem Zweck, um dem ersten Aktionär die ihm zustehende urkundliche Legitimation als Aktionär zu verschaffen. Eine Ausgabe von Aktien liegt nicht in der Pfandstellung, mag das Aktienrecht, das die Aktienurkunden verbriefen soll, bereits für eine dritte Person entstanden sein oder nicht. Im letzteren Falle ist der Verpfändungsakt gegenstandslos, da das Aktienrecht, das verpfändet werden soll, noch gar nicht existiert, die Urkunde also inhalts- und deshalb wertlos ist. Im ersteren Falle erfolgt die Ausreichung nicht an den ersten Aktionär und soll ihn gar nicht als Aktionär legitimieren. Als Ausgeber sind nicht zu betrachten etwaige Beamte der Gesellschaft (anders Petersen-Pechmann 139; Makower I 442). Ob diese als Gehilfen in strafrechtlichem Sinne gelten, kommt hier nicht in Betracht. Noch weniger sind als Ausgeber die Aktionäre anzusehen, die einem derartigen Beschlusse in der Generalversammlung zustimmen (anders Völdernborff 504). — Ob auch die Gesellschaft haftet, richtet sich nach sonstigen Grundsätzen (vgl. die Erl. zu § 232).

§ 209.

Anm. 4. ββ) Den Besitzern sind sie verantwortlich, also den zeitigen Besitzern (v. Hahn I 607; Behrend § 109 Anm. 14), nicht auch den früheren Besitzern. So lange die Aktien in der Hand eines späteren Erwerbers sind, kann der frühere Erwerber keinen Schadensersatz geltend machen. Er mag seinem Nachmann den Schaden ersetzen und auf diese Weise in den Besitz der Aktie zurückgelangen. Außerdem aber kann der Ausgeber von mehreren, die nach einander den Besitz erworben haben, selbständig auf Grund allgemeiner Grundsätze auf Schadensersatz belangt werden (vgl. Makower I 442). — Der ursprüngliche Zeichner hat im allgemeinen kein Recht auf Schadensersatz, da er ja den Anspruch auf Lieferung einer gültigen Aktie hat. Doch kann für ihn ein Schaden durch verzögerte Ausgabe der gültigen Aktie eingetreten sein oder durch den Regreß, den sein Nachmann gegen ihn genommen hat.

Anm. 5. Unter Besitzer ist hier nicht der Besitzer im technischen Sinne des § 854 BGB., sondern mehr der Inhaber nach § 793 BGB. gemeint, d. h. der, der zur Zeit aus der Urkunde zur Geltendmachung der Rechte legitimiert ist (Gareis Anm. 5 zu § 209; dagegen Goldmann Anm. 11; Lehmann-Ring Nr. 6).

Anm. 6. γγ) Der Ersatz des Schadens besteht in der Erstattung alles dessen, was der Besitzer durch Ausgabe der ungültigen Aktie eingebüßt hat, sei es auch an entgangenem Gewinn. Das folgt aus § 252 BGB. Hat er die Aktie unter dem gesetzlichen Mindestbetrag erworben, so besteht sein Schaden in dem von ihm ausgelegten Betrage, es sei denn, daß er nachweisen kann, er habe eine Kurssteigerung unbenutzt vorübergehen lassen müssen (vgl. ROHG. 22, 218; v. Hahn I 607).

Anm. 7. Auf diese Schadensersatzpflicht greifen die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Schadensersatz (§§ 249—254) und über außervertragliche Schadensersatzansprüche Platz. Hierbei sind insbesondere hervorzuheben § 254 BGB. (auch ein etwaiges konkurrierendes Versehen des Besitzers ist in Betracht zu ziehen) und § 852 BGB. (dreijährige Verjährung seit Kenntnis des Schadens und des Schadensstifters; spätestens aber 30jährige Verjährung seit der Ausgabe der Aktie).

Anm. 8. 2. (Abs. 2.) **Die Folgen der Verletzung des Verbots der Ausgabe von Interimsscheinen auf den Inhaber.**

a) Das Verbot ist enthalten in § 179 Abs. 3.

b) Die Folgen der Verletzung dieses Verbots sind:

α) Nichtigkeit des Interimsscheins. Daraus folgt aber nicht, daß der Urzeichner, der einen Interimsschein auf den Inhaber erhält, keine Rechte und keine Pflichten gegenüber der Gesellschaft habe. Seine Pflichten sind durch die Zeichnung entstanden, sein Recht auf Ausstellung eines gültigen Interimsscheins ist ihm durch die Ausgabe eines ungültigen nicht genommen (vgl. Gareis-Fuchsberger 392 Note 134 gegen Völderndorff 502). Die Übertragung eines Interimsscheins auf den Inhaber ist selbstverständlich ein juristisch bedeutungsloser Akt, der Übertragungsvermerk ist nichtig.

Anm. 9. β) Schadensersatz der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern.

Über diese Begriffe s. Anm. 3 ff. Insbesondere ist auch hier aufmerksam zu machen auf die Anwendbarkeit des § 254 BGB. Der Erwerb eines Interimsscheins wird meist ein konkurrierendes Versehen des Beschädigten darstellen. Denn wer sich auf Aktiengeschäfte einläßt, muß wissen, daß Interimsscheine auf den Inhaber nicht lauten dürfen.

Anm. 10. 3. (Abs. 2.) **Die Folgen der Verletzung des Verbots der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft.**

a) Das Verbot ist enthalten in § 200 Abs. 2.

b) Die Folgen des Verbotes sind:

α) Nichtigkeit der ausgegebenen Aktien oder Interimsscheine. Über die Wirkung dieser Nichtigkeit auf die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche über solche Aktien geschlossen werden, s. oben Anm. 2.

Jedenfalls aber ist die Aktie selbst nichtig; aber nicht nur die Aktienurkunde, sondern auch das Aktienrecht. Denn vor der Eintragung der Gesellschaft gibt es keine Aktiengesellschaft, also auch kein Aktienrecht. Durch die Eintragung der Gesellschaft entsteht das Aktienrecht, die Aktienurkunde selbst aber wird dadurch nicht gültig. Die verfrüht ausgegebene Aktienurkunde muß nach der Eintragung der Gesellschaft nochmals ausgegeben werden, wobei aber nicht formalistisch verfahren zu werden braucht. Jede Anerkennung der Urkunde, sofern sie noch in der Hand des ersten Zeichners sich befindet, als einer von der Gesellschaft ausgegebenen Urkunde wird genügen (Behrend § 109 Anm. 13a; Makower I 441; ähnlich RG. in JW. 96, 189). Weiter aber kann man nicht gehen. Man kann nicht dem Reichsgericht folgen, das durch die Eintragung der Gesellschaft die ungültige Aktie nachträglich mit der Wirkung gültig werden läßt, daß auch inzwischen eingegangene Rechtsgeschäfte dadurch gültig werden (RG. 10, 72; übereinst. Makower I 441; Behrend § 109 Anm. 13a und Jacoby, Wertpapiere 347). Die Vorschriften des BGB. über die Nichtigkeit treten jetzt unterstützend hinzu (§§ 134, 141 BGB.). § 209.

β) Schadensersatzpflicht der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern. Anm. 11.
Über diese Begriffe s. Anm. 3 ff. Auch hier ist unter anderem auf § 254 BGB. zu verweisen, nach dem konkurrierendes Versehen des geschädigten Aktienbesitzers in Betracht zu ziehen ist. Hat dieser z. B. gewußt, daß die Aktien vor der Eintragung der Gesellschaft ausgegeben worden sind, so wird der Schadensanspruch in der Regel fortfallen. Auch daß er jenen Umstand kennen mußte, wird regelmäßig von Erheblichkeit sein. Der Beweis des konkurrierenden Versehens liegt dem Ersatzpflichtigen ob.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 210.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. § 210.

Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.

Der vorliegende Paragraph setzt die juristische Selbständigkeit der Aktiengesellschaft fest (Abs. 1) und bestimmt, daß jede Aktiengesellschaft Handelsgesellschaft ist (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Die juristische Selbständigkeit der Aktiengesellschaft** besteht, wie schon anderweit gesagt ist (Anm. 22 zu § 178), darin, daß sie juristische Person ist. Die Charakterisierung der AGes. als juristische Person entsprach schon früher der herrschenden Ansicht, und sie wird jetzt bestätigt durch § 6 Abs. 2, der im unverkennbaren Hinblick auf die AGes. von „Vereinen" spricht, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt. Vereine aber sind juristische Personen (§ 21 BGB. und Überschrift dazu). Endlich ist das Hauptbedenken der Gegner (vgl. z. B. Canstein, Lehrbuch des Handelsrechts I 449), nämlich der Art. 216, nach dem jeder Aktionär einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögen der Gesellschaft hat, im neuen HGB. gestrichen (vgl. Lehmann I 236; Pinner 89). Aus der juristischen Persönlichkeit der AGes. ergeben sich die hier aufgezählten rechtlichen Fähigkeiten der Aktiengesellschaften von selbst. Anm. 1.

a) **Die Aktiengesellschaft hat als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten.**
Als einzelne rechtliche Fähigkeiten sind hervorzuheben:

α) Die Aktiengesellschaft als solche ist selbständige Trägerin von Recht und Pflicht. Anm. 2.
Damit ist unverkennbar angedeutet, daß die Aktiengesellschaft ein von den Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt sein soll. Sie als solche ist selbständig berechtigt und verpflichtet (vgl. Anm. 1).

§ 210. Anm. 3. β) „Ihre" Rechte und Pflichten hat sie. Das bedeutet: sie ist fähig zu allen den Rechten und Pflichten, die sich mit ihrer Eigenschaft als juristische Person vertragen; die, wie Lehmann, Aktienrecht I 254 zutreffend sagt, kraft ihrer Beschaffenheit nicht auf physische Personen zugeschnitten sind.

Anm. 4. Zunächst trifft dies auf Privatrechte und privatrechtliche Verpflichtungen zu. Ob es gerade vermögensrechtliche Verpflichtungen im eigentlichen Sinne sind, entscheidet hierbei nicht. So kann sie zwar familienrechtliche Befugnisse nicht haben, wohl aber ist sie des Namens- und Zeichenrechts, des Urheberrechts und des Erfinderrechts fähig. Sie kann auch Erbin und Legatarin sein (Lehmann, Aktienrecht I 256; vgl. § 2101 BGB. über die Frage, wenn die Aktiengesellschaft zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetragen ist). Sie kann auch Vollmachtträgerin sein, da hierzu die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters nicht gehört (§ 165 BGB.; OLG. Dresden in ZHR. 35, 242); es steht daher nichts entgegen, daß eine Aktiengesellschaft die Vertretung eines Aktionärs in einer Generalversammlung oder in einer Gesellschafterversammlung der G. m. b. H. übernimmt. Desgleichen können gegen sie Verpflichtungen der entsprechenden Art begründet werden; sie kann auch aus der Verletzung des Zeichenrechts, des Namensrechts, der Erfinderrechte, aus der Verletzung der Urheberrechte, wegen unlauteren Wettbewerbes verklagt und verurteilt werden. Ebenso kann sie als solche Mitglied eines Gläubigerausschusses werden (SeuffA. 3 F. V. 41; OLG. Dresden).

Anm. 5. Auf den Rechtsgrund der fraglichen Rechte und Verpflichtungen kommt es nicht an, ebensowenig auf den Gegenstand; die Gesellschaft ist nicht etwa nur soweit berechtigt und verpflichtet, als der Gegenstand ihres Unternehmens reicht (Anm. 10 zu § 235). Was die Verpflichtungen angeht, so haftet die Aktiengesellschaft für die Handlungen ihrer Vertreter, auch dann, wenn es Delikte sind (Erl. zu § 232), so daß sie also auch aus Delikten haften kann, allerdings nur privatrechtlich; sie kann nicht bestraft werden, auch nicht mit Geldstrafen (ROHG. 13, 291; RGSt. 16, 123 und 34, 377). Ebenso stehen ihr Rechte zu aus Delikten, die gegen sie begangen werden. Das letztere kann sehr wohl der Fall sein, so z. B. wenn ihre Urheberrechte verletzt werden. Nur freilich können nicht solche Delikte gegen sie begangen werden, die sich ihrem Wesen nach gegen eine physisch empfindende Person wenden. Daher können strafrechtlich verfolgbare Beleidigungen im allgemeinen nicht gegen die Aktiengesellschaft begangen werden (RGSt. 1, 178; 9, 2); wohl aber kann das Delikt der kreditgefährdenden Verleumdung gegen die Aktiengesellschaft begangen werden (Olshausen, Komm. z. StGB. zu § 187; Lehmann I 256), und zwar nicht nur mit der Wirkung, daß die Aktiengesellschaft auf Zahlung einer Buße antragen oder auf Entschädigung klagen kann, sondern auch mit dem Erfolge der Bestrafung (vgl. StrPO. § 414 Abs. 3). Desgleichen kann die Aktiengesellschaft aus §§ 1, 6, 7 u. 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs strafrechtlich vorgehen.

Anm. 6. Ob und inwieweit die Aktiengesellschaft öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten hat, unterliegt besonderen Vorschriften (über Ausübung politischer Rechte PrOVG. bei Holdheim 13, 51). Auch das HGB. legt ihr solche auf, z. B. die Führung der Bücher, die Ziehung der Bilanzen, die Eintragung der bei ihr vorkommenden Rechtsveränderungen. Andere öffentlichrechtliche Pflichten enthalten z. B. die Steuergesetze, die sozialpolitischen Versicherungsgesetze, das Haftpflichtgesetz. Ob aus der Verletzung solcher Verpflichtungen die Gesellschaft oder ihre gesetzlichen Vertreter oder beide haften, kann nur an der Hand jeder einzelnen Vorschrift beantwortet werden. Für Strafen haftet im allgemeinen die Gesellschaft nicht, weil sie keine Delikte begehen kann (RGSt. 5, 182; 16, 121 und 34, 377), aber für die sonstigen vermögensrechtlichen Leistungen (Steuern, Versicherungsbeiträge usw.) haftet die Gesellschaft.

Anm. 7. b) **Sie kann Eigentum an Grundstücken und andere dingliche Rechte erwerben.** Hierdurch ist die Rechtsfähigkeit jeder deutschen Aktiengesellschaft ohne jede Einschränkung für Grunderwerb ausgesprochen. Damit ist aber nur gesagt, daß von Reichs wegen aus der juristischen

Natur der AG. Hindernisse für den Rechtserwerb nicht bestehen (für Versicherungsgesellschaften vgl. PrivVersUntGes. §§ 54, 115 Abs. 2). Landesrechtliche Beschränkungen für den Eigentumserwerb juristischer Personen sind hierdurch für deutsche Aktiengesellschaften nicht beseitigt, es gilt also auch die preußischrechtliche Beschränkung hinsichtlich des Erwerbes von Grundeigentum für die Aktiengesellschaften anderer Bundesstaaten (vgl. Anm. 3 zu § 6 und Art. 88 ff. z. BGB.; Pr. AG. z. BGB. vom 20. September 1899). Die Berliner Zweigniederlassung der in Dresden domizilierenden Dresdner Bank z. B. kann nicht ungehindert in Berlin Grundstücke erwerben (KGJ. 16, 72; Gareis-Fuchsberger 22 Note 5; Förtsch Anm. 4 zu Art. 213). Näheres über partikularrechtliche Beschränkungen Plotke in BoehmsZ. 10, 211. **§ 210.**

Bemerkt werden mag hier noch, daß in Preußen auch Schenkungen oder Zuwendungen von Todes wegen an Aktiengesellschaften von mehr als 5000 Mk. der königlichen Genehmigung bedürfen (vgl. AG. z. BGB. Art. 6 und Anm. 3 zu § 6).

c) **Sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.** Da die Gesellschaft juristische Person ist, so gestalten sich die Rechtsverhältnisse im Prozesse der Aktiengesellschaft sehr einfach und ohne die mannigfachen Zweifel und Bedenken, die bei der offenen Handelsgesellschaft (Erl. zu § 124) auftauchen. Anm. 8.

α) Die Aktiengesellschaft ist parteifähig, aber nicht prozeßfähig (über diesen Unterschied s. Anm. 7 zu § 124). Sie wird vertreten durch den Vorstand als gesetzlichen Vertreter; an eines von den Vorstandsmitgliedern erfolgen gültig Zustellungen und Ladungen; die Eide sind zu leisten von den Mitgliedern des Vorstandes als gesetzlichen Vertretern; als Zeugen können diese daher nicht vernommen werden (RG. 2, 400), wohl aber kann jeder Aktionär als Zeuge vernommen werden, weil er eben nicht Partei ist (RG. in JW. 02, 391[15] für G. m. b. H.). Für die Frage der Verweigerung des Zeugnisses und der Beeidigung kommt aber der Grad seiner wirtschaftlichen Beteiligung in Betracht (Dernburg I Anm. 4 zu § 68 gegen zitiertes RGErkenntnis). Auch als Richter kann an sich der, der Aktien der im Streit befangenen Gesellschaft besitzt, tätig sein; er ist nicht, wie Dernburg a. a. O. meint, von Rechts wegen ausgeschlossen, weil für § 41 Nr. 1 CPO. lediglich die juristische Parteirolle maßgebend ist; doch kann er auf Grund des § 42 CPO. abgelehnt werden, wenn seine wirtschaftliche Beteiligung einen solchen Grad erreicht, daß er als befangen anzusehen ist (Staub GmbH. Anm. 9 zu § 13; RG. 7, 312).

β) Den Offenbarungseid haben die zur Zeit der Eidesabnahme im Amt befindlichen Vorstandsmitglieder zu leisten (OLG. Dresden SächsOLG. 24, 78). Anm. 9.

γ) Ist kein Vorstand vorhanden, so ist, wenn die Gesellschaft verklagt werden soll, gemäß § 57 Abs. 1 CPO. ein Vertreter zu bestellen (anders LG. Berlin I in ZgA. 01, 213, das mit Unrecht die Gesellschaft für prozeßfähig erachtet). Anm. 10.

δ) Die Auflösung der Gesellschaft hat auf das schwebende Verfahren folgenden Einfluß. Der Prozeß setzt sich mit den Liquidatoren fort, nachdem er allerdings zunächst unterbrochen ist. Die Unterbrechung tritt auch ein, wenn der Vorstand Liquidator wird. Auch hier hört die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vorstandes auf, seine Mitglieder erhalten eine neue Vertretungsbefugnis anderer Art. Nicht der Wechsel der vertretenden Person, sondern der Wechsel der Vertretungsbefugnis ist nach § 241 CPO. entscheidend (vgl. Anm. 18 zu § 124). Wie aber, wenn die Liquidatoren ihr Amt niederlegen? Alsdann kann der Prozeßrichter einen Prozeßpfleger bestellen (§ 57 CPO.; vgl. vorige Anm.). Verschieden von der Auflösung ist der Untergang der Gesellschaft, wie er durch Amortisation sämtlicher Aktien und durch Fusion eintritt. Im Falle der Amortisation sämtlicher Aktien kann der Prozeß nicht fortgesetzt werden. Es liegt herrenloses Gut vor. Im Falle der Fusion kann der Prozeß von der aufnehmenden Gesellschaft und gegen sie fortgesetzt werden, da Gesamtrechtsnachfolge vorliegt. Anm. 11.

§ 210. ε) Die Wirkung des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils ist einfach die, daß
Anm. 12. es lediglich gegen die Gesellschaft rechtskräftig und vollstreckbar ist. Die Aktionäre werden davon nicht berührt, weil die Aktiengesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt ist.

Anm. 13. ζ) **Gerichtsstand.** Die im Art. 213 Abs. 2 des alten HGB. enthalten gewesene Bestimmung, daß die Aktiengesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand an dem Gerichte hat, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, ist gestrichen, weil § 17 CPO. die gleiche Bestimmung trifft. Neben dem gesetzlichen Gerichtsstand, aber eben nur neben dem gesetzlichen, nicht statt desselben, ist auch ein statutarischer Gerichtsstand zulässig (§ 17 Abs. 3 CPO.; vgl. RG. 32, 385). Dies wird in Anknüpfung an eine frühere Streitfrage hier bemerkt (über Gerichtsstand des Erfüllungsortes RG. 52, 54, für Versicherungsgesellschaften PrivVersUntGes. § 115 Abs. 3).

Anm. 14. 2. (Abs. 2.) **Jede Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft.**

a) Daß der Betrieb im Einzelfall kein Handelsgewerbe darstellt, ändert daran nichts. Sie ist also Handelsgesellschaft, auch wenn sie ein anderes Gewerbe betreibt, das kein Handelsgewerbe ist, also ein Gewerbe, das nicht unter § 1 fällt und das auch nach Art und Umfang nicht kaufmännische Einrichtungen erfordert, so daß es auch nicht unter § 2 fällt. Sie ist sogar auch dann Handelsgesellschaft, wenn sie überhaupt kein Gewerbe betreibt, so z. B. wenn eine Loge oder eine Studentenverbindung für ihre idealen Zwecke ein Grundstück erwirbt und auf dieser Basis eine Aktiengesellschaft gründet (darüber, daß dies dem Begriff der Aktiengesellschaft nicht widerspricht, vgl. Anm. 19 zu § 182).

Anm. 15. b) Die Rechtsgeschäfte der Aktiengesellschaft werden daher stets so angesehen, als seien sie die Geschäfte eines Vollkaufmanns. Aber dadurch werden die einzelnen Rechtsgeschäfte nicht schlechtweg zu Handelsgeschäften. Denn wenn die Aktiengesellschaft auch stets als Vollkaufmann gilt, so sollte dadurch ihre Lebenstätigkeit nicht unter allen Umständen zum Handelsgewerbe gestempelt werden. Vielmehr gilt sie auch dann als Handelsgesellschaft, „wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betriebe eines Handelsgewerbes besteht“. Damit ist deutlich zu erkennen gegeben, daß die Aktiengesellschaft als Kaufmann gilt, obgleich der Gegenstand des Unternehmens kein Handelsgewerbe ist (dagegen Ring Nr. 5; Goldmann Anm. 23; vgl. auch Staub GmbH. Anm. 19 zu § 14).

Anm. 16. Betreibt sie ein Gewerbe, das kein Handelsgewerbe ist, so ist darauf allerdings keine Rücksicht zu nehmen. Ihr Gewerbe gilt als Handelsgewerbe. Denn hier greift § 5 Platz.

Anm. 17. Betreibt sie überhaupt kein Gewerbe, so kann dies freilich gemäß § 5 geltend gemacht werden. Dann aber ist es immer noch möglich, daß sie sich als gewerbetreibend geriert hat, und sie muß sich in diesem Falle gemäß unseren Ausführungen im Erl. zu § 5 als Kaufmann behandeln lassen. Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn eine Aktiengesellschaft, deren Firma man es nicht ansehen kann, daß sie lediglich die Form für einen idealen Verein ist, im Geschäftsleben handelnd auftritt. Denn die Form der Aktiengesellschaft ist normalerweise die Form für gewerbliche Unternehmungen. Liegt aber ausnahmsweise der Fall so, daß die ein Gewerbe nicht betreibende Aktiengesellschaft sich auch nicht als gewerbetreibende Aktiengesellschaft geriert, dann sind ihre Geschäfte keine Handelsgeschäfte.

Anm. 18. Wenn nun die Aktiengesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt oder ihr Gewerbe nach vorstehendem als Handelsgewerbe gilt, so sind ihre zum Handelsbetrieb gehörigen Geschäfte als Handelsgeschäfte (§ 343), und zwar als zu einem Vollhandelsgewerbe gehörig zu betrachten (§ 6 Abs. 2) und die Geschäfte einer solchen Aktiengesellschaft gelten präsumtiv als zum Gewerbebetrieb gehörig (§ 344), welche Vermutung allerdings beseitigt werden kann, unter Umständen auch durch die Eigenart des Geschäftes sich von selbst beseitigt (vgl. zu § 344).

Insoweit sind z. B. ihre Vollmachten Handelsvollmachten, ihre Bürgschaften Handelsbürgschaften und demgemäß formfrei, für ihre Geschäftsbesorgung kann sie Provision fordern, ihre Kontokorrente sind nach dem HGB. zu beurteilen.

Nach früherem Recht wurde hier betont, daß die Verträge über Grundstücke nicht Handelsgeschäfte sind, auch wenn eine Aktiengesellschaft sie abschließt. Das beruhte auf der Vorschrift des Art. 275, wonach alle Grundstücksgeschäfte absolute Nichthandelsgeschäfte waren. Diese Kategorie der absoluten Nichthandelsgeschäfte ist jetzt fortgefallen. Auch Grundstücksgeschäfte können Handelsgeschäfte sein. Die Grundstücksgeschäfte einer Aktiengesellschaft können daher Handelsgeschäfte sein und sind es präsumtiv (§§ 343, 344). Nur ist sofort darauf aufmerksam zu machen, daß Verträge, durch die sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, nur in notarieller oder gerichtlicher Form gültig sind (§ 313 BGB.), und zwar auch dann, wenn sie Handelsgeschäfte sind, weil das HGB. in dieser Beziehung keine Ausnahme macht. — § 210. Anm. 19.

c) **In anderer als handelsrechtlicher Hinsicht** wird nicht etwa jede Aktiengesellschaft infolge dieser Vorschrift schlechtweg als handelsgewerbetreibende Gesellschaft angesehen. Betreibt sie kein Handelsgewerbe, so finden auf sie die Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Sonntagsruhe im Handelsgewerbe keine Anwendung. Betreibt sie kein Gewerbe, so ist sie nicht gewerbesteuerpflichtig (PrOVGSt. 2, 235). — Anm. 20.

Zusatz. Nur auf deutsche Aktiengesellschaften bezieht sich dieser Paragraph. Über die **Rechtsfähigkeit ausländischer Aktiengesellschaften** s. Anm. 39 zu § 201. Ob diese Handelsgesellschaft sind, richtet sich danach, ob sie nach dem Rechte des Heimatsstaats als Handelsgesellschaft zu betrachten sind. — Anm. 21.

§ 211.

Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt. — § 211.

Der vorliegende Paragraph begrenzt die Verpflichtung des Aktionärs zu Kapitaleinlagen.

1. **Inhalt der Vorschrift.** Zu größeren Kapitaleinlagen als zum Ausgabekurs der Aktien kann der Aktionär nicht herangezogen werden. Nach dem früheren Art. 219 konnte er sogar zu höheren Leistungen überhaupt nicht herangezogen werden. Diese Schranke mußte wegfallen, um die Schwierigkeiten zu beseitigen, die sich daraus ergaben, daß die Rübenzucker-Aktiengesellschaften (und auch sonstige Verkehrsgesellschaften) nach einer Gestaltung rangen, nach der es möglich ist, ihren Mitgliedern periodische Naturalleistungen aufzuerlegen. Diesen Bedürfnissen ist im § 212 Rechnung getragen. Es konnte in Verfolg dessen im § 211 nun nicht mehr gesagt werden, daß die Verpflichtung des Aktionärs überhaupt sich in dem Ausgabekurs der Aktie erschöpft, sondern es mußte dieser Grundsatz dahin geändert werden, daß seine Verpflichtung zu Kapitaleinlagen sich in dieser Weise erschöpft (vgl. aber zu 3). — Anm. 1.

2. **Die Begrenzung der Kapitalverpflichtung des Aktionärs auf den Ausgabekurs ist absolute Vorschrift.** Es wäre unzulässig, wenn das Statut bestimmte, die Aktionäre haben die Verpflichtung, jährlich bestimmte Barsummen in die Gesellschaftskasse zu zahlen, oder wenn ihnen sonstige Zahlungsverpflichtungen unter irgendwelchen Bedingungen auferlegt werden würden (vgl. hierüber Anm. 6ff.). — Anm. 2.

a) Der Aktionär kann daher nicht gezwungen werden, Nachzahlungen behufs Umwandlung der Aktien in Reichswährung zu leisten. Das ist nach früherem Recht vom ROHG. 23, 298 ausgesprochen worden, muß aber auch jetzt gelten, weil eben die Grenze der Aktionärverpflichtung zu **Kapitalseinlagen** sich im Ausgabekurs erschöpft.

b) **Über Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung durch Mehrheitsbeschluß** vgl. Anm. 2 zu § 185. — Anm. 3.

c) Ob und inwieweit Zusammenlegungsbeschlüsse zulässig sind, darüber s. zu § 290. — Anm. 4.

d) Statutenbestimmungen, Inhalts deren die Aktionäre der Gesellschaft gegenüber eine Garantie in der Weise übernehmen, daß sie eine bestimmte Summe nachzuzahlen haben, wenn zur Deckung etwaiger Verluste das Aktienkapital nicht ausreichen sollte, sind ungültig; nur durch — Anm. 5.

§ 211. Nebenverträge können solche Bestimmungen festgesetzt werden (Bolze 21 Nr. 565, 566); d. h. es können mit bestimmten Dritten, die auch Aktionäre sein können, Vereinbarungen auf Nachzahlungen getroffen werden; dies sind private, nicht gesellschaftliche Verpflichtungen, die daher dem aktienrechtlichen Prinzip nicht widersprechen.

Anm. 6. 3. **In ihrer Verbindung haben die §§ 211 und 212 die weitergehende Bedeutung, daß sie die Einlageverpflichtung des Aktionärs überhaupt erschöpfen.** Diese Bedeutung der beiden Vorschriften zusammengenommen darf nicht übersehen werden, sie ist das Korrektiv gegen Ausschreitungen durch mißbräuchliche Benutzung der im § 211 geschehenen Einschränkung und der im § 212 offengelassenen Freiheit der Bewegung.

Anm. 7. Daß aber diesen beiden Vorschriften zusammengenommen diese Bedeutung zukommt, obwohl das Gesetz es nicht ausspricht, daran kann nicht gezweifelt werden. Der § 211 schränkt sich lediglich zu dem Zwecke ein, um Raum zu lassen für die Freiheit des § 212. Klar und unverkennbar aber ist die Absicht, von dem Grundsatze, daß die Verpflichtungen des Aktionärs sich in dem Ausgabekurs erschöpfen, nicht weiter abzugehen, als die im § 212 befriedigten Rücksichten dies geboten. „Immerhin wird man in dieser Hinsicht nicht weiter gehen dürfen, als das Bedürfnis verlangt", sagt die D. 142. Andere Arten von Verpflichtungen können also den Aktionären nicht auferlegt werden.

Anm. 8. Demgemäß muß nach dem neuen HGB. der Satz aufgestellt werden: Die Verpflichtungen des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft erschöpfen sich in dem Ausgabekurs der Aktien mit der einzigen Ausnahme, die im § 212 enthalten ist. Nur sekundäre Leistungen in Form von Zinsen und Vertragsstrafen können dem Aktionär noch auferlegt werden (vgl. § 218). Makowers Zweifel (I 451) an diesem Ergebnisse sind nicht berechtigt; ebensowenig können die Ausführungen von Leist (Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht 23) überzeugen, der, auf dem Wortlaut des Gesetzes fußend, die Gesellschaft nur in betreff der Kapitaleinlagen und der in § 212 bezeichneten Leistungen für beschränkt erachtet, Bestimmungen über die Verpflichtung von Geldleistungen aber für zulässig erklärt. Das in dem früheren Art. 219 enthaltene Grundprinzip der Aktiengesellschaft als einer Vereinigung ohne Zuschuß- und Nachschußpflicht, sollte nur durch die neue Bestimmung des § 212 in einer ganz bestimmten Richtung durchbrochen werden; im übrigen blieb das Prinzip bestehen. Neben den Worten des Gesetzes, die eine zweifelsfreie Entscheidung allerdings nicht geben, entscheidet der gesetzgeberische Wille, der Sinn des Gesetzes, und dieser widerstreitet einer derartigen Auslegung unbedingt.

Anm. 9. **Zusatz 1.** Aus dem hier dargelegten Prinzip folgt die **Unzulässigkeit der Auflegung verschiedener Verpflichtungen.**

Anm. 10. a) Die Verwirkung der Mitgliedschaftsrechte darf außer den im Gesetz geordneten Fällen (z. B. §§ 218 ff., 227) weder im Statut, noch, da dies dem aktienrechtlichen Prinzip widerspricht, vertraglich bedungen werden (Fuld in ZgA. 02, 25; vgl. auch RG. in JW. 04, 218[40] und RG. in SächsA. 11, 715).

Anm. 11. b) Die Verpflichtung des Aktionärs, Mitglied eines bestimmten Vereins zu sein und beim Austritt aus dem Verein auch die Mitgliedschaft der Aktiengesellschaft zu verlieren, ist daher unzulässig (KG. bei OLGR. 2, 232, bestätigt vom RG. 49, 77 ff.; vgl. hierzu Anm. 5 zu § 227 und Staub in DJZ. 01, 498; Landgraf im BankA. 1, 42).

Anm. 12. c) Ebenso unzulässig ist die dem Aktionär auferlegte Verpflichtung, sich bei seinen Geschäften der Vermittlung der Aktiengesellschaft oder einer bestimmten Bank zu bedienen (RG. in JW. 00, 18[30] für altes Recht, auch für das neue Recht gültig).

Anm. 13. Über die Verpflichtung des Aktionärs, Gesellschaftsämter zu übernehmen vgl. Anm. 4 und 5 zu § 212; ebenda über die Verpflichtung zu einmaligen, nicht in Geld bestehenden Leistungen.

Anm. 14. **Zusatz 2. Über den Anspruch der Gesellschaft auf die Zahlung des übernommenen Aktienbetrages und die möglichen Einwendungen des Beklagten gegenüber dieser Klage** s. Anm. 25 zu § 189.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Der vorliegende Paragraph findet auch auf frühere Gesellschaften Anwendung (vgl. Anm. 1—4 zu § 178). Er gewährt ihnen eine Erleichterung, da nicht mehr die Verpflichtungen des Aktionärs überhaupt, sondern nur seine Kapitalverpflichtungen durch den Ausgabekurs begrenzt werden. Deshalb können auch ältere Gesellschaften den Aktionären Verpflichtungen auferlegen, die mit dem früheren Art. 216 im Widerspruch stehen, wenn sie sich nur im Rahmen des §§ 211 und 212 des neuen HGB. halten und die Zustimmung der belasteten Aktionäre vorliegt (§ 276).

§ 211. Anm. 15.

Auf diesem Wege wird den bestehenden Rübenzucker-Aktiengesellschaften der Weg geebnet zur Erfüllung dringender Gesellschaftsbedürfnisse. Damit ist aber nur gesagt, daß die früheren Gesellschaften durch neue Rechtsakte in gültiger Weise die Verpflichtung zu periodischen Leistungen auferlegen können. Ob die bisherigen Verpflichtungen, die nach dieser Richtung bestehen, gültig sind oder nicht, diese Frage wird durch den vorliegenden Paragraphen nicht berührt. Das muß nach dem Rechte beurteilt werden, unter dem jene Verpflichtungen begründet wurden. Denn das neue Gesetz bestätigt nicht den alten Rechtszustand, sondern gibt eine neue Rechtsregel für das zukünftige Gesellschaftsleben (vgl. Pinner 96 und RG. 48, 102, das mit Recht Mehrheitsbeschlüsse auf Statutenänderungen im Sinne des neuen Gesetzes ohne Zustimmung der von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre für unzulässig erklärt; vgl. auch RG. bei Holdheim 12, 250 und RG. bei Bauer 12, 201).

§ 212.

§ 212.

Neben den Kapitaleinlangen kann im Gesellschaftsvertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden, sofern die Uebertragung der Antheilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen müssen aus den Aktien oder Interimsscheinen zu ersehen sein.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Uebertragung der Antheilsrechte nur aus wichtigen Gründen verweigern darf.

Lit.: Ebert, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft, Leipzig 04; Eugen R. Wolff, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft in der Festgabe für Wilke, Berlin 00; Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, Jena 04.

Der vorliegende Paragraph gestattet die Auferlegung anderer als Kapitaleinlagen, nämlich die Verpflichtung zu widerkehrenden Naturalleistungen (Nebenleistungsaktiengesellschaft). Anm. 1.

I. **Vorbemerkung.** Die Vorschrift ist veranlaßt durch das Bedürfnis der Rübenzucker-Aktiengesellschaften. Die in deren Statuten auferlegten Verpflichtungen zum Bau und zur Lieferung von Rüben wurden als gesellschaftliche Verpflichtungen vom RG. überhaupt nicht anerkannt, sondern höchstens als Nebenverträge aufrecht erhalten (RG. 17, 5 und 3; 37, 140); aber auch als selbständige Nebenverträge wurden sie nicht anerkannt in allen den Fällen, wo die Preisbestimmung für die zu liefernden Rüben an die Finanzlage der Gesellschaft geknüpft ist (RG. 21, 148; 26, 85) oder wenn sonst die Bestimmung ihrem Inhalt nach nicht von der gesellschaftlichen Verpflichtung losgelöst ist (RG. 48, 105 und in JW. 03, 342[4] und 343[5]).

Es ist nunmehr aber den Aktiengesellschaften freigestellt (und zwar nicht als authentische Interpretation des alten Rechts, sondern als neuer Rechtsatz RG. 48, 102), gewisse Leistungen neben den Kapitaleinlagen den Aktionären als solchen als gesellschaftliche Leistung aufzuerlegen, und von diesem Rechte werden nicht nur die

§ 212. Rübenzucker-Aktiengesellschaften Gebrauch machen, sondern auf dieser Grundlage können auch sonstige Verkehrsbedürfnisse mannigfacher Art befriedigt werden. So können sich z. B. Konventionen und Kartelle in der Weise bilden, daß eine Zentrale als Aktiengesellschaft begründet wird, an die die einzelnen Mitglieder der Konvention als Aktionäre ihre Produktion abzuliefern haben gegen einen bestimmten oder nach gewissen Grundsätzen zu bestimmenden Preis.

Ergänzend zu § 212 treten § 216 über die zu gewährende Vergütung und § 276 über die Auferlegung derartiger Verpflichtungen während des Bestehens der Gesellschaft hinzu.

Anm. 2. II. Die Vorschrift des § 212 stellt sich prinzipiell als eine **Ausnahmebestimmung** von dem Grundsatz der Aktiengesellschaft, wie sie bisher sich im deutschen Rechtsleben gestaltet hatte, daß den Aktionären nur bestimmte Kapitalleistungen auferlegt werden dürfen, dar. Veranlaßt durch die Unmöglichkeit, bei einer bestimmten Gesellschaftsart, den Rübenzuckergesellschaften, mit der bisherigen Struktur der Aktiengesellschaften auszukommen, hat der Gesetzgeber diese Vorschrift derart erlassen, daß sie nunmehr auch über den Kreis der Gesellschaften hinaus, bei denen das Bedürfnis nach einer Erweiterung des Prinzips hervorgetreten ist, angewendet werden kann. Aber es bleibt eine Ausnahmevorschrift (vgl. D. 142). § 211 bestimmt die Regel, § 212 die Ausnahme; beide aber umgrenzen, soweit nicht, wie z. B. in §§ 218, 290, gewisse Nebenleistungen nach dem Gesetz auferlegt sind, den Kreis der dem Aktionär obliegenden Verpflichtungen (vgl. § 211 Anm. 8 und Ebert 58). Von diesem Gesichtspunkt muß daher bei der Auslegung ausgegangen werden.

Anm. 3. III. **Vertragliche Nebenabreden sind neben § 212 zulässig.** Nur ist hierbei zu unterscheiden: Soweit gesellschaftliche Verpflichtungen der Aktionäre begründet werden, kann die Festsetzung nur im Gesellschaftsvertrage erfolgen; Vereinbarungen neben diesem sind unzulässig. Dagegen steht es der Gesellschaft frei, mit ihren Aktionären, also mit bestimmten Personen als Dritten, Vereinbarungen zu treffen, die auch über den Rahmen des § 212 hinausgehen. Nur darf auch hierbei nicht in die gesellschaftlichen Rechte der Aktionäre eingegriffen werden; es darf also z. B. nicht für die Nichterfüllung einer Verpflichtung die Verwirkung der Eigenschaft als Aktionär vereinbart werden (vgl. unten Anm. 5, Anm. 10—13 zu § 211).

Anm. 4. IV. **Der Inhalt des Paragraphen geht im wesentlichen dahin, daß die Statuten den Aktionären als solchen periodische Naturalleistungen auferlegen können.**

1. **Die Voraussetzungen** der gültigen Auferlegung von periodischen Naturalleistungen an die Aktionäre sind:

a) **Leistungen,** die nicht in Geld bestehen. Also nicht Geldsteuern. Sonst aber besteht keine Beschränkung in der Art der Leistung. Alles, was der Gegenstand einer Leistung sein kann, fällt darunter. Was Leistung ist, definiert weder § 212 noch das BGB., das nur in § 241 bestimmt, daß Leistung auch in einer Unterlassung bestehen kann. Für das bürgerliche Recht ist es eine Streitfrage, ob als Leistungen nur solche anzusehen sind, die einen Vermögenswert haben (vgl. Dernburg II § 84; dagegen Goldmann-Lilienthal 289). Für das Gebiet des Aktienrechts können, da auch die Nebenleistungsgesellschaft trotz ihrer Eigenart sich dem allgemeinen Begriff der Kapitalassoziation unterordnet, nur Leistungen, die einen Vermögenswert haben, in Frage kommen (vgl. RG. 49, 79 und Ebert 61). Im übrigen aber fallen unter den Paragraphen Leistungen der verschiedensten Art, z. B. die Verpflichtung Gegenstände herzustellen und zu liefern, Dienste zu leisten (dagegen Wolff 335, der die Nichtzulassung aus dem Entstehungsgrund des Gesetzes folgert, der aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat); daher auch die Verpflichtung zu wiederkehrenden Revisionen (Cosack § 117 III 8a). Nicht fällt unter Leistungen im Sinne des § 212 die Verpflichtung, Waren von der Gesellschaft gegen Zahlung abzunehmen; oder in den Häusern der Gesellschaft zu wohnen, da diese Leistungen der Aktionäre die Verpflichtungen zu Geldzahlungen in sich schließen, die gerade verboten sind.

Auch die Verpflichtung zu Unterlassungen (§ 241 BGB.) fällt unter § 212, z. B. die Verpflichtung, keine Konkurrenz zu machen, die Produktion einzuschränken usw.

b) **Die Leistung muß eine wiederkehrende sein.** Hieraus folgt zunächst, daß einmalige Leistungen nicht aufzuerlegen sind (so gegen 6./7. Aufl. und Dernburg I § 81; Cosack § 117 III 8a; Makower I 451; Ebert 67, folgende Autoren: Lehmann II 373; Leist 20; Wolff 334; Goldmann Anm. 3; Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 94). Es ergibt dies der Wortlaut und der Zweck des Gesetzes. Es sollte eine Ausnahmebestimmung für periodische Leistungspflichten geschaffen werden; das Gesetz begrenzt sich ausdrücklich auf diese; eine Auslegung über Wort und Zweck des Gesetzes hinaus ist unzulässig. **§ 212.** Anm. 5.

Andererseits wird eine Statutenbestimmung, die den Aktionären immerwährende oder fortdauernde Leistungen auferlegt, ungültig sein. So z. B. die Übernahme eines Gesellschaftsamtes (etwa als Vorstand, Aufsichtsrat, Buchhalter, Inspektor); es sei denn, daß periodische Leistungen gefordert werden, wie z. B. bei Revisionen (vgl. Anm. 4). Denn darin liegt eine weitergehende Verpflichtung, als man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter wiederkehrenden Leistungen versteht. Das letztere sind Leistungen, die periodisch wiederkehren (dagegen Ebert 68; Dernburg I § 81 V). Bemerkt sei hierbei, daß die Auferlegung der Verpflichtung zur Übernahme eines Gesellschaftsamtes nach früherem Recht erst recht unzulässig war, obwohl das Reichsgericht dies schon nach früherem Recht für zulässig hielt: RG. 21, 148; mit dem Reichsgericht Lehmann I 220; mit uns Behrend 784 Anm. 7).

c) **Nichts ist vorgeschrieben über die Frage nach dem Gegenwert, den der Aktionär von der Gesellschaft für die Leistung zu erwarten hat.** Nach dieser Richtung ist der freieste Spielraum gelassen. Es kann ein bestimmter Preis vereinbart werden, der aber das gesetzliche Maximum des wahren Werts nicht überschreiten darf, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob ein Reingewinn erzielt ist (§ 216; vgl. diesen Paragraphen). Es kann aber auch (vgl. D. 143) der Generalversammlung durch das Statut die Befugnis übertragen werden, den Rübenpreis alljährlich durch Mehrheitsbeschluß festzustellen. Es kann der Gesellschaftsvertrag auch bestimmen, daß der Rübenpreis für jedes Jahr durch den Vorstand, den Aufsichtsrat oder die Generalversammlung innerhalb eines bestimmten Mindest- oder Höchstbetrages festgesetzt wird oder daß der Preis durch Beschluß der Generalversammlung herabgesetzt werden kann, wenn ein zu seiner Auszahlung ausreichender Reingewinn nicht vorhanden ist. Ist die Gegenleistung dem Ermessen eines der Organe der Gesellschaft überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 315 ff. BGB. Anwendung. Anm. 6.

Ja es kann sogar im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden, **daß die Leistung ohne jedes Entgelt der Gesellschaft zu leisten ist** (vgl. RG. 21, 155; 26, 88). Denn nach dieser Richtung ist keine Schranke gesetzt und braucht eine Schranke nicht gezogen zu werden. Wer einem solchen Gesellschaftsvertrage nicht beitreten will, braucht es ja nicht, und wer einer Gesellschaft, die solche Bestimmungen nicht hat, beigetreten ist, dem kann ja eine positive Verpflichtung über den Ausgabekurs der Aktien hinaus ohne seine Zustimmung nicht auferlegt werden (§ 276). Anm. 7.

d) **Die von den Aktionären zu übernehmenden Leistungen müssen im Gesellschaftsvertrag bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein.** Es kommen hierbei die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse, insbesondere § 315 BGB. zur Anwendung (Ebert 75, vgl. Dernburg II § 85). Anm. 8.

e) **Nur neben der Kapitaleinlageverpflichtung** können den Gesellschaftern wiederkehrende Naturalleistungen auferlegt werden. Ein Gesellschaftsvertrag, in dem allen oder einzelnen Aktionären lediglich Naturalleistungen auferlegt werden, würde ungültig sein. **Andererseits ist es nicht erforderlich, daß die Verpflichtung allen Aktionären auferlegt wird** (anders als bei der Kapitaleinlageverpflichtung). Es kann sehr wohl bestimmt werden, daß die Aktien bestimmter Gattung die Verpflichtung zur Naturalleistung haben. Auch einzelnen bestimmten Aktionären kann die Verpflichtung auferlegt werden und auch sie können hierfür besondere Vorteile bei der Gewinnverteilung genießen (§ 186). Anm. 9.

f) **Die betreffende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages muß im ursprünglichen Vertrage enthalten sein, später kann sie nur mit Zustimmung der Be-** Anm. 10.

§ 212. lasteten getroffen werden (§ 276). Ein ohne diese Zustimmung zustande gekommener Beschluß ist nicht nur nach § 271 anfechtbar, sondern nichtig (RG. 48, 107), so daß der Belastete auch nach Ablauf der Frist des § 271 Abs. 2 seine Unverbindlichkeit einwenden kann (vgl. auch RG. 37, 65).

Die Zustimmung muß, wie im Anschluß hieran zu bemerken ist, auch für jede sonstige die Verpflichtung betreffende Statutenänderung vorhanden sein, auch sofern dadurch die Verpflichtung zu der Leistung erhöht wird oder wenigstens sich erhöhen kann, z. B. wenn der Preis nicht mehr der Marktpreis sein, sondern durch die Generalversammlung bestimmt werden soll.

Diese an sich dem Prinzip der gesellschaftlichen Natur der Nebenleistungspflicht widersprechende (vgl. Lehmann II 437; Pinner 96) Ansicht muß deswegen für richtig erachtet werden, weil sich aus § 212 in Verbindung mit § 276 als Prinzip des Gesetzes ergibt, daß Nebenleistungen nur insoweit auferlegt werden können, als dies im Statut oder nachträglich mit Zustimmung der Beteiligten vereinbart ist. Läßt sich daher auch aus dem Wortlaut des § 276 dessen Ausdehnung auf stattfindende Leistungserhöhungen nicht folgern, so doch jedenfalls aus Sinn und Zweck der Vorschrift.

Anm. 11. Wie die Zustimmung erfolgt, ist nicht gesagt. Zu ihrer Gültigkeit ist allerdings eine Form nicht erforderlich und sie kann vor oder nach der Generalversammlung erfolgen (§ 182 BGB.). Allein der Registerrichter wird den Nachweis der erfolgten Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form verlangen können (so Wolff 336 und die dort zitierten gegen Pinner 249). Jedenfalls muß die Zustimmung darin gefunden werden, daß der betreffende Aktionär bei der Generalversammlung zustimmend gestimmt hat (vgl. RG. in JW. 93, 489).

Anm. 12. g) Die Übertragung der Anteilsrechte muß an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft sein. Es kann aber (Abs. 3) bestimmt werden, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf.

Anm. 13. α) Wer erteilt die Zustimmung? In erster Linie entscheidet der Gesellschaftsvertrag; bestimmt dieser nichts, hat der Vorstand zu entscheiden.

Anm. 14. β) Ist im Vertrag nicht bestimmt, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden kann, so hat die Gesellschaft lediglich nach freiem Ermessen zu entscheiden; eine Klage auf Zustimmung ist dann nicht gegeben.

Anm. 15. γ) Die wichtigen Gründe kann das Statut ausführlich oder beispielsweise angeben; es kann sich auch darauf beschränken, zu erklären, daß die Genehmigung nur aus wichtigen Gründen zu versagen ist (Ebert 113). Nimmt der Veräußerer an, daß die angeführten Gründe nicht „wichtig" sind, so kann er auf Zustimmung klagen (§ 894 CPO.); das Gericht hat dann über die Wichtigkeit der Gründe zu entscheiden.

Anm. 16. δ) Verboten ist die ungenehmigte Übertragung; damit zugleich auch die Verpfändung und Pfändung (§ 1274 Abs. 2 BGB.; § 851 CPO.; anders nach früherem Recht RG. 37, 140). Wenn Ebert (108 Anm. 1) die Bestellung eines Pfandrechts für zulässig erklärt, weil die Veräußerung nicht schlechthin unzulässig, sondern nur an die Zustimmung geknüpft sei, so übersieht er, daß die bezeichneten Gesetzesbestimmungen die Pfändung und Verpfändung verbieten, soweit das Recht unübertragbar ist.

Anm. 17. ε) Erbschaft und Zwangsverkauf sind „Übertragungen" der Anteilsrechte in dem Sinne, der sich zwar nicht aus dem Wortlaut, wohl aber aus dem Grundgedanken des Gesetzes ergibt. Die Gesellschaft soll nicht gezwungen werden, von einer ihr nicht genehmen Person, die vielleicht nicht die nötigen Eigenschaften besitzt, die Leistungen verlangen zu müssen (so allgemeine Ansicht; vgl. Ebert 106 Anm. 1 und die dort zitierten; dagegen Wolff 338).

Anm. 18. ζ) Wird die Genehmigung verweigert, so bleibt der Veräußerer der Gesellschaft gegenüber berechtigt und verpflichtet. Wird dem Erben die Genehmigung verweigert, so ergibt sich ein unhaltbarer, nach dem Gesetz nicht zu entscheidender Zustand. Der Aktionär ist fortgefallen; der Übergang auf den Erben ist nicht genehmigt; wer ist danach jetzt aus der Aktie berechtigt und verpflichtet? Mit Ebert (109) anzunehmen, daß die Gesellschaft den

Erben entschädigen und die Aktie übernehmen müsse, geht nicht an, weil ein gesetzlicher Grund hierfür nicht vorliegt; die Versagung der Genehmigung ist ein Recht der Gesellschaft, dessen Ausübung sie nicht schadensersatzpflichtig macht. Man kann nur folgendermaßen konstruieren: der Erbe als Person ist nicht Aktionär geworden; er haftet aber der Gesellschaft, soweit er Erbe geworden ist, aus der Person seines Erblassers für die von diesem übernommenen Pflichten. Daß dieses Ergebnis kein sehr befriedigendes ist, ist klar; die Gesellschaften werden daher, um sich und ihre Aktionäre zu schützen, gut tun, über die Frage des Übergangs bei Vererbung statutenmäßig Festsetzungen zu treffen, die die Verhältnisse regeln.

b) Aus der Vorschrift zu d folgt zugleich, daß die Aktie auf den Namen lauten muß (s. unten Anm. 26), daß sie aber andererseits auf 200 Mark gestellt werden kann. Letzteres folgt aus der Vorschrift des § 180 Abs. 3 (vgl. Pinner 95). Anm. 19.

2. **Die Wirkungen einer solchen Statutenbestimmung**, durch die den Aktionären wiederkehrende Naturalleistungen auferlegt werden. Anm. 20.

a) Der Aktionär ist verpflichtet, die durch den Beitritt zum Statut übernommenen periodischen Leistungen dem Gesellschaftsvertrage gemäß zu leisten und hat dafür den Anspruch auf den Gegenwert nach Maßgabe der statutarischen Bestimmungen (vgl. Anm. 6 u. 7).

Er kann hier so wenig, wie bei der Verpflichtung zur Kapitaleinlage, seine Verpflichtung damit ablehnen, daß seine Beitrittserklärung oder seine Zustimmungserklärung gemäß § 276 auf Irrtum oder auf Betrug beruht. Vielmehr ist hier wie dort davon auszugehen, daß seine Erklärung eine allgemeine und öffentliche Bedeutung hat, daß sie dem Verkehr und der öffentlichen Registerbehörde gegenüber abgegeben worden ist und deshalb nicht so einfach angefochten werden kann, wie eine privatrechtliche, einem Gegenkontrahenten gegenüber abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärung (vgl. näheres Anm. 25 zu § 189). — Bei Erfüllung seiner Verpflichtungen hat er Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst und seiner Gehilfen zu vertreten (§§ 276, 278 BGB.), nicht etwa gemäß § 708 BGB. diligentia quam suis, da sich diese Sondervorschrift nur auf die Mitglieder einer Gesellschaft, nicht auf die Mitglieder eines rechtsfähigen Vereins bezieht. Ist der Aktionär Kaufmann, so ist bei der Beurteilung seines Verhaltens die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zugrunde zu legen (§ 347 HGB.).

b) Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung nicht, so kann er persönlich verklagt werden. Er haftet nach Maßgabe der Vorschriften des BGB. für die Folgen seines Verzuges, insbesondere hat er den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 286 BGB.). Im Statut können für den Fall, daß er die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt, auch Vertragsstrafen festgesetzt werden (Abs. 2), auf die dann die §§ 339—345 BGB. Anwendung finden (vgl. zu § 348 HGB.). Der Aktionär kann auch gemäß § 343 BGB. die richterliche Herabsetzung einer zu hohen Vertragsstrafe verlangen, wenn sein Beitritt zur Gesellschaft oder seine Zustimmung zu der nachträglichen Auferlegung der Leistungspflicht sich nicht etwa als ein Akt darstellt, den ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen hat (§§ 348, 351 HGB.). Nachträgliche Erlangung der Vollkaufmannseigenschaft begründet diese Ausnahme nicht. Anm. 21.

Bei der Anwendung des richterlichen Ermäßigungsrechts ist aber Gewicht zu legen auf die Bestimmung des § 343 BGB., nach der jedes berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen ist. Die Gesellschaft wird in den meisten Fällen ein sehr erhebliches Interesse daran haben, daß die Gesellschafter ihre Leistungspflichten prompt erfüllen.

§ 326 BGB. greift beiderseits nicht Platz.

Bestritten ist, ob die Kaduzierung der Aktie als Vertragsstrafe angedroht werden kann. Daß eine solche, wenn sie im Statut nicht angedroht ist, nicht ausgesprochen werden darf, ist klar, denn §§ 218 ff. beziehen sich nur auf rückständige Kapitalanlagen. Aber auch die Möglichkeit statutarischer Festsetzung wird vielfach geleugnet, einesteils weil der Begriff der Vertrags- Anm. 22.

§ 212. strafe verlangt, daß sie eine Leistung androhe, andererseits, weil mit der Zulassung die Erhaltung des Grundkapitals bedroht wird (so Lehmann II 374 Anm. 7; Wolff 342; RG. in OLGR. 2, 233; RG. 49, 77; vgl. auch Ebert 100 und Leist 102; dagegen Goldmann Anm. 24, Ring Nr. 7). Man wird sich dem Gewicht insbesondere des ersten Grundes nicht verschließen können; es erscheint nicht zulässig, den Begriff der Vertragsstrafe anders auszulegen, als ihn das BGB. auslegt, da aktienrechtliche Prinzipien der gleichartigen Auslegung nicht widersprechen; man wird daher die Kaduzierung als Vertragsstrafe für unzulässig erklären. Dagegen kann die Gesellschaft, falls dies im Statut vorgesehen ist, die Einziehung der Aktie in den Formen des § 227 beschließen.

Umgekehrt kann sich der Aktionär durch Abandonnierung der Aktie nicht befreien (RG. 17, 4; Pinner 96); jedoch kann dies statutarisch gestattet sein (Ebert 116).

Anm. 23. c) **Veräußert der Aktionär seinen Anteil**, so wird er von den bis dahin rückständigen Leistungen nicht frei, wohl aber von den weiteren Leistungen, welche letztere nunmehr dem Erwerber zur Last fallen. Wenn ihm daher die Zustimmung zur Veräußerung mit Recht versagt ist, so gibt es regelmäßig kein Mittel für ihn, die einmal übernommenen Verpflichtungen zu periodischen Leistungen loszuwerden (vgl. RG. in DJZ. 99, 441). Über Abandonnierung der Aktie s. oben Anm. 22.

Anm. 24. d) **Veräußert der Aktionär seinen Anteil nicht, wohl aber das Objekt, aus dem die Leistungen im wesentlichen fließen**, z. B. das Gut, aus dem die Rüben zu gewinnen sind, die Fabrik, in der die von ihm an die Gesellschaft zu liefernden Waren hergestellt werden, so besteht seine Verpflichtung an die Gesellschaft weiter, und die Gesellschaft kann die ihr nach sonstigen Grundsätzen zustehenden Ansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen. Es liegt verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung vor (§ 280 BGB.). Der Veräußerer hat dafür einzustehen, daß der Erwerber die Verpflichtungen erfüllt. Ein direktes Recht, den Erwerber in Anspruch zu nehmen, aber hat die Gesellschaft ohne weiteres nicht; es sei denn, daß besondere Verpflichtungsgründe vorliegen, z. B. wenn er das Geschäft des Veräußerers mit der Firma übernommen hat (§ 25). Er wird dann nicht Gesellschafter, haftet aber für die Verpflichtungen. Deshalb wird es geraten sein, in den Gesellschaftsverträgen zu bestimmen, daß die leistungspflichtigen Aktionäre die Verpflichtung haben, bei Veräußerung des Objekts, aus dem die Leistungen fließen, des Rübengutes, der Fabrik, dem Erwerber die Verpflichtung aufzuerlegen, die Aktie mit zu erwerben, und eine solche Veräußerung nicht eher perfekt zu machen, als bis die Gesellschaft auch hierzu ihre Zustimmung erteilt hat; auch Eintragung im Grundbuch empfiehlt sich. Es können auch für den Fall der Verletzung solcher Verpflichtung Vertragsstrafen auferlegt werden. — Bei Zwangsverkäufen versagt freilich diese Vorsichtsmaßregel.

Anm. 25. 3. **Über die Gestalt der Aktienurkunde** bestimmt Abs. 1, daß die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen aus den Aktien und den Interimsscheinen ersichtlich sein müssen. Die Folge der Nichtigkeit ist hier nicht, wie sonst (§ 209), angedroht. Es folgt dies auch nicht ohne weiteres (wie die 6./7. Aufl. annahm), aus dem Worte „müssen" im Gegensatz zu „sollen" in § 180 Abs. 4. Aus allgemeinen Grundsätzen aber ist die Nichtigkeit der sonst formgerecht ausgegebenen Aktie nicht zu folgern. Da auch das Anteilsrecht an sich von der Aktie unabhängig ist (vgl. Anm. 11 zu § 179), bleibt der erste Aktionär lediglich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages verpflichtet. Veräußert er die Aktie, die nicht die in § 212 vorgeschriebenen Bestimmungen trägt, so wird der neue Erwerber nur nach Maßgabe der Urkunde verpflichtet sein (so Makower I 450; Jacobi, Wertpapiere 355; Goldmann Anm. 20; Lehmann-Ring Nr. 6 gegen Ebert 117; Wolff 348 und 6./7. Aufl.).

Anm. 26. Aus der Natur der hier in Rede stehenden Vorschrift folgt, daß **die Aktien nur auf den Namen lauten können** (dagegen Ebert 111). Eine Inhaberaktie, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist, ist vom Standpunkte der aktienrechtlichen Vorschriften ein Unding. Daß aber die Beschränkung der Übertragbarkeit aus der Urkunde ersichtlich sein müsse, ist hier nicht gefordert (anders im § 180 Abs. 4). Hier folgt sie schon

aus dem Gesetze, und es genügt, hervorzuheben, daß aus der Urkunde gemäß Abs. 1 ersichtlich sein muß, daß Leistungspflichten gemäß § 212 an der Aktie haften. § 212.

Andererseits folgt aus den Vorschriften des vorliegenden Paragraphen, nämlich aus der Notwendigkeit der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktie, daß sie auf 200 Mark gestellt werden kann (vgl. Anm. 19).

Zusatz 1. In die Bilanz kommt das Recht auf die Nebenleistungen als solches nicht; nur die einzelnen empfangenen Leistungen und die gezahlten Vergütungen sind aufzunehmen (Ebert 56; Wolff 334). Anm. 27.

Zusatz 2. Von der Befugnis des § 212 können auch bestehende Aktiengesellschaften Gebrauch machen, diese aber natürlich nur mit Zustimmung aller Belasteten (§ 276). Vgl. Anm. 11 zu § 211. Anm. 28.

§ 213.

Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Vertheilung ausgeschlossen ist. § 213.

Der vorliegende Paragraph stellt die vermögensrechtlichen Ansprüche der Aktionäre bei bestehenden Gesellschaften fest.

1. **Negativ wird bestimmt, der Aktionär könne seine Einlage nicht zurückfordern.** Was der Aktionär als Gegenwert für seine Mitgliedschaft hingibt, das ist Haftungsobjekt für die Gläubiger und unwiderrufliches Eigentum der Gesellschaft. Eine Einlage kann einseitig nicht zurückgefordert werden. Einlage ist hier im Sinne des § 211 gemeint (Makower I 452). Anm. 1.

   Aber auch freiwillige Rückzahlungen der Einlage sind unstatthaft. Das sollte ebenfalls im vorliegenden Paragraphen gesagt werden. Weder kann der Vorstand solche Rückzahlungen bewirken, noch auch die Generalversammlung beschließen, es sei denn, daß ein allgemeiner Beschluß auf Rückzahlung des Grundkapitals in Gemäßheit des § 288 vorläge. Rückzahlungen, die entgegen diesen Vorschriften bewirkt werden, machen die Verwaltungsorgane und auch die Aktionäre regreßpflichtig (§§ 217, 241, 249). Infolgedessen ist auch ein Beschluß ungültig, inhalts dessen die Aktionäre beschließen, daß die gemachten Einlagen als der Gesellschaft geschenkt betrachtet und die Einlagepflicht wieder aufleben soll; denn schenken kann man nur, was man sein eigen nennt, dazu aber müßte die Einlage zunächst als zurückgezahlt betrachtet werden (RG. 27, 11). Anm. 2.

   Aus dem Verbot, die Einlage nicht zurückzufordern im Verein mit der Bestimmung des zweiten Satzes, daß die Aktionäre nur Anspruch auf Reingewinn haben, sowie, daß Reingewinn nur nach Aufstellung und nach Maßgabe der Jahresbilanz zu verteilen ist, folgt das Verbot der Zahlung fester Zinsen (§ 205), von Vorschüssen auf den Jahresgewinn, von Verteilung von Dividenden aus Geschäftsperioden, die kürzer als ein Jahr sind, von anderweiter Verteilung von Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschaft kann daher nicht etwa vorhandene Reserven als solche verteilen; sie hat vielmehr, falls sie die Auflösung eines Reservefonds beschließt und sonst hierzu berechtigt ist (vgl. Erl. zu § 262), die Bilanz demgemäß zu berichtigen, und es kommt dann das zur Verteilung, was sich als Reingewinn ergibt (vgl. Staub GmbH. Anm. 6 zu § 30). Anm. 3.

   Die Rückforderung der Einlage kann auch darauf nicht gestützt werden, daß man durch Irrtum oder Betrug Aktionär geworden sei (vgl. Anm. 25 zu § 189); die Bedeutung der Vorschrift des § 213 geht sogar soweit, daß der, der durch Täuschung der Organe der Gesellschaft Mitglied geworden ist, nicht den sonst zivilrechtlich begründeten Anspruch gegen die Gesellschaft wegen des schuldhaften Verhaltens ihrer Organe auf Schadensersatz hat, weil durch Geltendmachung dieses Anspruchs materiell die Rückforderung der Einlage erreicht würde (RG. 54, 128). Anm. 4.

§ 213. Anm. 5. Dagegen kann der, der in Wahrheit nicht Aktionär geworden ist, sondern in der irrtümlichen Meinung, er sei es geworden, eine Einlage gemacht hat, sie mit der condictio indebiti zurückfordern (ROHG. 22, 194; §§ 813, 814 BGB.).

Anm. 6. 2. **Positiv wird bestimmt, daß die Aktionäre, so lange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn haben, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist.**

a) Es ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß den Aktionären noch Ansprüche anderer Art nach dem Gesellschaftsvertrage zustehen. Gemeint ist nur, daß, was die Erträge der Gesellschaft angeht, den Aktionären nur der Anspruch auf den Reingewinn zusteht. Sonstige statutarische Ansprüche können sein: das Recht des freien Zutritts in den der Gesellschaft gehörigen Garten oder in das Theater oder das Recht der jederzeitigen Besichtigung der Fabrik.

Solche Rechte können durch Statutenänderung wieder entzogen werden (anders Lehmann in ABürgR. 9, 389).

Anm. 7. b) **Der Anspruch auf den Reingewinn oder das Dividendenrecht.**

α) Dividenden sind im Sinne des BGB. (§§ 99 ff.) Früchte, beziehungsweise Nutzungen des Aktienrechts. Dagegen sind sie keine Zinsen im gesetzlichen Sinne (Dernburg II § 18, 2d).

Anm. 8. β) Der „Anspruch auf den Reingewinn" ist zunächst ein bedingtes Recht, ein Recht auf Auszahlung der Dividende, wenn die gesetzlichen und statutarischen Bedingungen dieser Auszahlung eingetreten sein werden (vgl. Biberfeld in ZgR. 10, 218)

Anm. 9. Der Anspruch auf Dividende ist ein den Aktionären kraft ihrer Mitgliedschaft zustehendes Recht. Es unterliegt also den allgemeinen Bestimmungen über Mitgliedsrechte, insbesondere also ist es, soweit nicht gesetzliche Schranken vorhanden sind, Mehrheitsbeschlüssen unterworfen (abweichend Lehmann in ABürgR. 9, 380 und Aktienrecht II, 422). Seine erste Voraussetzung ist, daß Gesetz oder Statut den Anspruch auf Reingewinn nicht ausschließen. In erster Linie entscheidet also das Gesetz, insbesondere die §§ 261 und 262. Soweit dies die Verteilung nicht verbietet, hat das Statut freie Hand. Es kann die Verteilung des Reingewinns für gewisse Zeit, in gewisser Höhe (z. B. durch Schaffung von Reservefonds, RG. in JW. 05, 345 [22]), es kann sie überhaupt ausschließen. Ebenso, wie dies das ursprüngliche Statut bestimmen kann, können dieselben Bestimmungen durch Statutenänderung getroffen werden (RG. 40, 35). Es folgt dies aus dem Charakter des Dividendenanspruchs als reinen Mitgliedschaftsrechts, das als Sonderrecht nicht anerkannt werden kann (RG. 22, 114; vgl. Dernburg I § 87 Anm. 8). Eine Grenze findet dies Recht der Gesellschaft, durch Statutenänderung die Dividendenrechte einzuziehen und zu beschränken, wie jedes Recht, in der Bestimmung des § 138 BGB., durch den der Verwendung zu ungesetzlichen Zwecken, sowie der schrankenlosen Ausbeutung der Minderheit durch die Mehrheit entgegengetreten werden kann.

Soweit aber Gesetz und Statut nicht entgegenstehen, haben die Aktionäre das Recht auf den erzielten Reingewinn. Die Generalversammlung kann dies Recht nur schmälern, soweit das Statut ihr freie Entscheidung gibt. (Wie die Bestimmung des Statuts: „Die Generalversammlung setzt die Dividende fest" auszulegen ist, ist Anm. 6 zu § 260 dargelegt). Sie kann also in diesem Fall ebenfalls den Gewinn als Reserve behalten: sie kann die Verteilung aussetzen; ihn zu an sich nicht gebotenen Abschreibungen verwenden. Nur darf natürlich durch diese Beschlüsse ein gesetz- oder statutenmäßiges Recht der Aktionäre nicht umgangen werden. Schreibt z. B. das Statut vor, daß der Reingewinn nach Dotierung des gesetzlichen Reservefonds zu verteilen ist, so kann der Aktionär gegen zu hohe Abschreibungen, gegen Bildung freiwilliger Reservefonds, gegen zu hohen Vortrag auf neue Rechnung protestieren und Aufhebung des Beschlusses verlangen; jetzt nach der neuen Bestimmung § 271 Abs. 3 Satz 2 allerdings nur, wenn er die dort festgesetzte Stimmenzahl hat. Dem RG. (40, 36 und bei Holdheim 7, 143), das diese Anfechtung nur unter gewissen Voraussetzungen gab, war schon nach altem Recht nicht beizutreten; jetzt

bestätigt die in § 271 getroffene Vorschrift, daß an sich die Anfechtung unter den dort bezeichneten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Pinner 237). § 213.

Alles dies gilt aber nur, soweit eine statutarische Vorschrift verletzt ist. Enthält das Statut über die Verteilung keine Bestimmung und überläßt es der Generalversammlung die freie Verfügung, so hat diese, ohne daß ein Anfechtungsrecht gegeben ist, freie Hand.

Die zweite (formale) Bedingung des Anspruchs auf den Reingewinn ist ein Generalversammlungsbeschluß (hierüber zu § 260). Anm. 10.

Dabei handelt es sich überall um den Reingewinn eines bestimmten Geschäftsjahres, um das, was sich, wie § 215 sagt, nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergibt. Verluste, die nach Ablauf des in Frage stehenden Geschäftsjahres entstehen, sind jedenfalls weder ein gesetzlicher noch ein statutarischer Grund, um die Dividende des vorigen Jahres zu schmälern. Doch ist dabei wohl zu unterscheiden zwischen einem Verluste, der erst nachträglich entsteht, und einem solchen, der vorher entstanden war und erst nachträglich erkannt wurde. So muß z. B. bei dem nachträglichen Verluste eines Bankierguthabens unterschieden werden, ob die Verhältnisse des Bankiers beim Jahresschluß gute oder schlechte waren. Im ersten Fall trifft der Verlust das neue, im zweiten das alte Geschäftsjahr (vgl. hierüber Staub bei Holdheim 1, 72; zust. Lehmann-Ring Nr. 5; Lehmann II 415; Behrend § 133 Anm. 19; ferner Alexander, Die Sonderrechte der Aktionäre 125; im Prinzip zust. auch Aronius in ZHR. 40, 123 ff., doch mit der Maßgabe, daß im Falle eines erst im Laufe des Feststellungsjahres eintretenden und daher die Bilanz des Vorjahres nicht treffenden Verlustes ein etwaiger Bilanzgewinn des Vorjahres zurückzubehalten sei, bis das Vermögen wieder die Schulden — oder gar alle gesetzlichen Reserveposten — deckt; dagegen auch Dernburg I § 87 Anm. 10). Anm. 11.

γ) Mit dem Eintritt der β zu gedachten Bedingungen, d. h. beim Nichtvorhandensein einer die Verteilung des Reingewinns ausschließenden gesetzlichen oder statutarischen Vorschrift und beim Vorhandensein eines die Verteilung anordnenden gültigen Generalversammlungsbeschlusses ist das Dividendenrecht ein unbedingtes Forderungsrecht geworden. Es ist aus dem Herrschaftsbereiche der Gesellschaft und der Aktionäre vollständig ausgeschieden, nur seine Quelle ist die Mitgliedschaft (ROHG. 18, 153; 19, 141; RG. 22, 113; 37, 62; Behrend § 118 Anm. 16 u. 17, sowie § 133 zu IV; Lehmann in ABürgR. 9, 388). Als Sonderrecht ist der Anspruch nunmehr nicht zu bezeichnen, weil er kein Gesellschaftsrecht, sondern ein Gläubigerrecht ist. Als solches ist er selbstverständlich unentziehbar, den Beschlüssen oder sonstigen Eingriffen der Gesellschaftsorgane unzugänglich (RG. 22, 113; 37, 62). Insbesondere kann er nicht nachträglich eingezogen werden wegen Verluste späterer Jahre (ROHG. 18, 154) oder des laufenden Jahres, oder gar wegen der bloßen Möglichkeit künftiger Verluste (RG. 40, 36) und kann sogar im nachträglich eröffneten Konkurse der Gesellschaft liquidiert werden (ROHG. 18, 153; Lehmann-Ring Nr. 5; Förtsch Anm. 6 zu Art. 217; Fuld in ZgA. 12, 260; Sievers in DJZ. 03, 85). Um so weniger wird der Anspruch dadurch beeinträchtigt, daß die zur Dividendenzahlung bestimmten Gelder nach Ablauf des Geschäftsjahres, auf welches sich die Dividende bezieht, unterschlagen werden (vgl. Anm. 11). Anm. 12.

δ) Nicht Bedingung der Auszahlung ist, daß der Reingewinn in flüssigen Mitteln vorhanden ist oder beim Ablauf des Geschäftsjahres war. War der Gewinn bilanzmäßig vorhanden, so muß er verteilt werden, auch wenn die flüssigen Mittel dazu nicht ausreichen. Der Reingewinn kann sich durch vorteilhafte Tauschgeschäfte gebildet haben, oder es können z. B. Warenvorräte oder sichere Hypotheken, aber kein bares Geld vorhanden sein. In solchen Fällen kann die Gesellschaft Darlehen aufnehmen, um die Dividende auszuzahlen, und es muß dies geschehen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag anderweite Vorschriften enthält oder anderweite Beschlüsse zuläßt (RG. 11, 162). So kann es auch kommen, daß dieselbe Generalversammlung beschließt, eine Dividende zu verteilen und, um die Mittel zur Verteilung zu beschaffen, einen Kapitalerhöhungsbeschluß faßt. Anm. 13.

§ 213. Anm. 14. **Zusatz 1. Träger des Dividendenrechts.** Zur Erhebung der Dividende hat der Verkehr zwei Arten von Urkunden ausgebildet: den Talon und den Dividendenschein.

Der Talon, vom Gesetz Erneuerungsschein genannt (§ 230; vgl. Deneke in Iherings J. 42, 352: Der Erneuerungsschein), ist das Legitimationspapier, auf Grund dessen die Dividendenscheine ausgehändigt werden. Er ist kein Inhaberpapier, sondern ein bloßes, eigenartig beschränktes Legitimationspapier (RG. 3, 154; 4, 141; 31, 147; Behrend § 133; Dernburg II § 149 IV). In dem Taloninhaber wird der Besitzer der Aktie oder wenigstens der von diesem mit Erhebung der Dividendenscheine Ermächtigte vermutet. Diese Vermutung wird entkräftigt durch den Widerspruch des Aktienbesitzers. In Kollisionsfällen hat daher der letztere den Vorzug. Das ist schon früher vom ROHG. (10, 319; 17, 31) angenommen worden und ist jetzt durch § 230 gesetzlich ausgesprochen. Die Rechtsprechung nahm früher an, daß der Talon Zubehör der Aktie ist (RG. 3, 155; 4, 141). Mit den Vorschriften des BGB. (§§ 97, 90) verträgt sich diese Annahme nicht mehr, da hiernach nur Sachen Zubehörstücke sein können, die mit der Hauptsache in einem der Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (Jacobi, Wertpapiere 292). Doch wird man berechtigt sein, die Zubehöreigenschaft im weiteren Sinne anzunehmen, und deshalb in bezug auf Veräußerungen und Belastungen den Talon so zu behandeln, wie eigentümliche Zubehörstücke, d. h. man wird annehmen müssen, daß die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung der Aktie sich im Zweifel auf den Talon erstreckt (§ 314 BGB.). Diese Quasizubehöreigenschaft kann durch selbständige Verpfändungen, z. B. Verpfändung der Aktie ohne den Talon, aufgehoben werden (RG. 23, 270). Auch kann dem Talon Inhaberqualitat beigelegt werden (Mot. z. BGB. II 712), und zwar durch einen Vermerk in der Urkunde (§ 793 BGB.).

Ein Talon verliert durch die Amortisation der Aktie seine Kraft (Anm. 4 zu § 228).

Anm. 15. **Der Dividendenschein** wird bei Namensaktien nach allgemeiner Übung auf den Inhaber gestellt. Notwendig ist die Ausstellung eines Dividendenscheins nicht. Es kann die Geltendmachung des Dividendenrechts auch an die Vorlegung der Aktie geknüpft sein, und das ist der Fall, wenn kein Dividendenschein ausgegeben wird. Ob der Dividendenschein, wenn er ausgegeben und auf den Inhaber gestellt ist, ein wahres Inhaberpapier, eine Schuldverschreibung auf den Inhaber im Sinne des § 795 BGB. ist, wird bestritten. Bisher wurde es ziemlich allgemein angenommen (so 6./7. Aufl.; Jacoby, Wertpapiere 282; Goldmann Anm. 22; Lehmann-Ring Nr. 6, Lehmann II 119); allerdings mit dem Zusatz, daß staatliche Genehmigung zu ihrer Ausgabe gemäß § 795 BGB. nicht nötig sei, da sie nicht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lauten. Diese Ansicht kann aber nicht aufrecht erhalten bleiben. Zwar geht Simon (bei Holdheim 11, 219) zu weit, wenn er den Dividendenschein als Legitimationspapier bezeichnet: dem widerspricht der Umstand, daß nach Feststellung der Dividende der Besitzer des Dividendenscheins ein selbständiges, auch übertragbares Recht auf die Dividende hat. Andererseits aber mangelt dem Dividendenschein das wichtigste Begriffsmerkmal der reinen Schuldverschreibung auf den Inhaber; die Leistung wird nicht nach Maßgabe des in der Urkunde verbrieften Versprechens geschuldet (§ 793 BGB.); sie ist vielmehr abhängig von dem Inhalt des Hauptrechts, auf das der Dividendenscheininhaber keinen Einfluß hat und aus dem er sich Einwendungen entgegensetzen lassen muß (so Staub im BankA. 2, 17 und GmbH. Anm. 9 im Exk. zu § 14, sowie in den nachgelassenen Notizen). Es liegt daher keine Schuldverschreibung auf den Inhaber, wohl aber ein Inhaberpapier in weiterem Sinne derart vor, daß das Recht selbständig verbrieft und durch Übergabe der Urkunde übertragen werden kann. Aus dieser Natur des Dividendenscheins ergeben sich nachstehende Folgerungen:

Der Dividendenschein gilt im Falle der Verpfändung der Aktie nicht ohne weiteres als mit verpfändet, sondern nur, wenn er mit übergeben wird (§ 1296 BGB.); bei Veräußerungen der Aktie gebührt dem Veräußerer ein entsprechender Teil der Dividende (§ 101 Nr. 1 BGB.), der nach Börsengebräuchen durch Vergütung von Stückzinsen ausgeglichen wird (Anm. 34 zu § 223). Der Dividendenschein ist selbständig, auch ohne die Aktie, veräußerlich und der jedesmalige Vorzeiger des Dividendenscheins gilt der Gesellschaft gegenüber als der Berechtigte (RG. 4,

142; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 586; Behrend § 133). Der Dividendenschein ist Träger des Dividendenrechts, als des bedingten Anspruchs auf Gewinn (Anm. 8) und Träger des Dividendenrechts als des unbedingt gewordenen Anspruchs auf Gewinn (Anm. 9), nicht aber Träger des Aktionärrechts auf Mitwirkung bei der Feststellung der Dividende. Daraus folgt, daß nicht der Dividendenscheininhaber, sondern der Aktionär bei Feststellung der Dividende mitzuwirken hat, auch wenn der letztere den Dividendenschein bereits veräußert hat (RG. 15, 99); der Aktionär, nicht der Dividendenscheininhaber, hat das Recht, die Bilanz anzufechten oder sonst Mitgliederrechte wahrzunehmen (RG. 14, 170; Bolze 2 Nr. 1118). Daraus folgt ferner, daß die Rechte des Dividendenscheininhabers nach Vorhandensein eines gültigen Generalversammlungsbeschlusses auf Gewinnverteilung durch spätere Beschlüsse nicht mehr geschmälert werden können (RG. 22, 114; vgl. Anm. 12). **§ 213.**

Einwendungen sind gemäß § 796 BGB. zulässig (und zwar solche, die die Gültigkeit der Ausstellung des Dividendenscheins betreffen; solche, die sich aus der Urkunde ergeben; solche, die dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen), ferner, die Einreden, die sich gegen den Aktionär aus seinem gesellschaftlichen Rechtsverhältnis ergeben (vgl. hierüber zu § 364). — Das Aufgebotsverfahren ist ausgeschlossen (§ 799 BGB.; vgl. jedoch § 228).

Zusatz 2. Verjährung des Dividendenrechts. Diese gestaltet sich verschieden, je nachdem ein Dividendenschein auf den Inhaber ausgegeben ist oder nicht. Ist kein solcher Dividendenschein ausgegeben, so verjährt der Anspruch in 30 Jahren. Die kurze Verjährungsfrist des § 197 BGB. ist darauf nicht anwendbar, weil es sich weder um Zinsen (vgl. Dernburg II § 18), noch um andere, regelmäßig wiederkehrende Leistungen handelt (RG. 9, 35; 24, 205). Die Einführung kürzerer Verjährungsfristen kann im Statut geschehen (RG. 9, 31). Anm. 16.

Ist aber ein Dividendenschein ausgegeben, so muß er innerhalb vier Jahren, gerechnet vom Schlusse des Fälligkeitsjahres, vorgelegt werden, widrigenfalls der Anspruch erlischt. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch innerhalb zwei Jahren seit dem Ablauf der Vorlegungsfrist. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gleich. In der Urkunde kann die Vorlegungsfrist anders bestimmt werden (alles dies bestimmt § 801 BGB.). Die letztere Bestimmung in der Urkunde ist natürlich nur gültig, wenn sie ordnungsmäßig beschlossen ist, d. h. durch Statutenbestimmung. Ist, wie vielfach üblich, im Statut bestimmt: Die Dividendenscheine verjähren in vier Jahren, so wird dies im allgemeinen trotz des Ausdrucks „verjährt" als Festsetzung einer Präklusivfrist anzusehen sein, die von den gesetzlichen Bestimmungen über Beginn, Hemmung und Unterbrechung der Verjährung unabhängig sein soll. Es ist aber auch hier anzunehmen, daß der Nachteil des Erlöschens des Rechts fortfällt, wenn der fruchtlose Ablauf der Frist dem Berechtigten nicht zum Verschulden gereicht (RG. bei Holdheim 13, 111).

Zusatz 3. Stempelpflichtig sind Dividendenscheine nicht; weder nach Tarif 2a des Reichsstempelgesetzes, weil keine Schuldverschreibung im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, noch nach Pos. 58 II des preußischen Stempelgesetzes, weil sie nicht auf Leistung von Geld gehen. Anm. 17.

Zusatz 4. Neben den Dividendenscheinen werden in neuerer Zeit häufig **andere Gewinnanteilscheine** ausgegeben, um die eigentliche Dividende kleiner erscheinen zu lassen. Es wird dem Inhaber aus dem Reingewinn ein jährlicher Höchstbetrag, ferner ein Betrag zur Tilgung der Rechte aus dem Schein ebenfalls aus dem Reingewinn versprochen. Solche Scheine sind, selbst wenn sie sich als Genußscheine bezeichnen, als Schuldverschreibungen zu versteuern (RG. 54, 24 und Anm. 29 zu § 179). Anm. 18.

§ 214.

Die Antheile am Gewinne bestimmen sich nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge. **§ 214.**

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so erhalten die Aktionäre aus dem vertheilbaren Gewinne vorweg einen Betrag von vier vom Hundert der geleisteten Einzahlungen; reicht der Jahres-

§ 214. gewinn hierzu nicht aus, so bestimmt sich der Betrag nach einem entsprechend niedrigeren Satze. Einzahlungen, die im Laufe des Geschäftsjahrs zu leisten waren, werden nach dem Verhältnisse der Zeit berücksichtigt, welche seit dem für die Leistung bestimmten Zeitpunkte verstrichen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Art der Gewinnvertheilung vorgesehen werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß regelmäßig die Aktienbeträge der Gewinnverteilung zugrunde zu legen sind** (Abs. 1), daß ausnahmsweise aber auch der Betrag der Einzahlungen zu berücksichtigen ist (Abs. 2), daß aber alle diese Bestimmungen durch Statuten geändert werden können. Der Paragraph verdankt seine Entstehung einer Anregung Simons (in seinen und Makowers Beiträgen zur Beurteilung des Entwurfs eines HGB. 65).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Regelmäßig kommen die Aktienbeträge in Betracht**, also der Nennwert der Aktien, nicht der Betrag der geleisteten Einzahlungen.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Eine Ausnahme macht der Fall, daß die Einzahlungen nicht auf alle Aktien gleichmäßig geleistet sind.** In diesem Falle erhalten die Aktionäre zunächst eine Vorzugsdividende bis zu 4% der geleisteten Einzahlungen, wobei auch die Zeit der Einzahlungen zu berücksichtigen ist.

Was nach Abzug dieser Vorzugsdividende übrig bleibt, wird nach Abs. 1, also nach Maßgabe der Nominalbeträge, verteilt.

Die Ausnahme greift aber nur Platz, wenn die Einzahlungen nicht auf alle Aktien gleichmäßig geleistet sind, wenn also auch nur ein einziger Aktionär vorhanden ist, der weniger eingezahlt hat, als die übrigen. Haben aber alle gleichmäßig eingezahlt, so erfolgt die Gewinnverteilung nach dem Verhältnis der Aktienbeträge. Lehmann-Ring (Nr. 3) und Goldmann (Anm. 5) beziehen § 214 Abs. 2 nur auf den Fall, daß nicht von allen Aktionären gleichmäßige Beträge eingefordert sind, nicht aber auf den, daß bei gleichmäßiger Einforderung einzelne nicht eingezahlt haben. Bei der allgemeinen Fassung („Sind die Einzahlungen nicht geleistet"), ist zu dieser einschränkenden Auslegung kein Grund. Natürlich bleibt der Gesellschaft außerdem das Recht aus §§ 218 ff.

Als Einzahlung im Sinne des vorliegenden Paragraphen ist zu verstehen, was auf den **Nennbetrag geleistet ist**, also einerseits nicht, was auf das Agio geleistet ist, andererseits aber nicht nur das bar Geleistete, sondern auch das durch Sacheinlagen Eingebrachte (Makower I 456).

Wird die Einzahlung im Laufe des Verteilungsjahres bewirkt (dies ist die Voraussetzung des § 214 Abs. 2 Satz 2), so wird die Einzahlung nicht vom Zeitpunkt ihrer Leistung, sondern ihrer Fälligkeit ab berücksichtigt. Die scheinbare Bevorzugung des nicht pünktlich einzahlenden Aktionärs wird ausgeglichen durch die Zinspflicht des § 218.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) **Der Gesellschaftsvertrag kann alle diese Bestimmungen ändern.** Er kann bestimmen, daß überhaupt nur die Aktionäre, die die Volleinzahlung gemacht haben, an der Dividende teilnehmen, oder er kann umgekehrt bestimmen, daß der Betrag der Einzahlungen in keiner Weise zu berücksichtigen und daher eine Vorzugsdividende nicht zu zahlen ist usw. Abs. 3 bezieht sich übrigens nicht nur auf Abs. 2, sondern auch auf Abs. 1; das Statut kann auch bei vollständiger oder gleichmäßiger Einzahlung die Gewinnverteilung anders als nach dem Verhältnis der Aktienbeträge bestimmen; insbesondere durch Gewährung von Vorzügen an gewisse Aktiengattungen (§ 185; Leist, Untersuchungen 78).

§ 215.

§ 215. Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre weder bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergiebt.

Für den Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebs erfordert, können den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden; der Gesellschaftsvertrag muß den Zeitpunkt bezeichnen, in welchem die Entrichtung von Zinsen spätestens aufhört. § 215.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt, daß den Aktionären nicht feste Zinsen zu gewähren sind, sondern nur der jährliche Reingewinn unter sie verteilt werden darf** (Abs. 1), mit einer in Abs. 2 festgesetzten Ausnahme. Der Grund der Bestimmung ist die Absicht, das Gesellschaftsvermögen zum Schutze der Gläubiger und der Aktionäre selbst möglichst unberührt zu halten und nicht mehr zu verteilen, als vom wirtschaftlichen Standpunkte entbehrlich erscheint. Auch so noch ist die Bestimmung zu lax. Ein Geschäft kann nicht gedeihen, sich nicht entfalten, wenn ihm alljährlich die Gewinne entzogen werden. Die Gewinne müssen zum Teil wenigstens als Betriebsmittel erhalten werden. Kein Einzelkaufmann entzieht seinem Geschäfte die jährlichen Gewinne; in den Verträgen über Errichtung offener Handelsgesellschaften wird stets bestimmt, wie viel vom Gewinne die Gesellschafter jährlich entnehmen dürfen und daß sie den Rest dem Geschäfte belassen müssen. Infolgedessen treffen auch die Statuten der Aktiengesellschaften teils durch Bilanzansatzvorschriften, teils durch Vorschriften über die Verteilung des Bilanzgewinnes, teils durch Autorisation der Generalversammlung Vorsorge, daß nicht der ganze Geschäftsgewinn alljährlich verteilt, sondern daß gewisse Teile dem Geschäfte erhalten, reserviert bleiben (vgl. zu § 260).

Soweit aber das Statut solche Vorsorge nicht trifft, muß alles verteilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als reiner Gewinn ergibt. Aber darüber hinaus darf nichts verteilt werden, außer in den Formen einer Kapitalherabsetzung nach § 288.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Regelmäßig dürfen nicht Zinsen, sondern nur der jährliche Reingewinn verteilt werden** (vgl. Anm. 3 zu § 213).

a) **Nicht Zinsen.** Das will sagen: Für die gemachten Einlagen dürfen nicht bestimmte periodische Leistungen zugesichert und gewährt werden. In manchen Statuten ist von Zinsen die Rede, wenn den Vorzugsaktien eine Vorzugsdividende zugesichert wird. Handelt es sich dabei um Bezüge aus dem Reingewinn, so kommt es auf die Bezeichnung Zinsen nicht an (Gareis Anm. 6; PrOVG. 7, 318).

Das Verbot bezieht sich auch auf Zinsversprechen an einen einzelnen Aktionär. Mit Recht aber macht Rehm (ZHR. 55, 460) darauf aufmerksam, daß derartige Zinsversprechen, denen Dividendengarantien natürlich gleichzustellen sind, nur dem Aktionär als solchem gegenüber unzulässig sind, d. h. dem, der die Aktien zeichnet oder übernimmt. Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf die Fälle, in denen die Gesellschaft eigene Aktien, die sie erworben hat, veräußert; hier steht ihr der Erwerber als Dritter gegenüber. Ihm kann sie daher als Teil der ihm gewährten Gegenleistung eine Dividende garantiern (anders ROHG. 17, 388).

Anm. 2. b) **Nur der aus der jährlichen Bilanz sich ergebende Reingewinn** ist verteilbar.

Die Vorschrift besagt das gleiche wie § 213: Dort ist im Gegensatze zu dem Anspruch auf Rückforderung der Einlagen, der vom Gesetze abgelehnt wird, gesagt, daß der Aktionär nur den Anspruch auf den jährlichen Reingewinn hat; hier wird im Gegensatze zu dem Anspruch auf Zinsen, der abgelehnt wird, ebenfalls gesagt, daß der Aktionär nur den Anspruch auf den jährlichen Reingewinn hat. Es ist hier der Gedanke nur in etwas anderer Weise zum Ausdruck gebracht, nämlich unter der Hervorhebung, daß *der aus der jährlichen Bilanz sich ergebende* Reingewinn maßgebend ist. Es sei deshalb im Anschluß hieran hier bemerkt, daß eine *Abschlagsdividende im Laufe des Geschäftsjahres* unzulässig ist (Behrend § 133).

Im übrigen kann infolge der Identität der Vorschrift mit § 213 auf die Erläuterungen zu dem letzteren verwiesen werden.

Anm. 3. c) Vorausgesetzt ist aber **„jährliche"** Bilanz (§ 260 „Jahresbilanz"). Ist daher das erste Geschäftsjahr kürzer als ein Jahr (was zulässig ist; vgl. Anm. 3 zu § 39), oder tritt durch

§ 215. die Verlegung des Geschäftsjahres oder bei Auflösung der Gesellschaft innerhalb des Geschäftsjahres eine Verkürzung auf weniger als ein Kalenderjahr ein, so kann für das verkürzte Geschäftsjahr Dividende nicht verteilt werden. Es ist zwar die Bilanz aufzustellen, der Gewinn ist aber vorzutragen und bei Ablauf des nächsten Geschäftsjahres mit zu verteilen, insoweit dann eine Gewinnverteilung überhaupt möglich ist (so Staub GmbH. § 29 Anm 14; Pinner 260 IV; dagegen Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 213, Nr. 2 zu § 260; Lehmann II 414; Rehm 798; OLG. Hamburg in ZHR. 37, 551; zweifelhaft Simon 115). Mit Recht weist Staub (l. c.) darauf hin, daß, wenn man die Verteilung für kürzere Perioden für zulässig erklärte, die Gesellschaft es in der Hand hätte, Vierteljahrs- oder Monatsdividenden zu verteilen, was dem Wortlaut und Sinne des Gesetzes widersprechen würde.

Anm. 4. d) **Scheinbare Ausnahmen von dieser Regel** (eine wirkliche Ausnahme behandelt Abs. 2) **sind die Fälle der Dividendengarantie und das Vorhandensein eines Dividendenergänzungsfonds.**

α) Die Dividendengarantie (Lit.: Hachenburg bei Holdheim 1, 102; Cohn bei Holdheim 2, 191; Reisch im BankA. 5, 31). Es ist zulässig, daß ein Dritter, etwa der Staat, der Gesellschaft gegenüber eine Dividendengarantie übernimmt (vgl. § 180 Abs. 2). Was dieses Wort wirtschaftlich bedeutet, liegt auf der Hand. Die juristische Bedeutung liegt nicht in einer Verbürgung. Dazu fehlt es an der Hauptschuld. Denn die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, Dividenden zu gewähren, wenn sie keinen Reingewinn erzielt hat. Hier aber wird gerade für diesen Fall ein Zahlungsversprechen geleistet. Vielmehr liegt darin die auf einer Schenkung, einem Darlehn, einem Gesellschaftsvertrage oder irgendeinem andern Rechtsgrunde beruhende Verpflichtung, das Gesellschaftsvermögen durch einen bestimmten Betrag zu einem bestimmten Zwecke zu vermehren (Behrend § 133 Anm. 28). In das Gebiet der Vertragsauslegung gehört die Frage, ob die Rentenzusage auch eine Rentabilitätszusage ist, so daß der Garant auch zur Deckung eines Bilanzverlustes (KG. in OLGR. 6, 28) verpflichtet ist (im Zweifel wohl nicht), ob, wenn während der Garantiezeit das Aktienkapital erhöht oder herabgesetzt ist, die Dividende auf das veränderte Kapital gezahlt werden muß (regelmäßig zu verneinen). Allgemeine Regeln hierüber, wie sie Hachenburg aufstellt, beruhen auf Willkür (vgl. Cohn; Lehmann-Ring Nr. 2; Pinner 102). Zweifelhaft ist insbesondere, ob die Gesellschaft oder die Aktionäre die Berechtigten sind. Regelmäßig wird das erstere anzunehmen sein (ROHG. 22, 226), doch ist auch das letztere möglich (§§ 328 ff. BGB.; vgl. auch PrOVGSt. 11, 225, wo auch die Steuerpflicht der Dividendengarantien behandelt ist). Für den Fall, daß die Garantie in der Aktie oder dem Dividendenschein Ausdruck gefunden hat, will Behrend § 133 Anm. 29 (ebenso Goldmann Anm. 10) schlechtweg dem Aktionär das Recht geben; allein in solcher Allgemeinheit ist die Annahme nicht gerechtfertigt, sondern nur dann, wenn die Urkunde einen Vermerk enthält, aus welchem deutlich hervorgeht, daß der Aktionär dem Garanten gegenüber der Berechtigte sein soll. Der Vermerk auf der Urkunde kann sehr wohl auch andere Bedeutung haben. Ist die Gesellschaft die Berechtigte, so sind deren Organe den Aktionären gegenüber verpflichtet, das so Erhaltene nur zu dem bestimmten Zwecke zu verwenden. Entgegenstehende Maßnahmen sind unberechtigt, und verpflichten den Vorstand zum Schadensersatz; entgegenstehende Generalversammlungsbeschlüsse aber sind nur anfechtbar, wenn eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung dabei verletzt ist. Sonst ist die Generalversammlung Herrin des Gesellschaftsvermögens und kann es auch zu anderen Zwecken verwenden, als es ursprünglich bestimmt war. Ein unentziehbares Sonderrecht des einzelnen Aktionärs auf Auszahlung bestimmter Summen liegt aber im Zweifel nicht vor. Eine Ausnahme von dem Prinzipe der in diesem Absatze niedergelegten Gesetzesvorschrift liegt bei der Dividendengarantie um deshalb nicht vor, weil diese Vorschrift nur verbietet, daß die Gesellschaft aus ihren Erträgnissen feste periodische Zahlungen an die Aktionäre leistet. Hier spielt sie, wenn sie auch juristisch anspruchsberechtigt ist, wirtschaftlich doch nur den Zahlungsvermittler zwischen dem Garanten und den Aktionären. Sie ist wirtschaftlich nur die Zahlstelle.

β) Das Vorhandensein eines Dividendenergänzungskontos oder -ergänzungsfonds. Seine Zulässigkeit ist nicht zweifelhaft. Auch dies ist nur eine scheinbare Ausnahme. Verbieten will das Gesetz nur, daß mehr verteilt wird, als verdient ist. Es bleibt aber der Selbstbestimmung der Gesellschaft überlassen, den Reingewinn eines Jahres aufzusparen für spätere Jahre. Solche Aufsparung liegt stets in dem sogenannten Gewinnvortrage. Aus Besorgnis, daß das nächste Jahr nicht genug ertragreich sein werde, oder auch aus dem rein formellen Grunde, weil der zur Verteilung gebrachte Prozentsatz eine runde Ziffer ergab und einen kleinen Gewinn übrig ließ, der, wenn er mitverteilt worden wäre, einen unhandlichen Bruchteil ergeben hätte, wird der Rest des Gewinnes zurückbehalten und einem besonderen Reservekonto oder dem Gewinnkonto für das nächste Jahr einverleibt. Derartige Konten können auf statutarischer Anordnung beruhen und sind alsdann zulässig (vgl. zu § 262). Wenn sie sonst gebildet werden, so ist dies anfechtbar. Über den Gewinnvortrag s. noch Anm. 32 zu § 262.

§ 215. Anm. 5.

II. (Abs. 2.) **Ausnahmsweise ist das Ausbedingen von Zinsen gestattet (Bauzinsen).** (Zur Lit. hierüber vgl. Keyßner in BuschA. 32, 99 ff.; Renaud, Rechtliche Gutachten herausgegeben von Hergenhahn I 309 ff.; ROHG. 22, 11 [Plenum] und 19). Die Bestimmung wird praktisch damit gerechtfertigt, daß die Beteiligung an manchen Aktienunternehmen eine nur geringe sein würde, wenn dem Aktionär zugemutet würde, während der langen Vorbereitungszeit jede Vergütung für die Einlage zu entbehren (Mot. z. AktGes. von 1884 I 242). Sie ist aber bedenklich, weil sie dem Grundsatz widerspricht, daß die Aktiengesellschaft nur das verteilen soll, was sie an Gewinn erzielt hat. Die von den Motiven zum Aktiengesetze von 1884 in Anlehnung an Keyßner a. a. O. versuchte theoretische Rechtfertigung, daß eine Werterzeugung durch die Errichtung des betriebsfähigen Ganzen aus seinen einzelnen Teilen vorliegt, erscheint schon deshalb gewagt, weil der so erzielte Wertsüberschuß doch nicht immer dem Betrage der gezahlten Zinsen gleichkommt.

Anm. 6.

Diese Ausnahme hat ihre besondere Rechtsnatur und gilt nur unter besonderen Voraussetzungen.

1. **Die Rechtsnatur des Bauzinsenversprechens.** Es sind nicht wirkliche Zinsen. Denn es fehlt am Hauptanspruch, am geschuldeten Kapital, der Aktienbetrag ist Einlage, die nicht zurückerstattet werden kann (vgl. Dernburg II § 18, 2d). Aber sie werden rechtlich wie Zinsen behandelt. Der Anspruch auf Bauzinsen ist ein reines Gläubigerrecht, daher auch im Konkurse als Forderung geltend zu machen. Einmal ausbedungen, unterliegt der Anspruch nicht mehr der Bestimmung der Generalversammlung, auch eine Statutenänderung kann den Anspruch weder aufheben noch schmälern. Er ist ein Forderungsrecht, wie der Dividendenanspruch nach der Feststellung durch die Generalversammlung (vgl. ROHG. 22, 21; Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 13; Cosack § 118 IV 1; Behrend § 118 Anm. 16; vgl. Anm. 12 zu § 213; anders Lehmann im ABürgR. 9, 388 und Aktienrecht II, 430: Mitgliedsrecht, aber unentziehbares Sonderrecht). Aber auch erhöht oder zeitlich verlängert kann der Zinsanspruch durch spätere Mehrheitsbeschlüsse nicht werden. Das würde die Ausnahme des Abs. 2 ausdehnen und im Widerspruche mit der Regel des Abs. 1 stehen (vgl. Keyßner in BuschA. 8, 411).

Anm. 7.

Bilanzmäßig gehören die gezahlten Bauzinsen zu den Herstellungskosten (KGJ. 20 A S. 48) und erscheinen daher unter den Aktivis, wenn der wahre Wert des Hergestellten dies zuläßt (Simon 378 ff.; Behrend § 133 Anm. 26; Pinner 104; Fischer, Bilanzwerte 8. Über Steuerpflicht PrOVGSt. 7, 315).

2. **Die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen des Bauzinsversprechens** sind:

Anm. 8.

a) Das Versprechen muß im Gesellschaftsvertrage abgegeben sein und zwar nur im ursprünglichen, nicht im abgeänderten, auch nicht im Kapitalserhöhungsbeschlusse (BayOLG. in ZHR. 40, 475; Pinner 103; ferner LG. Karlsruhe bei Bauer 7, 67; KGJ. 20 A S. 42; Dernburg I § 87 Anm. 19; anders Behrend § 133 Anm. 26 und Keyßner in ZHR. 51, 239).

§ 215. Für die erstere Ansicht spricht schon der Umstand, daß unter dem „Unternehmen", während dessen Vorbereitung die Zinsen gezahlt werden sollen, das Gesellschaftsunternehmen im Sinne des § 182 Nr. 2, die Basis der Gründung zu verstehen ist (vgl. auch Cosack § 118 IV 1: „für die ersten Jahre nach Gründung des Vereins"). Übrigens sind ja die Bauzinsen im Grunde genommen nichts anderes als Kapitalsrückzahlungen (vgl. Dernburg II § 18, 2 d), und solche können auf dem Wege einfacher Statutenänderung nicht beschlossen werden (vgl. § 288).

Anm. 9. b) Die Zinsen müssen in bestimmter Höhe festgesetzt sein. Sonst ist die ganze Vorschrift unwirksam (Förtsch Anm. 5 zu Art. 217).

Anm. 10. c) Sie müssen für eine bestimmte Kalenderzeit festgesetzt sein. Mit diesem Zeitpunkt hören sie spätestens auf.

α) Ist dieser späteste Zeitraum nicht kalendermäßig bestimmt, so ist das Zinsversprechen ungültig. Das geht jetzt aus § 215 Abs. 2 Satz 2 klar hervor, ist aber auch schon nach früherem Rechte angenommen worden (ROHG. 22, 13 ff.). Es genügt daher nicht, wenn im Gesellschaftsvertrage nur die Bauzeit als Frist genannt ist. Auch aus der staatlichen Konzessionsurkunde kann die Ergänzung der Frist nicht entnommen werden (ROHG. 22, 22). Ist die Frist abgelaufen, so hört die Zinszahlung auf, auch wenn die Vorbereitung des Unternehmens noch nicht beendet ist (ROHG. 22, 13 ff.).

Anm. 11. β) Die Zeit, die die Vorbereitung des Unternehmens erfordert, ist das Maximum. Ist die Frist zwar noch nicht abgelaufen, die Vorbereitung aber schon beendet, so hört die Zinszahlung auf. Ungültig ist daher die beliebte Statutenbestimmung, daß die Zinszahlung in einem gewissen festgesetzten Zeitabschnitt nach der Beendigung der Vorbereitung aufhört, z. B. am Schlusse des betreffenden Jahres usw. (vgl. Keyßner a. a. O.). Es kann daher auch nicht die Generalversammlung bindend beschließen, wann die Vorbereitung beendet sei; dies ist objektiv festzustellen und ev. im Prozeßverfahren vom Richter zu entscheiden.

Anm. 12. 3. **Die Bauzinsen gehören dem Aktionär, nicht dem Dividendenscheininhaber.**

Anm. 13. **Zusatz. Die Vorschriften des Paragraphen sind auf ältere Gesellschaften anwendbar.** Sie entsprechen ja auch dem älteren Recht. Aber wenn die vor der Einführung des HGB. errichteten Gesellschaften in ihren Statuten feste Aktienzinsen zugesichert haben, so ist die Bestimmung aufgehoben. Daß damit sogenannte wohlerworbene Rechte verletzt werden, verschlägt gegenüber dieser öffentlich-rechtlichen Vorschrift nicht (vgl. RG. 22, 1; Anm. 1—4 zu § 178).

§ 216.

§ 216. **Für wiederkehrende Leistungen, zu denen die Aktionäre nach dem Gesellschaftsvertrage neben den Kapitaleinlagen verpflichtet sind, darf eine den Werth der Leistungen nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht darauf bezahlt werden, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergiebt.**

Lit. siehe zu § 212.

Einleitung. **Die Vorschrift gestattet, ohne Rücksicht auf die Höhe des Reingewinnes, die Bezahlung von Vergütungen für wiederkehrende Leistungen der Aktionäre bis zur Grenze ihres Wertes.**

Anm. 1. 1. **Vergütungen für wiederkehrende Leistungen dürfen bezahlt werden.** Da die Nebenverpflichtungen nicht als Einlagen im Sinne des § 213, sondern als gesellschaftliche Beiträge, die allerdings auch in das Vermögen der Gesellschaft übergehen, anzusehen sind (Ebert 56; RG. 21, 153), so würde die Festsetzung einer Vergütung dem § 213 nicht widersprechen; wohl aber würde § 215 der Zahlung einer Vergütung ohne Rücksicht darauf, ob ein Reingewinn erzielt ist, entgegenstehen. Es war daher die ausdrückliche Vorschrift des § 216 nötig, die als Ausnahme von § 215 zu betrachten ist.

2. **Bis zur Grenze des Wertes der Leistungen.** **§ 216.**

a) Der Wert der Leistung zur Zeit, in der sie erfolgt, ist gemeint; im allgemeinen ist der Marktpreis oder der Preis, den die Gesellschaft auch sonst für die Leistung gezahlt hätte, wenn ein Fremder sie gemacht hätte, der Höchstpreis, den die Gesellschaft dem Aktionär zahlen darf. Nachheriges Sinken des Wertes hindert die Auszahlung des Wertes, den die Leistung zur Zeit hatte, in der sie erfolgte, nicht. Späteres Steigen berechtigt nicht zu entsprechender Mehrzahlung. Anm. 2.

b) Dieser Wert ist der Höchstpreis, den die Gesellschaft zahlen darf. Geringere Zahlungen sind natürlich gestattet. Verabredungen nach dieser Richtung sind statthaft. Zahlungen über diesen Höchstbetrag dagegen begründen die Haftung des Aktionärs gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 217 und die Haftung der Gesellschaftsorgane nach § 241 Nr. 1 und § 249. Ob auch der Gesellschaft gehaftet wird, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. Anm. 16 ff. zu § 217). In diesen Rechtsstreitigkeiten wird die Frage des Wertes ausgetragen. Dabei wird natürlich dem freien Ermessen der Verwaltungsorgane ein gewisser Spielraum gelassen werden müssen und nur bei außergewöhnlichen Wertsüberschreitungen werden die gesetzlichen Folgen einzutreten haben. Anm. 3.

Aus der Bestimmung, daß der Preis den Wert der Leistungen nicht übersteigen darf, folgt, daß die Festsetzung einer unbedingt zu zahlenden Mindestvergütung unzulässig ist. Erhält der Aktionär von der Gesellschaft Nebenvergütungen, werden ihm z. B., wie dies bei Rübenzuckergesellschaften üblich ist, die Diffusionsrückstände zurückgeliefert, so ist deren Wert in die Vergütung hereinzurechnen (RG. 48, 105). Anm. 4.

Die Zahlung einer den Wert übersteigenden Vergütung aus dem Reingewinn ist zulässig (so Lehmann-Ring Anm. zu diesem Paragraphen; Goldmann Anm. 3; Pinner 104; Wolff 346; dagegen Ebert 85). § 215 gestattet Verteilung des Reingewinns ohne Beschränkung, soweit nicht Gesetz und Statut entgegenstehen. § 216 ist eine Ausnahme von § 215 (vgl. Anm. 1); er gibt den Nebenleistungsaktionären ein weitergehendes Recht; aber er will sie nicht in ihren Rechten aus § 215 beschränken und beschränkt sie seinem Wortlaute nach auch nicht. Anm. 5.

Das Recht auf die Vergütung ist ein Mitgliedschaftsrecht, kein Gläubigerrecht; es kann daher auch im Konkurse der Gesellschaft nicht geltend gemacht werden (a. A. Sievers in DJZ. 03, 88). Anm. 6.

§ 217.

Die Aktionäre haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit sie den Vorschriften dieses Gesetzbuchs entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Was ein Aktionär in gutem Glauben als Gewinnantheil oder als Zinsen bezogen hat, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet. § 217.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern gegen die Aktionäre zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Die nach diesen Vorschriften begründeten Ansprüche verjähren in fünf Jahren vom Empfange der Zahlung an.

Der vorliegende Paragraph begründet eine Haftung des Aktionärs gegenüber den Gläubigern wegen Empfangnahme gesetzwidriger Zahlungen. Nach unserer Ansicht liegt darin eine Neuerung. Nach einer weit verbreiteten Ansicht war eine solche direkte Haftung auch früher schon Rechtens (vgl. 5. Aufl. § 6 zu Art. 218). Einleitung.

Nach unserer Ansicht gibt aber dieser Paragraph inhaltlich auch Regeln über den Anspruch der Gesellschaft auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen.

§ 217. Es ist daher auseinanderzuhalten: 1. der Anspruch der Gläubiger auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen von den Aktionären, 2. der Anspruch der Gesellschaft auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen von den Aktionären.

I. Der Anspruch der Gläubiger auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen von den Aktionären.

Anm. 1. 1. **Wer haftet?** Die Aktionäre, nach 1. Dem Aktionär steht aber in dieser Hinsicht gleich der Dividendenscheininhaber, auch wenn er nicht Aktionär ist (vgl. ROHG. 18, 157; Behrend § 133 Anm. 31; Goldmann Anm. 5). Denn der Dividendenschein gibt ihm nur den Anspruch auf gesetzliche Zahlungen. Die Folgen ungesetzlicher Zahlungsempfangnahme muß er als Korrelat jenes Rechts auf sich nehmen.

Ob die Genußscheininhaber ebenso haften, darüber entscheidet die rechtliche Natur der Genußscheine. Vgl. Anm. 24ff. zu § 179. Werden in ihnen Aktionärrechte verbrieft, so haften die Inhaber ebenso, sonst nicht.

Auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder und auf Beamte der Gesellschaft hinsichtlich ihrer Tantiemen bezieht sich der Paragraph direkt nicht. Hierüber vgl. Anm. 24.

Anm. 2. 2. **Wem wird gehaftet?** Den Gläubigern der Gesellschaft. Wenigstens spricht unser Paragraph zunächst nur davon (ob auch der Gesellschaft gehaftet wird, darüber Anm. 16). Von den Gläubigern kann jeder einzelne den Anspruch geltend machen, jeder in Höhe seiner Forderung. Durch Zahlung an die Gesellschaft, sofern auch diese im gegebenen Falle ein Rückforderungsrecht hat, ist der Aktionär befreit. Desgleichen ist er durch Zahlung an einen gegenüber allen übrigen Gläubigern befreit. Er kann auch den zweiten Gläubiger, der ihn in Anspruch nimmt, befriedigen und kann die Zahlung dem ersten, der sich an ihn wendet, entgegenhalten. Bestreitet er den Rückzahlungsanspruch und wird er von zwei Gläubigern auf denselben Betrag verklagt, so kann er zwar nicht Rechtshängigkeit einwenden, wohl aber Aussetzung des zweiten Prozesses beantragen. Es gilt hier im allgemeinen dasselbe wie bei der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern (vgl. daher Anm. 13ff. zu § 171). Das Recht ist demgemäß auch kein subsidiäres; vielmehr kann es von den Gläubigern geltend gemacht werden, ohne daß sie vorher gegen die Gesellschaft vorgehen. Es ist nicht, wie im § 241 Abs. 4 der Nachweis nötig, daß der Gläubiger von der Gesellschaft Befriedigung nicht erlangen kann (Pinner 106). — Gegenüber der Klage stehen dem belangten Aktionär alle Einwendungen zu, die die Gesellschaft vorbringen kann, weil der klagende Gläubiger ja nur dann einen Anspruch an den Aktionär hat, wenn er Gläubiger der Gesellschaft ist.

Anm. 3. Im Konkurse der Gesellschaft macht der Konkursverwalter das Recht geltend (Abs. 2). Wie dieses Recht des Konkursverwalters zu konstruieren, darüber s. Anm. 8 zu § 171. Hat der Gläubiger vorher geklagt und schwebt der Prozeß noch, so kann der Konkursverwalter in ihn eintreten.

Anm. 4. 3. **Voraussetzungen der Haftung.**

a) Objektive Voraussetzung ist, daß die Zahlung entgegen den Vorschriften des Gesetzes empfangen worden ist. Dahin gehören unrechtmäßige Bauzinsen, unrechtmäßige Dividenden, unrechtmäßige Liquidationserlöse, übermäßige Vergütungen für wiederkehrende Leistungen gemäß § 216.

Anm. 5. Praktisch sehr wichtig kann die Frage werden, inwieweit der Aktionär sich dem Gläubiger gegenüber darauf berufen kann, daß ein objektiv unrichtiger Beschluß der Generalversammlung durch Nichtanfechtung gültig, daher die Auszahlung der Dividende rechtmäßig geworden ist. Hier, wie es Goldmann (Anm. 8) tut, dem Gläubiger und dem Konkursverwalter das Recht zu geben, die Rückzahlung zu fordern, widerspricht dem Sinne des § 217. Allerdings haben die Gläubiger ein selbständiges Recht; sie haben dies aber nur, soweit „den Vorschriften dieses Gesetzes entgegen" Zahlungen geleistet sind. Nach § 213 haben die Aktionäre Anspruch auf den Reingewinn, soweit nicht Statut oder Gesetz entgegenstehen. Wird eine gesetzliche, öffentlichrechtliche Pflicht verletzt, so ist der Beschluß nichtig (vgl. Anm. 3 zu

§ 261); der Aktionär kann sich auf ihn nicht berufen. Über dispositive oder durch Statut festgesetzte Beschränkungen aber kann die Generalversammlung frei verfügen, vorbehaltlich der Anfechtung aus § 271. Wird der Beschluß nicht angefochten, so wird er objektiv gültig; die Zahlung aus ihm ist daher keine rechtswidrige. Es kann daher auch der Gläubiger den Aktionär, der wissend, daß der Beschluß die positiven Vorschriften verletzt hat, die Zahlung in Empfang nimmt, nicht zur Rückzahlung zwingen. Es geht dies schon daraus als Wille des Gesetzes hervor, daß eine Bestimmung wie in Abs. 4 Satz 2 § 241 nicht getroffen ist (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2; vgl. auch Staub GmbH. Anm. 9 zu § 33. Über die Rechte der Gesellschaft in solchem Fall vgl. Anm. 16 ff.). **§ 217.**

Wenn dagegen der Beschluß auf Dividendenverteilung, auf Grund dessen die Auszahlung erfolgt ist, mit Erfolg angefochten wird, dann wird der Fall der im vorliegenden Paragraphen angeordneten Haftung praktisch. Dann ist die Haftung an sich begründet und der Aktionär ist nur im Falle seines guten Glaubens vor Rückzahlungen geschützt. Anm. 6.

Bei sonstigen Zahlungen kann sich die gleiche Gestaltung ergeben. Es verletzt z. B. ein Generalversammlungsbeschluß auf Verteilung von Liquidationserlösen die betreffenden statutarischen Bestimmungen, der Beschluß aber wird nicht angefochten. Er wird dadurch gültig und die Aktionäre, die den Liquidationserlös auf Grund jenes Beschlusses empfangen haben, bleiben im Besitze desselben, weil der Empfang nachträglich gültig geworden ist. Anders aber, wenn öffentlich-rechtliche und unverzichtbare Vorschriften verletzt sein sollten, wenn z. B. beschlossen ist, zu verteilen, ehe alle Gläubiger befriedigt sind. In diesem Falle bleibt der Beschluß, besonders den Gläubigern gegenüber, unrechtmäßig und ebenso die daraufhin geleistete Zahlung. Anm. 7.

Sind Vorschriften des Gesetzes nicht verletzt, sind insbesondere auch die Gläubigerschutzvorschriften des § 301 beachtet, so kann ein nachträglich sich meldender Gläubiger weder verlangen, daß die Gesellschaft gegen die Aktionäre, die den Liquidationserlös empfangen haben, vorgeht, damit sie ihn zurückzahlen, denn die Gesellschaft hat einen solchen Anspruch nicht (vgl. Anm. 20), noch kann er auf Grund des § 217 selbst gegen ihn vorgehen. Denn in solchen Fällen haben die Aktionäre die Zahlungen nicht „den Vorschriften des Gesetzbuches entgegen“, sondern in Gemäßheit der Vorschriften des Gesetzbuchs empfangen. Ein Anspruch auf rechtlose Bereicherung ist dem Gläubiger ebenfalls versagt, weil dies ja wieder auf eine Haftung nach § 217 hinauslaufen würde, die Frage aber, inwieweit Aktionäre die von ihnen zum Nachteil der Gläubiger empfangenen Zahlungen an diese zurückzuzahlen haben, nunmehr im § 217 erschöpfend geregelt ist. Anm. 8.

Gleichgültig ist hier überall für die Existenz des Gläubigeranspruchs, ob die Gesellschaft selbst im Einzelfalle einen Anspruch auf Rückzahlung deshalb nicht hat, weil die Gesellschaftsorgane bei der Auszahlung sich nicht im Irrtum befanden (D. 145). Denn immerhin liegt in diesem Falle eine unberechtigte Verfügung über Gesellschaftsvermögen vor. Anm. 9.

b) In zwei Fällen muß noch eine subjektive Voraussetzung hinzutreten: der böse Glaube des Empfängers. Nämlich bei Empfangnahme von Dividenden und Zinsen, nicht auch bei Empfangnahme von Liquidationserlösen und übermäßigen Vergütungen für wiederkehrende Leistungen. Unter Zinsen sind Bauzinsen zu verstehen. Sonstige Zinsen sind nach § 215 überhaupt unzulässig; werden sie trotzdem gezahlt und in Empfang genommen, so schützt der gute Glaube nicht vor der Pflicht zur Rückzahlung. Anm. 10.

α) Der böse Glaube ist vorhanden, wenn dem Empfänger bekannt war oder aus grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war, daß die Zahlung unrechtmäßig ist (vgl. § 932 Abs. 2 BGB.). Entscheidend ist der Zeitpunkt des „Beziehens“. Die Einrede steht natürlich auch dem Dividendenscheininhaber zu, wenn dieser belangt wird (ROHG. 18, 159). Anm. 11.

β) Die Ansicht der 6./7. Aufl. (ebenso Staub GmbH. Anm. 4 zu § 31), daß der Empfänger seinen guten Glauben beweisen muß, kann nicht aufrecht erhalten werden. Satz 2 des Abs. 1 § 217 ist nicht als Ausnahme des Satz 1 aufzufassen. Beide Sätze enthalten vielmehr eine einheitliche Vorschrift, die die an sich dem Gläubiger obliegende Beweislast nicht Anm. 12.

§ 217. umkehrt (ebenso Lehmann II 435; Goldmann Anm. 11; Lehmann-Ring Nr. 3; Cosack § 118 VI 1; Pinner 106).

Anm. 13. γ) Der gute Glaube ist z. B. bei Bauzinsen vorhanden, wenn der Betrieb vor dem Ende der im Statut vorgesehenen Baufrist eröffnet wurde, ohne daß der Aktionär dies wußte.

Anm. 14. Als Gewinnanteil hat der Dividendenscheininhaber die Dividende auch dann empfangen, wenn für das betreffende Jahr gar keine Dividende verteilt werden sollte. Er hat dann ebenfalls eine Zahlung entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs erhalten, aber als Gewinnanteil, und wenn er im guten Glauben dabei war, so ist er geschützt. In bösem Glauben war er, wenn er vor Ablauf des Geschäftsjahres eine Abschlagsdividende erhielt.

Anm. 15. 4. **Verjährung des Anspruchs.** Der Anspruch der Gläubiger verjährt in fünf Jahren vom Empfange der Zahlung ab. Im übrigen finden die Vorschriften des BGB. über die Verjährung hier Anwendung; vgl. daher bei uns Anm. 12ff. zu § 159. Ist der Anspruch des Gläubigers an die Gesellschaft verjährt, so kann der Aktionär auch dies vorschützen, weil ihm alle Einwendungen zustehen, die die Gesellschaft vorbringen kann (vgl. Anm. 2).

Anm. 16. II. **Der Anspruch der Gesellschaft auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen an die Aktionäre.**

1. **Wer haftet?** Hier in Rede steht nur eine Haftung der Aktionäre, denen die Dividendenscheininhaber gleichstehen und die Genußscheininhaber, sofern der Genußschein den Genuß von Aktienrechten verbrieft (vgl. hierüber Anm. 1). Inwieweit Vorstands-, Aufsichtsratsmitglieder und Beamte der Gesellschaft haften, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Paragraphen und wird Anm. 24 erörtert.

Anm. 17. 2. **Wem wird gehaftet?** Hier handelt es sich um einen Anspruch der Gesellschaft. Dieser ist in dem vorliegenden Paragraphen nicht ausdrücklich festgesetzt, aber auch nicht beseitigt.

Anm. 18. 3. **Voraussetzung der Haftung.**

a) Objektive Voraussetzung ist die rechtswidrige Zahlung. Dahin gehören auch hier unrechtmäßige Bauzinsen, unrechtmäßige Dividenden, unrechtmäßige Liquidationserlöse, übermäßige Vergütungen für wiederkehrende Leistungen gemäß § 216.

Anm. 19. Bei Zahlungen, die auf Beschlüssen der Generalversammlung beruhen, ist zu unterscheiden

α) Sind öffentlichrechtliche Vorschriften verletzt, so ist der Beschluß ohne Anfechtung nichtig (Anm. 3 zu § 261); der Aktionär kann sich daher auf solchen Beschluß nicht berufen (wegen des guten Glaubens vgl. Anm. 22).

β) Sind verzichtbare, insbesondere statutarische, Vorschriften verletzt, so wird der Beschluß durch Nichtanfechtung gültig; die erfolgte Zahlung war daher keine rechtswidrige.

γ) Wird der Generalversammlungsbeschluß aus zivilrechtlichen Gründen, z. B. wegen betrüglicher Aufstellung der Bilanz angefochten, so ist der Beschluß unwirksam, und es kann sich der Aktionär nicht auf ihn berufen (wegen der bona fides vgl. auch hier Anm. 22).

Das ROHG. (18, 157) und das RG. (32, 96) lassen den Standpunkt erkennen, daß die nicht erfolgte Anfechtung (Fall β) für die Gesellschaft gleichgültig ist, diese vielmehr auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist in allen Fällen sich darauf stützen kann, daß der Beschluß unrechtmäßig ist. Der vom RG. angegebene Grund, daß die Bestimmung der Anfechtungsfrist sich nur auf die Rechte der Anfechtungsberechtigten beziehe, spricht gegen die Auffassung, weil ja auch die Gesellschaft (durch ihren Vorstand) anfechtungsberechtigt ist. Ist keine Anfechtung erfolgt, der Beschluß auch nicht wegen Verletzung öffentlichrechtlicher Normen oder aus zivilrechtlichen Gründen hinfällig, so wirkt er für und gegen jeden Aktionär, für und gegen die Gesellschaft.

Anm. 20. Ist ein Liquidationserlös in diesem Sinne unrechtmäßig ausgezahlt, wenn die Gläubigerschutzvorschriften beobachtet sind, sich aber nachträglich ein Gläubiger meldet? Wir müssen dies verneinen (vgl. Anm. 1). Wenn auch § 300 den Grundsatz ausspricht, daß das nach Berichtigung der Schulden vorhandene Vermögen verteilt werden soll, so ist dies doch nur ein Grundsatz, dessen Inhalt im § 301 ausgeführt ist. Verteilt wird eben alles, was übrig

bleibt nach Befriedigung oder Sicherstellung der bekannten Gläubiger. Ein unbekannt § 217. gebliebener Gläubiger bleibt unberücksichtigt. Und die Aktionäre haben einen obligatorischen Anspruch darauf, daß ihnen das, was nach Befriedigung oder Sicherstellung der bekannten Gläubiger übrig bleibt, ausgezahlt wird und demgemäß nichts verbleibt. Daß der gute Glaube des Aktionärs bei Auszahlung des Liquidationserlöses nicht gefordert wird, um einen Rückzahlungsanspruch zu begründen, hat eine andere Bedeutung. Das führt dazu, es bei objektiv ungehörig durchgeführter Liquidation für unerheblich zu erklären, ob der Aktionär in gutem Glauben darüber war, daß der Liquidationsbeschluß oder der Verteilungsplan in Ordnung war oder ob die Gläubigerschutzvorschriften beobachtet sind. Aber wenn alles dies objektiv in Ordnung ist, so hat er einen endgültigen Anspruch auf die Liquidationsraten, nach dessen Erledigung ihm der Betrag nicht wieder entrissen werden kann, nicht vom Gläubiger (vgl. oben Anm. 8) und nicht von der Gesellschaft. Auch im Falle der Einleitung einer neuen Liquidation gemäß § 302 Abs. 4 ändert sich daran nichts. Die Tatsache, daß die Liquidation durchgeführt und beendet ist, wird dadurch nicht beseitigt (vgl. zu § 302).

b) Die subjektiven Voraussetzungen sind die vom bürgerlichen Recht für Rückforderungsansprüche vorgesehenen. Es greifen hier §§ 812 ff. BGB. Platz. Danach müssen die Gesellschaftsorgane über ihre Verpflichtung zur Dividendenzahlung im Irrtum gewesen sein. Haben sie gewußt, daß ein Dividendenanspruch nicht bestand, so ist die Gesellschaft zur Rückforderung nicht berechtigt (es sei denn, daß in solcher Zahlung seitens des Vorstandes ein absichtliches Handeln zum Nachteil der Gesellschaft und in dem Wissen des Empfängers eine Kollusion zu erblicken ist). Aber wenn ein Anspruch der Gesellschaft nicht besteht, so kann freilich noch ein Gläubigeranspruch bestehen (vgl. oben Anm. 9). Anm. 21.

Das Gesetz verlangt aber bei Zinsen und Dividenden (nicht auch bei sonstigen rechtswidrigen Zahlungen) noch eine weitere subjektive Voraussetzung und zwar auf seiten des Aktionärs, nämlich den bösen Glauben. Denn indem Abs. 1 sagt, daß der Aktionär „in keinem Falle" das als Zins oder Dividende Empfangene zurückzuzahlen braucht, ist damit auch ein etwaiger Anspruch der Gesellschaft ausgeschlossen (so auch Makower I 463 und Goldmann Anm. 15; dagegen Lehmann-Ring Nr. 4). Das dürfte der Wortlaut des Abs. 1 deutlich ergeben und geht auch aus der D. 145 hervor, nach der die gutgläubigen Aktionäre in demselben Umfange geschützt werden sollten, wie früher. Früher aber war im Art. 218 der gutgläubige Aktionär in erster Linie gegen den Rückforderungsanspruch der Gesellschaft geschützt. Näheres über den bösen Glauben (Begriff; Beweislast; Beispiele) s. Anm. 10—14. Anm. 22.

4. **Verjährung des Gesellschaftsanspruchs.** Auch dieser verjährt in fünf Jahren. Denn es muß angenommen werden, daß sich Abs. 3 auch auf den Gesellschaftsanspruch bezieht. Unmittelbar ergibt sich das als richtig, wenn man zugibt, daß auch Abs. 1 sich in gewisser Hinsicht auf den Gesellschaftsanspruch bezieht (vgl. Anm. 22). Es leuchtet aber auch ohne dies ein, daß der Gesetzgeber allen Verjährungsansprüchen von Zinsen und Dividenden ein kurzes Ziel setzen wollte, um den Aktionär in absehbarer Zeit gegen solche Rückforderungen zu sichern. Anm. 23.

Der Wortlaut des Abs. 3 steht auch nicht gerade entgegen. Die „nach diesen Vorschriften begründeten Ansprüche" unterliegen der fünfjährigen Verjährung. Das kann sehr wohl bedeuten: die Ansprüche, die nach diesen Vorschriften begründet erscheinen, also auch der Gesellschaftsanspruch, soweit nicht der Einwand des guten Glaubens entgegensteht (a. A. Lehmann-Ring Nr. 4; Goldmann Anm. 16).

Zusatz 1. Ebenso, wie die Aktionäre, sind auch die Beamten der Gesellschaft sowie Vorstand und Aufsichtsrat zur Rückzahlung von **Tantiemen** verpflichtet, wenn sich herausstellt, daß in Wirklichkeit ein Gewinn nicht vorhanden war. Berechtigt ist hier lediglich die Gesellschaft, da ein Anspruch der Gläubiger nach dem Gesetz nicht gegeben ist. Voraussetzungen und Wirkungen der Rückforderung regeln sich lediglich nach §§ 812 ff. BGB.; die Ausnahmebestimmung des § 217 in betreff der bona fides und der Verjährung greift nicht Platz. Anm. 24.

§ 217. Auch hier kommt die Frage, inwiefern sich der auf Rückforderung Belangte auf die genehmigte Bilanz stützen, beziehungsweise, inwiefern die Gesellschaft Rechte aus der Unrichtigkeit herleiten kann, in Betracht. Man muß auch hier von den Anm. 19 dargelegten Grundsätzen ausgehen. Die Gesellschaft kann danach die Tantiemen trotz Generalversamlungsbeschlusses und ohne seine Aufhebung zurückfordern, wenn die Bilanz öffentlichrechtliche Grundsätze verletzt, wenn sie zivilrechtlich angefochten werden kann, nicht aber, wenn dispositive Vorschriften verletzt sind und die aktienrechtliche Anfechtungsfrist verstrichen ist (so in letzterem Punkte RG. 11, 160, das im übrigen auf dem Standpunkt steht, daß die auf Grund festgestellter Bilanz gezahlten Tantiemen nur zurückgefordert werden dürfen, wenn der Generalversammlungsbeschluß, der die Bilanz genehmigt hat, aufgehoben ist).

Anm. 25. Zusatz 2. **Übergangsfrage.** Zahlungen, die unter der Herrschaft des früheren Rechts empfangen wurden, sind nach älterem Rechte der Rückforderung unterworfen. Für die Verjährung gilt Art. 169 EG. z. BGB. (vgl. Anm. 8 zu § 160).

§ 218.

§ 218. Ein Aktionär, der den auf die Aktie eingeforderten Betrag nicht zur rechten Zeit einzahlt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Ist im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes bestimmt, so hat die Aufforderung zur Einzahlung in der Weise zu geschehen, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgen.

Lit.: Biberfeld in ZgA. 10, 289, Zur Lehre von der Kaduzierung.

Anm. 1. **Vorbemerkung zu den §§ 218—221.** In diesen Paragraphen ist die Haftung für den Aktienbetrag gesetzlich geregelt und zwar in der Weise, daß für die Vollzahlung des Aktienbetrages in erster Linie der zeitige Aktionär, in zweiter Linie die Zwischenaktionäre bis herab zum Zeichner haften. Rückstände können dabei regelmäßig nur so lange vorkommen, als Interimsscheine oder Namensaktien mit dem Vermerke der nicht voll geleisteten Einzahlung vorhanden sind. Denn die Inhaberaktie soll nicht vor der Vollzahlung ausgegeben werden, und wenn es dennoch unrechtmäßigerweise geschieht, so folgt die Nachzahlungspflicht nicht den hier aufgestellten Regeln. Diese beziehen sich vielmehr nur auf den gesetzlichen Fall, daß vor der Volleinzahlung Urkunden ausgegeben sind, denen man es ansieht, daß es sich um noch nicht vollbezahlte Aktienrechte handelt. Es geht dies z. B. aus der Vorschrift über den Fristbeginn des § 220 Abs. 2 hervor. Damit die Gesellschaft die ihr hiernach verhafteten Personen kenne, müssen die Interimsscheine auf Namen lauten, und es gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär, wer in das Aktienbuch eingetragen ist. Darauf zielt auch anscheinend die Haftung des Vorstandes nach § 241 Nr. 4 und des Aufsichtsrats nach § 249 Abs. 3 für die Schäden, die der Gesellschaft aus der Ausgabe von Inhaberaktien vor der Vollzahlung entstehen.

Anm. 2. Der Erwerb einer Aktie, auf der noch eine Zahlungspflicht ruht, äußert hiernach nicht nur gegenüber dem Kontrahenten, sondern auch der Gesellschaft gegenüber verpflichtende Wirkungen. Der Erwerber wird selbständig verpflichtet, die statutarische Einzahlung zu leisten. Auch kommt es darauf, ob zwischen den Kontrahenten wirklicher Eigentumserwerb beabsichtigt war, der Gesellschaft gegenüber hierbei nicht an (RG. 3, 163; 41, 17). Desgleichen kommt es für diese der Gesellschaft gegenüber bestehende Nachzahlungspflicht darauf nicht an, ob der Erwerber das Aktienrecht gutgläubig erworben hat d. h. in der Meinung oder vielleicht gar gegen die Zusicherung seines Rechtsvorgängers, sie sei vollbezahlt; der Erwerber eines Interimsscheins

oder einer Namensaktie mit dem Vermerke der nicht voll geleisteten Einzahlung kann sich der § 218. Gesellschaft gegenüber darauf nicht berufen.

Die §§ 218—220 beschäftigen sich, wie zu beachten ist, nur mit Geldzeichnungen, der Anm. 3. § 221 auch mit Sacheinlagen. Bei verzögerter Leistung der letzteren, sowie bei Nichterfüllung sonstiger Verpflichtungen des Aktionärs treten die allgemeinen Rechtsfolgen des Verzuges ein (über Nebenleistungen vgl. Anm. 21 zu § 212).

Der vorliegende Paragraph behandelt den Umfang der Haftung des zeitigen Aktionärs. Anm. 4. Dabei werden in umgekehrter Reihenfolge, als es logisch hätte geschehen sollen, zunächst die Folgen der nicht rechtzeitigen Einzahlungen (Abs. 1 u. 2) und sodann die Voraussetzungen der Fälligkeit (Abs. 3) behandelt.

Als selbstverständlich ist hier nicht besonders erwähnt, daß der zeitige Aktionär für den Hauptbetrag auch in der Weise haftet, daß er deshalb verklagt und gegen ihn vollstreckt werden kann (vgl. hierüber die Einl. zu § 219).

Als selbstverständlich ist ferner nicht erwähnt, wer denn eigentlich als zeitiger Aktionär haftet. Das ergibt sich aus § 223: Der in das Aktienbuch eingetragene Aktionär. Denn dieser gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär (vgl. auch § 220 Abs. 2).

1. (Abs. 1 u. 2.) **Die Folge der nicht rechtzeitigen Einzahlung ist Zahlung von Zinsen und Vertragsstrafe.** Anm. 5.

a) **Zinsen.** Diese sind von Rechts wegen zu zahlen, d. h. ohne besondere Abrede und Mahnung (RG. 9, 44) und überhaupt ohne besonderen Verzug, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung. Um dies klar zu stellen, ist wohl der Ausdruck „Verzugszinsen" jetzt vermieden worden. Der zeitige Aktionär haftet für Zinsen, auch wenn die Ausschreibung vor seinem Erwerbe stattgefunden hat, aber auch nur der zeitige Aktionär; die subsidiäre Haftung des Rechtsvorgängers bezieht sich nach § 220 nur auf den eingeforderten Betrag, nicht auf die Nebenforderungen. Die Höhe der Zinsen ist 5 %, da § 352 Abs. 2 Platz greift.

b) **Vertragsstrafen.** Diese treten ein, wenn der Gesellschaftsvertrag sie vorsieht, und zwar Anm. 6. der ursprüngliche oder der, der vor der Ausgabe der betreffenden Aktien abgeändert wurde (ROHG. 19, 297). Hervorzuheben ist aber, daß sowohl nach dem Wortlaut des § 218 als auch gemäß §§ 211, 221 die Vertragsstrafe nur für den Fall nicht rechtzeitiger Einzahlung, nicht aber für den Fall der Nichterfüllung festgesetzt werden darf. Schon aus diesem Grunde kann die Bestimmung des § 340 BGB. (die Staub GmbH. Anm. 17 zu § 20 für bedingt anwendbar erklärt), überhaupt nicht zur Anwendung kommen, da diese Vorschrift voraussetzt, daß die Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung bedungen ist. Im übrigen aber finden die Vorschriften §§ 339 ff. BGB. Anwendung. Der Ansicht von Marcus (SeuffBl. 70, 83), der dies insbesondere für § 343 bestreitet, kann nicht beigetreten werden. An sich ist es unzweifelhaft, daß, wenn ein Gesetz ein Institut eines anderen Gesetzes mit der Bezeichnung des letzteren übernimmt, alle dort aufgestellten Regeln auch hier gelten sollen. Die in § 212 bezeichnete Vertragsstrafe ist daher an sich dieselbe wie die des BGB., soweit man nicht annimmt, daß die in letzterem aufgestellten Rechtssätze aktienrechtlichen Prinzipien widersprechen. Dies ist aber nicht der Fall. Mag man sich auf den Standpunkt stellen, daß das Statut ein Vertrag ist oder nicht — das Gesetz spricht vom Gesellschaftsvertrag —, so liegt unter allen Umständen in der Zeichnung oder der Übernahme der Aktie die Übernahme vertraglicher Verpflichtungen durch den Aktionär. Auch hier stehen Gesellschaft und Aktionär sich als Berechtigte und Verpflichtete gegenüber. Die für die Nichterfüllung festgesetzte Vertragsstrafe hat daher dieselbe rechtliche Natur wie die Vertragsstrafe des BGB.

Es kommen danach die Regeln der §§ 339 ff. BGB. zur Anwendung. Die Anm. 7. Forderung auf Vertragsstrafe setzt also Verzug voraus (§ 339 BGB.), eine Verzögerung infolge von Umständen, die der Aktionär zu vertreten hat (§ 285 BGB.), mithin, da besondere Vorschriften weder für Aktionäre im besonderen, noch für Mitglieder eines Vereins überhaupt gegeben sind, die im § 708 BGB. angeordnete Haftung für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten sich aber nur auf die Mitglieder einer Gesellschaft, nicht eines rechts-

§ 218. fähigen Vereins bezieht, infolge von Umständen, die zurückzuführen sind auf Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst oder seiner Gehilfen (§§ 276, 278 BGB.). Ist der Aktionär Kaufmann, so ist die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zugrunde zu legen (§ 347 HGB.). Die Gesellschaft kann die Strafe neben der Einzahlung verlangen und, wenn sie nach Lage der Sache Schadensersatz zu fordern hat, auch noch den weitergehenden, d. h. den Schaden, der über den Betrag der verwirkten Strafe hinausgeht (§ 341 BGB.). Der Anspruch auf die Vertragsstrafe (nicht auch der auf Schadensersatz) geht aber unter durch vorbehaltlose Annahme der verzögerten Einzahlung (§ 341 Abs. 2 BGB.). Endlich gilt, wie bemerkt, für diese Vertragsstrafe das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. Dies fällt nur dann fort, wenn der Aktionär zur Zeit der Zeichnung Vollkaufmann war (§§ 348 und 351 HGB.). Wie nun aber, wenn der erste Zeichner Vollkaufmann ist, der spätere Erwerber und zeitige Aktionär nicht Vollkaufmann ist? In diesem Fall ist mit der allgemeinen Ansicht (Lehmann II, 392; Goldmann Anm. 16; Lehmann-Ring Nr. 5) anzunehmen, daß das Ermäßigungsrecht gegeben ist, da als maßgebend die Zeit der Verfehlung anzusehen ist. War daher zur Zeit der Verletzung der Einzahlungsverpflichtung ein Nicht-Vollkaufmann Aktionär, so kann er die Ermäßigung beanspruchen.

Anm. 8. c) **Die Zinsen und die Vertragsstrafe nebeneinander** können zwar statutarisch vorgesehen sein. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so sind neben der Vertragsstrafe Zinsen nicht zu fordern. Das hat das RG. (9, 44) für das preußische Landrecht und für das frühere Handelsrecht ausgesprochen, es muß aber auch nach neuem Recht gelten. Denn auch in dem vorliegenden Paragraphen Abs. 1 sind die Zinsen als Schadensersatzforderung, als Mindestbetrag des dem Gläubiger erwachsenen Schadens, gedacht. Es kann nun aber zwar neben der Vertragsstrafe ein weiterer Schaden liquidiert werden. Aber dann muß die Höhe desselben konkret nachgewiesen werden (§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB.). Der Mindestbetrag des Schadens ist in diesem Falle die Vertragsstrafe; neben dieser können nicht außerdem Zögerungszinsen, die auch nur den Mindestbetrag des Schadens darstellen, liquidiert werden. — Der Anspruch auf Prozeßzinsen aber wird durch die Vertragsstrafe nicht beseitigt. Auch dies hat das RG. (9, 44) früher angenommen, und auch jetzt muß es gelten, da die Prozeßzinsen auch nach dem neuen Recht nicht als eine Art Schadensersatz gedacht sind (§ 291 BGB.).

Anm. 9. d) **Weiterer Schaden** kann sowohl neben den Zinsen, als neben der Vertragsstrafe gefordert werden, jedoch nur für den Fall des Verzugs (§§ 286, 288 Abs. 2 BGB.). Ersteres folgt aus Abs. 1 Satz 2 des vorliegenden Paragraphen, letzteres aus § 341 Abs. 2 BGB.

Zinsen und Vertragsstrafe können erlassen werden. § 221 erwähnt den § 218 nicht.

Anm. 10. 2. (Abs. 3.) **Voraussetzungen der Fälligkeit der Einzahlungen** ist Einforderung derselben.

a) Diese erfolgt durch die Gesellschaftsorgane und wird nicht, wie Behrend § 120 Anm. 7 annimmt, durch die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über bestimmte Zahlungstermine ersetzt. Denn der Gesellschaftsvertrag wird durch das Gericht veröffentlicht, hier aber handelt es sich um eine Bekanntmachung der Gesellschaft. Daß aber die hier vorgesehenen schweren Folgen ohne irgendwelche Aufforderung eintreten sollen, ist nicht anzunehmen. Das Gesetz geht schon weit genug, indem es eine besondere Aufforderung für nicht nötig hält. Auch die im Zeichenschein enthaltene Bestimmung der Zahlungstermine reicht nicht aus.

Anm. 11. b) Sie erfolgt von allen Aktionären derselben Gattung gleichmäßig.

Anm. 12. c) Die Form ist die der gewöhnlichen Gesellschaftsveröffentlichung. Daß die Unterschrift des Vorstandes dabei fehlt, hat das Reichsgericht für unerheblich erklärt (Bolze 5 Nr. 755), wie es auch im übrigen in diesem Urteil für entscheidend erachtet hat, daß die Bekanntmachung deutlich genug ist, damit der Aktionär ersehen könne, sie beziehe sich auf ihn und seine Aktien. In jenem Falle waren in der Bekanntmachung die Aktien mit Nummern bezeichnet, der betreffende Aktionär aber hatte eine Interimsquittung ohne Nummern erhalten. Gleichwohl hatte dies das RG. für genügend erachtet, weil der Aktionär tatsächlich der Bekanntmachung entnommen hatte, daß die Aufforderung auch ihm gelte.

d) **Die Fristen**, innerhalb deren die Einforderungen erfolgen, sind entweder im Gesellschaftsvertrage enthalten, oder die Generalversammlung bestimmt sie, oder sie überträgt die Bestimmung dem Aufsichtsrat. Sonst sind sie dem Gesellschaftsvorstande nach seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, und es ist der Einwand nicht zulässig, daß die Einforderung für die Gesellschaftsbedürfnisse nicht erforderlich sei. § 218. Anm. 13.

Zusatz 1. Die Zahlungen, die die Gesellschaft infolge der Nebenverpflichtungen der Aktionäre erhält, sind Reingewinn und daher als Dividende verteilungsfähig (KB. z. AGes. v. 1884, 17), wenn es sich auch allerdings empfiehlt, sie deshalb, weil sie keine Betriebsgewinne sind, einem Reservekonto zuzuführen. Jedenfalls aber besteht keine gesetzliche Pflicht, sie dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführen. Denn in diesen muß nur das Agio fließen, d. h. der Betrag, den die Gesellschaft dadurch erzielt, daß der geforderte **Ausgabepreis** der Aktie mehr als die Normalziffer betrug. Anm. 14.

Zusatz 2. Im Konkurse des Aktionärs ist § 17 KO. nicht anwendbar (dagegen RG. 2, 264). Die Aktiengesellschaft hat bereits erfüllt, sie hat dem Zeichner das volle Mitgliedsrecht gewährt, da dies durch die Eintragung der Gesellschaft entsteht. Hier liegt vielmehr ganz einfach ein Fall der Nichtzahlung vor und es treten die Folgen des § 219 ein, aber es hat der Konkursverwalter auch das Recht, den Aktienbetrag voll zu zahlen (so überall zutreffend Jaeger, KO. Anm. 4 u. 5 zu § 17). Wenn Goldmann (Anm. 22) diese Ansicht als widerspruchsvoll bekämpft, da, wenn lediglich ein Fall der Nichtzahlung vorläge, die Gesellschaft nur ein Recht auf Konkursdividende habe, so ist dies unrichtig. Natürlich hat die Gesellschaft das Recht, ihre Forderung anzumelden; ebenso natürlich aber bleibt ihr das Recht nach § 219, dem Verwalter eine Frist zur Einzahlung zu setzen; zahlt dieser ein, so bleibt das Aktienrecht unberührt, zahlt er nicht ein, so ist die Gesellschaft berechtigt, gemäß § 219 zu verfahren. Anm. 15.

Im **Konkurse** der Aktiengesellschaft muß der Aktionär die Vollzahlung leisten (ROHG. 20, 275), kann aber allerdings auch die Aushändigung der Aktienurkunden, soweit sie in der Masse vorhanden sind, auf Grund des § 43 KO., die Ausfertigung von Urkunden, soweit diese noch nicht erfolgt ist, und die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung, soweit die Aktien veräußert sind, gemäß § 46 KO. verlangen (Jaeger, Anm. 6 zu § 17 KO. und Anm. 8 zu § 292).

§ 219.

Erfolgt die Einzahlung nicht rechtzeitig, so kann den säumigen Aktionären für die Zahlung eine Frist mit der Androhung bestimmt werden, daß sie nach dem Ablaufe der Frist ihres Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen verlustig erklärt werden. § 219.

Die Aufforderung muß dreimal in den im § 182 Abs. 3 bezeichneten Blättern (Gesellschaftsblättern) bekannt gemacht werden; die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte Bekanntmachung mindestens einen Monat vor dem Ablaufe der für die Einzahlung gesetzten Nachfrist erfolgen. Sind die Antheilsrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar, so genügt an Stelle der öffentlichen Bekanntmachungen der einmalige Erlaß besonderer Aufforderungen an die säumigen Aktionäre; in diesen Aufforderungen muß eine Nachfrist gewährt werden, die mindestens einen Monat von dem Empfange der Aufforderung an beträgt.

Zahlt ein Aktionär den auf die Aktie zu leistenden Betrag ungeachtet der Aufforderung nicht ein, so ist er seines Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig zu erklären. Die Erklärung erfolgt mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

§ 219. An Stelle der bisherigen Urkunde ist eine neue auszugeben, die außer den früher geleisteten Theilzahlungen den eingeforderten Betrag zu umfassen hat. Wegen des Ausfalls, den die Gesellschaft an diesem Betrag oder an den später eingeforderten Beträgen erleidet, bleibt ihr der ausgeschlossene Aktionär verhaftet.

Einleitung. **Die Kaduzierung als Folge der Säumigkeit des Aktionärs.** Die Gesellschaft ist zwar berechtigt, den mit seinen Einzahlungen säumigen Aktionär durch Klage und Zwangsvollstreckung zur Zahlung anzuhalten, aber sie bedarf eines noch stärkeren Mittels, schon um bei fruchtloser Zwangsvollstreckung die Möglichkeit anderweiter Verwertung des Aktienrechts zu haben. Dieses stärkere Mittel ist die Kaduzierung. Sie bezieht sich, wie überhaupt die Vorschriften in den §§ 218—220, nur auf den Fall, daß Barzahlungen ausstehen, nicht auf Sacheinlagen (vgl. die Vorbemerkung zu § 218; auch Behrend § 120 Anm. 13). Eine Kaduzierung von Aktien, die einem Einbringer gegeben sind, ist daher unzulässig (über Kaduzierung bei Nebenleistungen vgl. Anm. 21 zu § 212).

Anm. 1. 1. **Voraussetzung des Kaduzierungsverfahrens** ist, daß mindestens ein Aktionär säumig ist, d. h. daß er trotz der nach § 218 erlassenen Aufforderung nicht zahlt, sowie daß die Gesellschaft bereits eingetragen war. Vor Eintragung kann keine Kaduzierung stattfinden (RG. 54, 392).

Anm. 2. 2. **Wer hat über die Einleitung des Kaduzierungsverfahrens zu entscheiden?** Es bleibt dem Gesellschaftsvertrage überlassen, hierüber Bestimmung zu treffen, insbesondere den Vorstand oder den Aufsichtsrat damit zu betrauen. Oder es kann auch der Generalversammlung überlassen bleiben, hierüber Anordnung zu treffen. Ist im Gesellschaftsvertrage nichts bestimmt, und enthält sich auch die Generalversammlung einer Anordnung, so hat der Vorstand nach seinem pflichtgemäßen Ermessen darüber zu beschließen, ob und wann das Kaduzierungsverfahren eingeleitet werden soll. Denn es muß nicht, sondern es kann nur eingeleitet werden. Ein Klagerecht der Aktionäre oder gar der Gläubiger auf Einleitung gibt es nicht. Doch ist es Sache des Aufsichtsrats, auf Grund seiner allgemeinen Überwachungspflicht im Bedürfnisfalle darauf zu dringen. Ist das Verfahren aber einmal eingeleitet, so muß es auch durchgeführt und die Verfallserklärung ausgesprochen werden, und zwar gegen alle Säumigen, nicht nur gegen einzelne, und genau in Gemäßheit des vorliegenden Paragraphen (KB. z. AGes. v. 1884, 17). Irgendwelche Nachfrist oder Nachsicht oder gar Befreiung von der Verfallserklärung oder von der Haftung für den Ausfall aus besonderen Entschuldigungsgründen oder auch nur Stundung der Beiträge ist unstatthaft. Auch statutarische Bestimmungen solchen Inhalts sind ungültig. Die Vorschriften des Gesetzes sind zwingenden Rechts (vgl. unten Anm. 10), zwingend jedoch nur im Interesse der Gesellschaft. Der säumige Aktionär hat, solange der Ausschluß nicht erfolgt ist, nicht das Recht, sich seiner Zahlungspflicht unter Hinweis auf den angedrohten Ausschluß zu entziehen (RG. 51, 416; dagegen Lehmann II 132), wohl aber kann er bis zum Ausschluß noch zahlen (vgl. Anm. 4).

Anm. 3. 3. **Das Kaduzierungsverfahren zerfällt in zwei Teile:**

a) **Die Androhung der Verfallserklärung.** Sie muß dreimal in den im § 182 Abs. 3 bezeichneten Gesellschaftsblättern bekannt gemacht werden, die erste Bekanntmachung mindestens drei Monate, die letzte mindestens einen Monat vor Ablauf der Nachfrist. Eine Frist zwischen den einzelnen Bekanntmachungen ist nicht vorgesehen. Doch muß irgendwelcher Zeitraum dazwischen liegen, weil es sonst nicht verschiedene Bekanntmachungen wären. Ein Zwischenraum von einem Tage genügt. Bei Gesellschaften mit vinkulierten Namensaktien genügt eine einmalige Bekanntmachung durch besondere Zuschrift. Eine besondere Form für diese ist nicht vorgeschrieben. Einschreibebriefe oder Gerichtsvollzieherzustellungen werden hierbei am geeignetsten sein. Die Androhung richtet sich, wie oben zu 2 hervorgehoben ist, gegen alle Säumigen. Sie muß die Androhung enthalten, daß der Gesellschafter mit seinem Anteile ausgeschlossen werde, oder gleichwertige Worte; aber die allgemeine Androhung „zur Vermeidung der gesetzlichen Nachteile" genügt nicht. Doch brauchen die Aktionäre nicht noch

Namen genannt zu werden, die Angabe der Aktiennummern genügt (vgl. Anm. 12 zu § 218; ferner Lehmann-Ring Nr. 2 und Lehmann 2, 130; Behrend § 120 Anm. 16). Unbedingt erforderlich ist auch diese nicht, wenn die Aktien nur sonst so deutlich bezeichnet sind, daß die Inhaber die Androhung auf sich beziehen müssen. Es genügt z. B. „Alle die Zeichner, die mit der 4. Rate im Rückstande sind". Das KG. (OLGR. 1, 435) hält dies nicht für genügend, weil in dem Fall, daß der eingeforderte Betrag rechtzeitig eingeschickt, aber unterschlagen oder sonst nicht in den Besitz der Gesellschaft gekommen sei, der Gesellschafter nicht wissen könne, daß er säumig sei; doch sind dies Ausnahmefälle, auf die nicht Rücksicht zu nehmen ist. Jedenfalls müssen die Aktionäre, bei denen solche Fälle nicht vorliegen, die Bekanntmachung gegen sich gelten lassen. § 219.

b) **Die Verfallserklärung** selbst. Sie liegt in der Bekanntmachung, daß der Aktionär seiner Rechte aus der Aktie und der geleisteten Barzahlungen zugunsten der Gesellschaft verlustig erklärt wird (OLG. Karlsruhe in ZHR. 43, 343), wobei gleichfalls die Angabe der Aktiennummern genügt. Daß die Aktiennummern gerade unbedingt erforderlich seien, kann auch hier nicht gesagt werden. Jedenfalls aber muß hier eine solche Bezeichnung gefordert werden, die nicht nur, wie bei der Androhung, dem Aktionär, sondern dem Verkehr gegenüber genügt, um diesen vor dem Handel mit kaduzierten Aktien zu schützen; denn das ist ebenfalls der Zweck dieser Bekanntmachung. Bis zu dieser Bekanntmachung hat es der säumige Aktionär immer noch in der Hand, durch Zahlung des rückständigen Betrages nebst den Kosten des Kaduzierungsverfahrens die Verfallserklärung abzuwenden (RG. in DJZ. 03, 345), wie er auch bis zur Kaduzierung noch Aktionär und als solcher stimmberechtigt ist (Lehmann-Ring Nr. 3). Nachträglich aber steht ihm ein solches Recht nicht mehr zu (vgl. Anm. 10 zu § 220). Anm. 4.

Die Verfallserklärung muß, nach dem Wortlaut und Sinn (vgl. Anm. 2) des Gesetzes unverzüglich nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist erfolgen, sonst ist sie unwirksam (KG. in OLGR. 1, 435).

4. **Sind Form oder Fristen nicht gewahrt**, so ist das Kaduzierungsverfahren von selbst ungültig, und sowohl der Aktionär selbst, als die Gesellschaft können diese Ungültigkeit geltend machen (RG. 9, 42). Das Verfahren muß von neuem beginnen, wenn auch nur ein Teil desselben fehlerhaft war. Anm. 5.

Ist auf Grund eines nichtigen Kaduzierungsverfahrens eine neue Aktie ausgegeben, so ist bestritten, welche Aktie gültig ist. Das RG. (27, 54), ebenso Goldmann (Anm. 24); Lehmann-Ring (Nr. 5) halten nur die neue Aktie; Behrend (§ 120 Anm. 19); Bodewig (bei Holdheim 4, 115); Pinner (111); Lehmann (II 135); wohl auch KG. (in OLGR. 1, 435) und RG. (54, 395) nur die alte Aktie; Cosack (§ 117 Anm. 61); Rudorff (174); Jacobi, Wertpapiere (361 Anm. 2) beide Aktien für vollgültig. Geht man davon aus, daß ein nicht form- oder fristgerechtes Kaduzierungsverfahren nichtig und ohne Wirkung ist, daß die auf Grund eines derartigen Verfahrens ausgegebene Aktie, die „an Stelle" der bisherigen, also an Stelle einer noch vollgültigen Aktie ausgegeben wird, ebenfalls nichtig ist, so ist nicht abzusehen, wie diese nichtige Aktie in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers gültig werden soll. § 794 BGB. ist auf Inhaberaktien nicht anwendbar; wäre er es aber selbst, so setzt sowohl dieser Paragraph wie die §§ 932ff. BGB. voraus, daß eine gültige Urkunde vorhanden ist. Eine Urkunde aber, die an Stelle einer angeblich ungültig gewordenen ausgegeben werden soll, ist nicht gültig ausgegeben, wenn die alten Aktie nicht ungültig war. Einen allgemeinen Schutz des guten Glaubens aber für die, die ungültige Urkunden erwerben, gibt es nicht.

Danach bleibt die alte Aktie vollgültig; der gutgläubige Erwerber der neuen hat nur Ansprüche gegen seinen Veräußerer aus dem Veräußerungsvertrage, eventuell auch Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft (Jacobi, Wertpapiere 360).

5. **Ein besonderes Rechtsmittel gegen das Kaduzierungsverfahren, gegen die Androhung und Verfallserklärung** ist im Gesetze nicht gegeben. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber folgt, daß der Aktionär eine Klage auf Anerkennung seiner fortdauernden Mitgliedschaft bzw. auf Rückgängigmachung des Beschlusses und seiner Folgen hat (Behrend § 120 Anm. 19). Auch Anm. 6.

§ 219. schon während des Schwebens des Kaduzierungsverfahrens wird man ihm Klage und einstweilige Verfügung zu seinem Schutze gewähren müssen, letztere zur Abwendung der Schwierigkeiten, die ihm durch die Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber drohen (RG. 27, 50; vgl. Anm. 5).

Anm. 7. 6. **Im Verfolg des Kaduzierungsverfahrens ist über das Aktienrecht eine neue Urkunde „auszugeben"**, also nicht bloß auszustellen und im Portefeuille zu behalten. Daraus folgt, daß die Gesellschaft die Pflicht hat, gegen die Vormänner Regreß zu nehmen, und diesen die Urkunde auszuhändigen. Eine Zuwiderhandlung wäre eine Herabsetzung des Grundkapitals auf unzulässigem Wege (Behrend § 120 bei Anm. 20). Die neue Urkunde soll ersichtlich machen, daß es sich um ein kaduziertes Recht handelt (Behrend § 120 Anm. 20); gewöhnlich wird ihr dieselbe Nummer gegeben wie der kaduzierten.

Anm. 8. 7. **Folge der Kaduzierung** ist, daß der ausgeschlossene Gesellschafter sowohl seines Aktienrechts, als auch (vgl. Pinner 110) der Rechte aus den noch nicht fälligen Dividendenscheinen (letztere werden auch dann inhaltslos, wenn sie sich in dritter Hand befinden), als endlich auch seiner bereits geleisteten Einzahlungen verlustig geht, andererseits aber für den Ausfall verhaftet bleibt, den die Gesellschaft an dem Aktienbetrage erleidet. Er hat hiernach fortan keine Rechte, wohl aber Pflichten, und kann auch nicht nachträglich Überlassung der Aktie gegen Zahlung des rückständigen Betrages verlangen, noch ist die Gesellschaft in der Lage, sie ihm zu geben (vgl. Anm. 10 zu § 220). Als Ausfall ist aber nur das anzusehen, was die Gesellschaft endgültig einbüßt, d. h. nach ausgeübtem Regreß gegen die Vormänner in Gemäßheit des § 220 und nach ausgeübtem Verkaufsrecht, abzüglich der Kosten des Verkaufs. Es kann also nicht etwa Klage auf die noch nicht eingezahlten oder die späteren fälligen Beträge angestellt, sondern es muß erst in Gemäßheit des § 220 der Ausfall ermittelt werden. So lange daher der Regreß gegen die Vormänner nicht genommen, eventuell die Aktie nicht gemäß § 220 verkauft ist, oder der Verkauf keinen Erfolg gehabt hat, kann der Ausfall nicht verlangt werden. Der Anspruch auf den Ausfall ist ein Gesellschaftsanspruch, kann daher im Gerichtsstand des § 22 CPO. eingeklagt werden (Staub GmbH. Anm. 30 zu § 21). Im Falle einer Veräußerung der kaduzierten Aktie wird der redliche Erwerber nicht Aktionär; denn die Aktie ist ungültig geworden (vgl. Anm. 5). Es ist auch nicht mit Jacobi (Wertpapiere 360) anzunehmen, daß die Aktiengesellschaft dem gutgläubigen Erwerber einer kaduzierten Aktie auf Schadensersatz haftet, wenn sie die kaduzierte Aktie nicht eingezogen hat. Sie genügt ihrer Verpflichtung, wenn sie die Verfallserklärung in die Gesellschaftsblätter, also unter allen Umständen in den Reichsanzeiger (§ 182), einrücken läßt (anders Anm. 5 am Ende für den Erwerber einer neuen Aktie).

Anm. 9. 8. **Im Falle des Konkurses des Gesellschafters** kann die Gesellschaft den Anspruch wegen des Ausfalles nur als Konkursforderung geltend machen. Voraussetzung ist die Kaduzierung und Ausübung des Regreß- und Verkaufsrechts. Die Grundsätze der Kaduzierung bleiben bestehen. Der Konkursverwalter kann diese nur durch Einzahlung der ausgeschriebenen Beiträge abwenden; die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, ja sogar nicht einmal in der Lage, eine konkursmäßige Befriedigung als Vollzahlung gelten zu lassen (so überall Behrend § 120 a. E.; Jaeger Anm. 5 zu § 17 KO.; auch oben Anm. 15 zu § 218). Dies gilt auch für den Fall des Zwangsvergleichs, auch hier braucht sich die Gesellschaft nicht mit der Akkordquote zu begnügen, und dagegen die Aktien auszuhändigen. Sie behält das Recht der Kaduzierung.

Anm. 10. **Zusatz. Von vorstehenden Rechtsfolgen kann der Aktionär nicht befreit werden.** Zwar ist das im § 221 nicht ausdrücklich gesagt. Doch ist dies augenscheinlich nur ausgelassen. Die Tendenz der Vorschrift geht jedenfalls dahin, entgegenstehende Vereinbarungen auszuschließen (vgl. Pappenheim in ZHR. 46, 383; Pinner 110; auch D. 133).

§ 220.

§ 220. Soweit der ausgeschlossene Aktionär den eingeforderten Betrag nicht zahlt, ist dafür der Gesellschaft der letzte und jeder frühere in dem Aktienbuche ver-

zeichnete Rechtsvorgänger verhaftet, ein früherer Rechtsvorgänger, soweit die Zahlung von dessen Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Dies wird vermuthet, wenn von dem letzteren die Zahlung nicht bis zum Ablaufe von einem Monate geleistet wird, nachdem an ihn die Zahlungsaufforderung und an den Rechtsvorgänger die Benachrichtigung von dieser erfolgt ist. Der Rechtsvorgänger erhält gegen Zahlung des rückständigen Betrags die neu auszugebende Urkunde. **§ 220.**

Die Haftpflicht des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von zwei Jahren auf die Aktien eingeforderten Beträge beschränkt. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Uebertragung des Antheilsrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft angemeldet wird.

Ist die Zahlung des rückständigen Betrags von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, so kann die Gesellschaft das Antheilsrecht zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen.

Einleitung. **Der vorstehende Paragraph regelt den Rückgriff gegen die Vormänner** (Abs. 1, 2) **und den Verkauf des Anteilsrechts als ultima ratio** (Abs. 3). Nachdem der vorangehende Paragraph die Rechte der Gesellschaft gegen den zeitigen Aktionär, falls er säumig ist, geordnet hat, stellt der vorliegende Paragraph eine Haftungspflicht der Vormänner des zeitigen Aktionärs bis herab zum ursprünglichen Zeichner auf. Es ist schon in der Vorbemerkung zu § 218 gezeigt, wie der Erwerb einer Aktienurkunde, auf die Beträge noch ausstehen, wesentlich anders wirkt, als der Erwerb einer voll bezahlten Aktie, indem ersterer unmittelbare Pflichten gegenüber der Gesellschaft begründet. Während aber so die Veräußerung einer nicht voll bezahlten Aktienurkunde den Erwerber belastet, wirkt sie für den Veräußerer in gewissem Grade entlastend. Indem nämlich der vorliegende Paragraph eine Haftung der Zwischenaktionäre festsetzt, stellt er den Grundsatz auf, daß die Veräußerung eines nicht vollbezahlten Interimsscheins oder einer nicht voll bezahlten Aktie die Pflichten des ursprünglichen Zeichners gegenüber der Gesellschaft wenn auch nicht aufhebt, so doch ändert, indem dieser zwar nicht überhaupt aufhört, für den gezeichneten Betrag zu haften, seine Verpflichtung sich aber in eine Art Bürgschaft verwandelt; er haftet bürgschaftsähnlich dafür, daß der zeitige Aktionär, eventuell dessen Vormänner die eingeforderten Beträge zahlen. Die gleiche Änderung tritt bei jedem anderen Zwischenaktionär ein. Die Veräußerung der nicht vollbezahlten Aktienurkunde verwandelt hiernach die prinzipale Verpflichtung jedes zeitigen Aktionärs in eine subsidiäre. — Auch dieser Paragraph bezieht sich nur auf rückständige Bareinlagen. Wegen rückständiger Sacheinlagen s. Anm. 1 zu § 221. Geben, wie es häufig vorkommt, die Aktionäre über die gezeichneten Beträge Wechsel, so können sie, wenn sie aus den Wechseln in Anspruch genommen werden, sich nicht, falls sie die Aktien weiterbegeben haben, auf die subsidiäre Haftung aus § 220 berufen; denn durch die Hingabe der Wechsel geben sie kund, daß sie der Gesellschaft gegenüber direkt für den Betrag haften wollen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 u. 2). **Die Haftungspflicht der Vormänner des zeitigen Aktionärs.**

a) Voraussetzung jeder Haftung aus § 220 ist eine rechtmäßig erfolgte Kaduzierung. Der in Anspruch genommene Vorgänger kann daher einwenden, daß die Kaduzierung zu Unrecht erfolgt ist.

Anm. 2. b) Die Haftung jedes einzelnen Vormannes ist eine subsidiäre, d. h. es haftet, nachdem der zeitige Aktionär nach § 219 ausgeschlossen ist, dessen Vormann; der Vormann dieses haftet nur, wenn der erste Vormann nicht bezahlen kann, und so fort bis zum ursprünglichen Zeichner. Überall sind hier nur die Vormänner gemeint, die in das Aktienbuch eingetragen wurden; denn nur diese gelten der Gesellschaft gegenüber als Aktionäre (§ 223 Abs. 3). Überdies hebt unser Paragraph dies ausdrücklich hervor.

Anm. 3. Der Beweis der Zahlungsunfähigkeit kann von der Gesellschaft auf jede beliebige Weise geführt werden. Klage und Zwangsvollstreckung sind dazu nicht nötig; der

§ 220. Beweis gilt: sogar dann schon als geführt, wenn die Gesellschaft den betreffenden Zwischenaktionär zur Zahlung aufgefordert, den Vormann hiervon benachrichtigt und Zahlung gleichwohl innerhalb eines Monats nach der letzten dieser Erklärungen nicht erhalten hat. (Bestimmte Formen für diese Aufforderung und Benachrichtigung sind nicht vorgeschrieben. Ist die Adresse unbekannt, so ist gemäß § 132 BGB. zu verfahren; öffentliche Aufforderung genügt nicht.) Führt die Gesellschaft den Beweis der Zahlungsunfähigkeit anderweit, so braucht sie die Aufforderung und Benachrichtigung nicht zu erlassen, sondern kann sofort den Vormann in Anspruch nehmen. Führt sie aber jenen Beweis nicht anderweit, so muß sie sich den Gegenbeweis gefallen lassen, daß der Nachmann zahlungsfähig ist. Der Sprungregreß ist hiernach nicht gerade ausgeschlossen, jedoch abhängig von dem Nachweise, daß die Nachmänner zahlungsunfähig sind.

Anm. 4. c) Die Geltendmachung des Regreßrechts erfordert, daß der in Anspruch genommene Vormann die neu auszugebende Urkunde erhält. Er braucht dafür nur den rückständigen Betrag zu entrichten, und unter Umständen erhält er auf diese Weise gegen einen Teil des Nominalbetrages die volle Aktie und kann auf solche Weise Gewinn machen. Er kann aber auch den Erwerb der Aktie nicht ablehnen und haftet dann als Aktionär für die später fällig werdenden Beträge.

Anm. 5. d) Die Haftung erstreckt sich nur auf den eingeforderten Aktienbetrag, nicht auf Kosten oder sonstige Nebenforderungen z. B. Vertragsstrafen (KB. z. AGes. 17).

Anm. 6. e) Die Haftung ist befristet. Der Rechtsvorgänger muß einmal frei von seiner subsidiären Haftpflicht werden. Er haftet daher nur für die Beträge, die eingefordert sind (d. h. von dem zeitigen Aktionär), innerhalb zwei Jahren seit Anmeldung der Übertragung seines Anteilrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft. (Es hat daher der Veräußerer ein großes Interesse daran, daß der Veräußerungsakt der Gesellschaft angemeldet wird.) Soweit die Haftung besteht, dauert sie die ganze Verjährungszeit hindurch, die sich nach bürgerlichem Recht richtet (Behrend § 120 Anm. 15).

Anm. 7. f) Die Haftungspflicht ist unbedingt vorgeschrieben. Eine Befreiung ist nicht möglich, weder durch die Organe der Gesellschaft, noch durch statutarische Vorschrift (§ 221). Aber auch eine Verschärfung der Haftung durch das Statut, etwa der Art, daß die Zwischenaktionäre solidarisch haften, ist nicht zulässig. Die Vorschrift ist auch nach dieser Richtung zwingend. Das Gesetz will aus öffentlich-rechtlichen Gründen für die Belastung der Zwischenaktionäre ein bestimmtes Maß festsetzen. Die Motive heben in dieser Beziehung hervor, daß bei einer drückenderen als der gesetzlichen Verantwortung die Zeichner Strohmänner vorschieben und die zahlungsfähigen Zeichner sich nicht in das Aktienbuch eintragen lassen würden.

Anm. 8. g) Die Folge des Erwerbes durch den Aktionär ist, daß die Gesellschaft Vormann des Erwerbers wird. Die Nachmänner sind hierdurch befreit, was wichtig ist, wenn jetzt eine neue Aktienrate ausgeschrieben wird und der Erwerber in Verzug gerät (Lehmann-Ring Nr. 3; Behrend § 120 Anm. 24; Förtsch Anm. 2 zu Art. 219).

Anm. 9. h) Ist der Vormann berechtigt, die Aktien gegen Zahlung des Rückstandes zu verlangen? Diese von Petersen und Pechmann (164) und von Behrend (§ 120 Anm. 28) verneinte Frage ist zu bejahen. Das Gesetz erklärt den Vormann für verhaftet, allerdings nur subsidiär. Aber seine subsidiäre Haftung wird eine prinzipale in dem Augenblicke, in dem die Voraussetzungen der subsidiären Haftung vorhanden sind. Sind daher seine Nachmänner zahlungsunfähig, so ist er es, der nunmehr der Gesellschaft haftet. Und wenn er auch die Gesellschaft nicht zwingen kann, ihr Recht gegen ihn geltend zu machen, so ist er doch, wie jeder Schuldner, berechtigt, seine Schuld zu bezahlen. Und „gegen Zahlung des rückständigen Betrages erhält er dann die neu auszugebende Urkunde" (Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann Anm. 14; Pinner 112; Förtsch Anm. 2 zu Art. 184b).

Anm. 10. i) Der ausgeschlossene Gesellschafter dagegen ist nicht berechtigt, noch nachträglich Zahlung anzubieten und das Aktienrecht zu verlangen. Mit dem Ausschlusse hat sich seine prinzipale Verpflichtung in eine Ausfallshaftung verwandelt. Er haftet nicht mehr

prinzipaliter für die eingeforderten Beträge, sondern für den Fall, daß seine Vormänner ihrer Haftungspflicht nicht genügen und der Verkauf der Aktie erfolgt. Einmal sind seine Vormänner, wie zu h ausgeführt, berechtigt, zu zahlen und die Aktie zu erwerben, andrerseits entsteht die Ausfallsforderung erst, wenn die Aktie verkauft ist, alsdann aber kann letztere ihm gar nicht mehr gewährt werden. Auch ein Recht der Gesellschaft, vom ausgeschlossenen Gesellschafter Zahlung gegen Gewährung des Anteilsrechts anzunehmen, muß mit Lehmann-Ring Nr. 3 und gegen Petersen-Pechmann 164 verneint werden. Der Ausschluß ist endgültig. Die Gesellschaft kann über das betreffende Anteilsrecht nicht beliebig, sondern nur zugunsten der Vormänner verfügen und nur ev., wenn der Regreß gegen diese vergeblich ist, zum Marktpreise oder zum Meistgebot an jedermann verkaufen (vgl. Anm. 7 zu § 219 und RG. 51, 416). **§ 220.**

2. (Abs. 3.) **Der Verkauf der Aktie als ultima ratio.** Anm. 11.

a) Ultima ratio ist der Verkauf. Er darf erst erfolgen, wenn der rückständige Betrag weder vom ausgeschlossenen Gesellschafter, noch von seinen eingetragenen Vormännern nach den Vorschriften dieses Paragraphen einziehbar ist. Ist der ursprüngliche Zeichner noch eingetragen, so ist hiernach der Verkauf sofort nach der Kaduzierungserklärung zulässig.

b) Der Verkauf kann erfolgen. Der Vorstand hat pflichtgemäß zu ermessen, ob er geschehen oder im Interesse der Gesellschaft besser unterbleiben soll. Zwar muß, wie Anm. 4 zu § 219 ausgeführt ist, die Verfallserklärung unverzüglich erfolgen, da der säumige Aktionär ein Recht hat, eine Entscheidung darüber, ob er Aktionär ist, zu verlangen; ist aber das Kaduzierungsverfahren soweit abgeschlossen, daß der Regreß vergeblich versucht und die Gesellschaft im Besitz der Aktie ist, so hat die Gesellschaft selbst, beziehungsweise deren Vorstand, zu entscheiden, ob und wann der Verkauf stattfindet; denn die Gesellschaft verfügt selbst über ein ihr gehöriges Vermögensstück. Weder der Ausgeschlossene noch dessen Rechtsvorgänger können den Verkauf erzwingen (vgl. in Abs. 3 „kann"). Der Vorstand haftet der Gesellschaft für Erfüllung seiner Pflicht. Der Verkauf kann auch an den ausgeschlossenen Gesellschafter erfolgen, und unter Umständen wird es zum pflichtgemäßen Verhalten der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft gehören, daß der Verkauf an diesen erfolgt, wenn er z. B. einen guten Preis bietet. Anm. 12.

c) Der Verkauf in öffentlicher Versteigerung ist nur dann notwendig, wenn ein Börsenpreis nicht vorhanden ist. Zum Börsenpreise aber kann der Verkauf auch nicht öffentlich erfolgen. Die Versteigerung muß so erfolgen, wie es Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrssitte gebieten. Die Bedingungen dürfen keine anderen als die üblichen sein. Barzahlung kann gefordert werden. Angemessene Bekanntmachung ist vorausgesetzt. Es muß nicht jede Aktie besonders ausgeboten werden. Wenn vielmehr ein angemessenes Gebot nur beim Zuschlag sämtlicher in Frage stehenden Aktien zu erzielen ist, so kann der Verkauf in dieser Weise erfolgen (vgl. § 383 Abs. 3, § 156 BGB. und Anm. 27 zu § 373). Anm. 13.

d) Die Folgen des Verkaufs sind: Anm. 14.

α) für den Aktionär, gegen den das Kaduzierungsverfahren sich richtete, daß der Ausfall gegen ihn feststeht, und hinsichtlich der Ausfallsforderung gegen ihn jetzt actio nata ist. Dabei ist zu bemerken, daß die Kaduzierung die Haftung des säumigen Aktionärs für Zinsen bis zum Ausschluß und für etwaige Konventionalstrafen nicht beseitigt (Behrend § 120 Anm. 24).

β) für die Zwischenaktionäre, daß sie frei geworden sind, und zwar zunächst von der Verpflichtung zur Zahlung der Rückstände; für die später fällig werdenden Forderungen haften sie deshalb nicht, weil die Gesellschaft kraft eigenen Rechts verkauft und dadurch unmittelbarer Vormann des Käufers wird. Es beginnt jetzt eine neue Kette von Regreßpflichtigen (Anm. 8). Das gleiche muß gelten, wenn ein Vormann das heimgefallene Aktienrecht im Wege des Regresses einlöst (Behrend § 120 Anm. 24). Anm. 15.

γ) Der Erwerber ist Aktionär geworden, und zwar mit den Rechten und Pflichten des ausgeschlossenen Aktionärs, wie sie diesem zustehen würden, wenn er seine rückständigen Ver- Anm. 16.

§ 220. pflichtungen zur Zahlung der Raten erfüllt hätte. Die eingeforderte Rate, wegen deren der Verkauf erfolgt, gilt dabei dem Erwerber gegenüber als gezahlt. Das folgt aus § 219. Denn danach hat die neu auszugebende Urkunde nicht nur die bezahlten Raten, sondern auch die eingeforderte zu umfassen. Es soll also diese letztere so behandelt werden, wie die bezahlten Raten. — Wenn der Erwerber der kaduzierten Aktie bei Einforderung einer neuen Rate in Verzug gerät, so kann die Aktie in seinen Händen von neuem kaduziert werden. Für den Ausfall haftet dann sowohl der dann säumige Aktionär, als auch der früher ausgeschlossene (§ 219 Abs. 4 „oder an den später eingeforderten Beträgen").

Über die Wirkungen des Erwerbes bei ungültigem Kaduzierungsverfahren s. Anm. 5 zu § 219.

Anm. 17. e) **Ergibt der Verkauf kein Resultat**, so verbleibt die Aktie der Gesellschaft, die sie verkaufen kann, aber nicht verkaufen muß. Zugleich hat dann die Gesellschaft die Berechtigung, den Ausfall gemäß § 219 Abs. 4 zu fordern.

Anm. 18. **Zusatz. Das Verhältnis der Zwischenaktionäre untereinander** richtet sich nach bürgerlichem Recht. Regelmäßig kann sich der in Anspruch genommene Rechtsvorgänger an seinen Nachmann halten (ROHG. 22, 214), auch wohl an den säumigen Aktionär, mangels einer positiven Vorschrift aber nicht an die Zwischenmänner (Behrend § 120 Anm. 21).

§ 221.

§ 221. **Die Aktionäre und deren Rechtsvorgänger können von den in den §§ 211, 220 bezeichneten Leistungen nicht befreit werden. Sie können gegen diese Leistungen eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen.**

Der vorliegende Paragraph verbietet die Befreiung von den Einlageverpflichtungen und von den Regreßverpflichtungen, und verbietet ferner die Aufrechnung gegen diese.

Anm. 1. 1. **Zu den solchergestalt gegen Erlaß und Aufrechnung gesicherten Einlageverpflichtungen rechnet das Gesetz die in §§ 211 und 220 bezeichneten Leistungen.**

a) **Die im § 211 bezeichneten Leistungen** sind die dem zeitigen Aktionär obliegenden Leistungen zu Kapitaleinlagen, sie mögen in Geld- oder in Sacheinlagen bestehen. Bei den Geldeinlagen ist es die Haftung des zeitigen Aktionärs, während die der früheren zu den Leistungen des § 220 gehört. Bei Sacheinlagen ist es die Haftung des Einbringers selbst (die Einbringungspflicht kann nicht einseitig übertragen werden, etwa durch den Verkauf der Aktie).

Anm. 2. b) **Die im § 220 vorgesehenen Verpflichtungen** sind die Regreßverpflichtungen der Vormänner des zeitigen Aktionärs.

Anm. 3. c) **Dagegen gehören dazu nicht Zinsen und Vertragsstrafen, sowie Ansprüche auf Schadensersatz**; gegen diese kann daher auch aufgerechnet werden. Der § 218 ist mit Absicht im § 221 nicht mit zitiert (vgl. Anm. 9 zu § 218).

Anm. 4. 2. **Für unzulässig erklärt ist zunächst eine Befreiung.** Die Verpflichtung, die der Aktionär bei der Gründung oder Kapitalserhöhung übernommen hat, hat er strikt zu erfüllen, und so, wie er sie übernommen hat. Sie ist ein Teil der vermögensrechtlichen Grundlage der Gesellschaft. Alle Vorsichtsmaßregeln, mit denen das Gesetz den Akt der Gründung und den Akt der Kapitalserhöhung umgibt, würden vereitelt, in ihrer Bedeutung erheblich abgeschwächt werden, wenn es dem Vorstande rechtlich möglich wäre, den Aktionären ihre Einlageverpflichtungen zu erlassen oder auch nur an Stelle der festgesetzten Einlageleistungen nachträglich andere Leistungen an Erfüllungsstatt anzunehmen. Würde er statt Geld Sachen nehmen, so wäre das die Umwandlung einer Geld- in eine Sacheinlagegründung; wird er statt Sachen Geld nehmen, so wäre das die Umwandlung einer Sacheinlagegründung in eine Geldgründung. Aber die von dem Vorstande an Erfüllungsstatt angenommene Einlage hätte den Gründern und Revisoren vielleicht nicht genügt, wäre von diesen vielleicht nicht angenommen worden.

Ungültig ist hiernach jeder Erlaß, aber auch jede Vereinbarung einer Annahme an Er-

füllungsstatt. Hier liegt überall eine Befreiung des Aktionärs von den Verbindlichkeiten vor, die er übernommen hat. Daß auch eine **Aufrechnungsabrede** unzulässig ist, kann nicht angenommen werden (entgegen 6./7. Aufl.). Zunächst verbietet der Wortlaut des § 221 nur die einseitige Aufrechnung des Aktionärs mit einer Forderung gegen die Gesellschaft. Dann aber steht auch Zweck und Sinn des Gesetzes der Tilgung durch vereinbarte Aufrechnung nur entgegen, wenn hierdurch eine Befreiung des Aktionärs erzielt wird. Liegt diese aber nicht vor, so wird durch die Aufrechnung lediglich ein Hin- und Herzahlen vermieden. Nur ist Voraussetzung, daß Forderung und Gegenforderung wirtschaftlich gleichwertig sind, daß die Gegenforderung des Aktionärs fällig und die Gesellschaft an sich in der Lage ist, sie zu zahlen. Ist dies letztere nicht der Fall, so liegt allerdings in der vereinbarten Aufrechnung eine Befreiung. Das Reichsgericht hat diese Grundsätze in dauernder Praxis aufrechterhalten, zum Teil allerdings für die G. m. b. H., bei der aber dieselben Grundsätze gelten (18, 2; 54, 392; in JW. 01, 755[15] und 05, 92[44]; sowie 700[37]; bei Holdheim 13, 255 und 14, 142). Unzulässig ist die Vereinbarung der Aufrechnung, soweit hierin eine verschleierte Sacheinlage zu finden ist; wenn z. B. jemand Aktien zeichnet, zugleich der Gesellschaft Vermögensgegenstände überträgt und vereinbart wird, daß die Forderung der Gesellschaft auf Einzahlung des Aktienbetrages mit der Forderung des Aktionärs auf Zahlung des Kaufpreises aufgerechnet wird, so ist diese Abrede, die lediglich eine Verschleierung einer Sacheinlage enthält, nur gültig, wenn sie in den Formen der Sacheinlage geschieht (RG. im Recht 03, 434). Unzulässig ist ferner die Aufrechnungsabrede, soweit das Gesetz Barzahlung fordert (§ 195 Abs. 3 Satz 1). § 221.

Abreden, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig („können nicht"), sie überschreiten die Vertretungsbefugnis des Vorstandes. Das teilweise Geleistete kann zurückgefordert werden (§ 817 BGB.).

Versagt ist ferner dem Aktionär das Recht, eine ihm zustehende Gegenforderung **ohne den Willen** der Gesellschaftsorgane gegen seine Einlageverpflichtung **zur Aufrechnung** zu stellen. Das schreibt Satz 2 ausdrücklich vor.

Zusatz. Der frühere Art. 184c bestimmte ferner, daß die Aktionäre an dem Gegenstande der Einlage nur wegen konnexer Gegenforderung **ein Zurückbehaltungsrecht ausüben dürfen.** Diese Vorschrift ist gestrichen, weil dieser Rechtssatz jetzt schon nach bürgerlichem Rechte gilt (§ 273 BGB.). Anm. 5.

§ 222.

Auf Namen lautende Aktien sind mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen. § 222.

Sie können, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Zustimmung der Gesellschaft auf Andere übertragen werden.

Die Uebertragung kann durch Indossament geschehen. In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und in Betreff seiner Verpflichtung zur Herausgabe finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, des Artikels 36 Satz 1 bis 4 und des Artikels 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Zur Uebertragung von Aktien, die gemäß § 180 Abs. 3 auf einen Betrag von weniger als eintausend Mark gestellt sind, ist die Zustimmung des Aufsichtsraths und der Generalversammlung erforderlich. Die Uebertragung dieser Aktien kann nur mittelst einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung erfolgen.

Lit.: Jacobi, Wertpapiere; Brauer, Übertragung der Namensaktien, Leipzig 02; Kostanecki, Aktienindossament, Berlin 00.

§ 222. **Der vorliegende Paragraph trifft Bestimmungen über die Übertragung der Namensaktien.**

Einleitung. Während bei Inhaberaktien die Person des Aktionärs für die Gesellschaft kein Interesse hat, der bloße Besitz der Gesellschaft gegenüber legitimiert, ist bei Aktien, die auf Namen lauten, der Name des Aktionärs von erheblichem rechtlichen Interesse. Bei Namensaktien gilt nur der ursprüngliche Zeichner der Aktie oder der, der sich unter dem Nachweis des Erwerbes der Aktie in das Aktienbuch hat eintragen lassen, der Gesellschaft gegenüber als Aktionär. Zur Ausführung dieses Grundgedankens dienen die §§ 222 und 223 (über Übertragung von Aktien, wenn Aktienurkunden nicht ausgegeben sind, vgl. Anm. 11 zu § 179).

Die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen behandeln zunächst das Aktienbuch (Abs. 1) und sodann die Voraussetzungen und die Form der Übertragung (Abs. 2, 3 und 4). Dazwischen wird im Abs. 3 die Legitimation des Erwerbers und die Wirkung gutgläubigen Erwerbes behandelt.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Das Aktienbuch.** Zunächst wird die allgemeine Anordnung gegeben, daß jede Aktiengesellschaft, die Namensaktien ausgibt, ein Aktienbuch zu führen hat, in das die Aktionäre mit genauer Bezeichnung einzutragen sind. Auf den Namen des Buches kommt es natürlich dabei nicht an: Auch ein Aktienempfangsbescheinigungsbuch kann die Erfordernisse des Aktienbuchs aufweisen und gilt dann als solches (RG. 41, 19). Das Aktienbuch gehört nicht zu den Handelsbüchern im Sinne der §§ 38 ff., da es nicht dazu bestimmt ist, die Handelsgeschäfte der Gesellschaft zu verzeichnen und die Lage ihres Vermögens ersichtlich zu machen, sondern zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" des § 43 Abs. 1 (Pinner 115).

Aus der Natur der Sache folgt, daß in das Aktienbuch auch die Umwandlung einer Namensaktie in eine Inhaberaktie (§ 183) und eine erfolgte Kaduzierung (§ 219) einzutragen ist (Lehmann I, 213), sowie auch Zusammenlegungen und sonstige Herabsetzungen.

Anm. 2. II. (Abs. 2, 3 und 4.) **Die Voraussetzungen und die Folgen der Übertragung.** Diese wird zunächst im allgemeinen abgehandelt (Abs. 2 und 3), sodann insbesondere in bezug auf vinkulierte Aktien unter 1000 Mk. (Abs. 4).

A. Die Voraussetzungen und die Form der Übertragung der Namensaktien im allgemeinen:

1. Hierüber handelt das Gesetz nur in negativer Form:

Die Übertragung erfordert regelmäßig nicht die Zustimmung der Gesellschaft. Aber ausnahmsweise fordert das Gesetz diese Zustimmung, so bei vinkulierten Namensaktien unter 1000 Mk. (hierüber Abs. 3; Anm. 11), und bei Aktien mit wiederkehrenden Naturalleistungen (§ 212). Außerdem kann aber, wie Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen ergibt, der Gesellschaftsvertrag stets die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig machen (natürlich nur bei Namensaktien; bei Inhaberaktien wäre diese Statutenbestimmung begriffswidrig und ungültig). Nur dieser Fall, daß die Zustimmung der Gesellschaft nicht auf gesetzlicher, sondern auf statutarischer Vorschrift beruht, ist hier abgehandelt (die übrigen Fälle sind anderweit abgehandelt; in Anm. 11 des vorliegenden Paragraphen und auch in Anm. 12 und 25 zu § 212). Die Statutenbestimmung muß bei Schaffung der Aktien, also entweder im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder bei Schaffung neuer Aktien durch Kapitalserhöhung in dem Kapitalserhöhungsbeschlusse erfolgen. Eine nachträgliche Beschränkung der Übertragbarkeit ist nur mit Zustimmung der beteiligten Gesellschafter, nicht durch Mehrheitsbeschluß möglich (Lehmann I, 111).

Anm. 3. In unserem Falle erfolgt die Zustimmung formlos, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag eine besondere Form vorschreibt (§ 182 BGB.). Sie kann vor der Übertragung oder nach der Übertragung, als Einwilligung oder Genehmigung, erfolgen (§§ 182 ff. BGB.), wenn nicht das Statut nur die eine Art der Zustimmung vorschreibt. — Sie kann willkürlich verweigert werden, wenn nicht das Statut ein anderes bestimmt, z. B. Verweigerung nur aus wichtigen Gründen (vgl. § 212 Abs. 3; Makower I 356). — Die Zustimmung erfolgt durch den Vorstand, wenn nicht das Statut ein anderes Organ oder außerdem noch ein anderes Organ hierzu bestimmt. — Eine ohne die erforderliche Zustimmung erfolgte Übertragung ist nichtig (vgl. §§ 399 u. 413 BGB.; auch unten Anm. 11). Allein nur das Aktienrecht als

solches, die Mitgliedschaft, unterliegt in solchen Fällen diesen Beschränkungen; die Ansprüche § 222. auf die einzelnen vermögensrechtlichen Bezüge, die Dividendenrechte und Liquidationserlöse, können übertragen, verpfändet und gepfändet werden. Ferner ist ein obligatorischer Vertrag auf Übertragung einer solchen statutarisch in der Veräußerung beschränkten Aktie an sich gültig. Kann die Zustimmung nicht beschafft werden, so liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor (§ 275 BGB.). Soweit das Aktienrecht nicht übertragen werden kann, kann es auch nicht verpfändet (§ 1274 Abs. 2 BGB.) und nicht gepfändet (§§ 851, 857 CPO.) werden.

Auch sonstige Beschränkungen der Übertragbarkeit, wie z. B. die Beschränkung Anm. 4. der Übertragung auf Familienmitglieder oder auf Mitglieder eines bestimmten Vereins (z. B. RG. Logenhaus zu Berlin) oder gar das unbedingte Veräußerungsverbot (Lehmann II 98), können bei Namensaktien gültig getroffen werden (Behrend § 119 Anm. 6), aber nur durch Festsetzungen im Gesellschaftsvertrage (Bolze 3 Nr. 801). Aber eines Vermerkes auf der Aktie bedarf es nicht (Behrend § 119 Anm. 8).

Diese Beschränkung der Übertragbarkeit ist aber nur insoweit zulässig, als in der fraglichen Anm. 5. Bestimmung nicht eine Verwirkung des Mitgliedschaftsrechts liegt (Anm. 10 zu § 211). Das Statut kann daher wohl bestimmen, daß die Aktien nur an Mitglieder eines Vereins veräußert werden dürfen; es kann aber nicht bestimmt werden, daß der Aktionär, der aus einem bestimmten Verein austritt, seine Aktien veräußern oder der Gesellschaft übertragen muß (RG. 49, 77). Ferner kann eine Bestimmung des Statuts, die auch den Übergang auf die Erben für genehmigungsbedürftig erklärt, nicht für gültig erachtet werden; selbst wenn für den Fall der Nichtgenehmigung bestimmt ist, daß die Gesellschaft die Aktien zu erwerben verpflichtet ist (über diesen Fall bei Nebenleistungsgesellschaften, wo man die Beschränkung wegen der besonderen gesellschaftlichen Form an sich für zulässig erachten muß, vgl. Anm. 18 zu § 212). In einer solchen Bestimmung liegt die Verwirkung des Aktienrechts für den Fall des Todes des Aktionärs (vgl. Lehmann II 30 Anm. 4; ferner RG. bei Holdheim 11, 268, wo eine derartige Vorschrift für gültig erachtet ist).

Nur die Übertragbarkeit der Aktien kann beschränkt werden, anderweitige Erschwerungen Anm. 6. der Übertragung, z. B. die Gewährung eines Vorkaufsrechts für die Gesellschaft oder für die anderen Aktionäre, sind unzulässig (anders für G. m. b. H. wegen der Worte in § 15 GmbHG. „weitere Voraussetzungen", die im § 222 fehlen; RG. 49, 149).

2. Die **Form der Übertragung** kann die Abtretung (§ 413 BGB.) oder das Indossament Anm. 7. sein. Die Abtretung braucht nicht beglaubigt zu sein und braucht nicht auf der Aktienurkunde zu stehen. Die Abtretung kann auch mündlich geschehen; Blankoabtretung ist zulässig, soweit man sie überhaupt für zulässig erachtet (Dernburg II § 135 III; Brauer 7). Aber zum Eigentumsübergange gehört außer dem Abtretungsvertrage auch noch die Übergabe der Aktie, wenn eine Aktienurkunde errichtet und dem Berechtigten ausgehändigt ist. Denn in diesem Falle ist die Aktie ein Wertpapier, an ihren Besitz ist die Übertragung des Rechts geknüpft (vgl. Anm. 39 ff. zu § 1). Das ist nach früherem Recht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen besonders beim Wechsel angenommen worden (vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht 2 § 272; ROHG. 11, 250; RG. 3, 329; 26, 99; Behrend § 119; Staub WO. Zusatz zum 1. Abschnitt, 2. u. 3. Aufl. 17). Das muß aber auch jetzt angenommen werden. Zwar tritt nach §§ 398, 413 BGB. mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages der neue Gläubiger an die Stelle des alten. Das ist aber nur Normalvorschrift, die da weicht, wo rechtliche Besonderheiten eine abweichende Beurteilung erheischen. Insbesondere ist dabei nur an solche Fälle gedacht, in denen die die Schuld verbriefende Urkunde eine Beweisurkunde ist (vgl. § 402), während das BGB. die Übertragung und Verpfändung von Forderungen aus indossablen Papieren offensichtlich an die Übergabe des Papiers knüpfen will (vgl. §§ 1280, 1292 BGB.). So auch Dernburg II § 135 und Brauer 15.

Im Falle des Indossaments regelt sich die Form nach Art. 11—13 der Wechsel- Anm. 8. ordnung. Die Namensaktie wird dadurch zum Orderpapier. Sie ist dies auch, wenn sie nicht ausdrücklich auf Order lautet. Das Gesetz stellt sie auf Order, wie den Wechsel. Das

§ 222. Indossament kann auf Namen oder in blanco lauten. Durch das Blankoindossament nähert sich die Namensaktie der Inhaberaktie, kommt ihr aber nicht gleich, zumal ja der Gesellschaft gegenüber immer nur der in das Aktienbuch Eingetragene als Aktionär gilt. Das Indossament muß auf der Aktie stehen (Art. 11 WO.). Einer Beglaubigung bedarf es nicht. Das nähere über die sinngemäße Anwendung der Art. 11—13 der Wechselordnung kann hier nicht erörtert werden und es kann dies um so eher unterbleiben, als in der Praxis des Aktienrechts Schwierigkeiten und Zweifel in dieser formellen Hinsicht bisher nicht hervorgetreten sind (vgl. übrigens Erl. zu § 365).

Die Übertragung des Besitzes muß natürlich, soweit Aktien ausgegeben sind, auch hier hinzukommen (Behrend § 119 Anm. 16, 17 und 21; gleicher Ansicht ist Dernburg II § 145 II 1, denn er hält den Indossator nur für legitimiert, wenn er Besitzer der Urkunde ist (vgl. beim Wechsel ROHG. 11, 250; RG. 3, 329; Staub WO. 2. Aufl. 17).

Anm. 9. 3. Zum Übergang der Rechte aus der Aktie ist weiter erforderlich der Wille, das Eigentum der Aktie zu übertragen und zu erwerben, der sog. Begebungsvertrag (vgl. Erl. zu § 365). Das ist bisher nicht bezweifelt worden und kann auch fernerhin nicht bezweifelt werden (vgl. § 929 BGB.). Indessen kann doch die Indossierung oder Abtretung der Aktie auch ohne Eigentumsübertragungswillen lediglich zu dem Zwecke erfolgen, damit der Indossatar oder Zessionar die Rechte aus der Aktie in eigenem Namen, aber für Rechnung des wahren Eigentümers ausübt. Hierüber unten Anm. 16 ff.

Anm. 10. 4. Endlich aber ist im Verhältnisse zur Gesellschaft noch Eintragung in das Aktienbuch erforderlich; hierüber § 223.

Anm. 11. B. **Die besonderen Regeln für die Übertragung der vinkulierten Namensaktien unter 1000 Mk.** nach § 182 Abs. 3, die zwingender Natur sind.

a) Diese besonderen Regeln sind: Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung zur Übertragung der Aktien (die also nach außen nicht durch die Genehmigungserklärung des Vorstandes ersetzt werden), und das Erfordernis, daß die Übertragungserklärung gerichtlich oder notariell beglaubigt sei und die Person des Erwerbers bezeichnen muß. Ist eines dieser Erfordernisse nicht vorhanden, so ist die Übertragung nicht gültig, weder der Gesellschaft gegenüber, noch unter den Parteien. Dies ist für die hier in Rede stehende Übertragung und mit besonderer Rücksicht auf das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft vom RG. (41, 5) ausgesprochen und dabei bemerkt worden, daß auch der Gesellschaftsvertrag eine geringere Wirkung der fehlenden Zustimmung nicht festsetzen kann. Daraus folgt aber auch, daß eine Verpfändung ohne jenes Erfordernis ungültig ist (§ 1274 Abs. 2 BGB.; anders nach früherem Recht RG. 37, 141) und demgemäß auch die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 851, 857 CPO.) nicht zulässig ist und auch ein gesetzliches Pfandrecht nicht entstehen kann (§ 1257 BGB.). Die einzelnen vermögensrechtlichen Ansprüche, die dem Aktionär zustehen, können aber übertragen, verpfändet und gepfändet werden (vgl. für das letztere auch § 851 Abs. 2 CPO.); insbesondere können also auch hier Dividendenscheine auf den Inhaber ausgegeben werden. Auch erzeugt ein Vertrag über die Veräußerung einer solchen Aktie obligatorische Wirkung; das Aktienrecht ist allerdings nicht übertragen, aber das pactum de cedendo ist gültig geschlossen und erzeugt obligatorische Wirkungen, insbesondere also auf Beschaffung der Genehmigung. Kann diese nicht beschafft werden, so liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor.

Anm. 12. b) Im übrigen gelten die im Vorstehenden Anm. 5—7 aufgestellten Grundsätze über die Übertragbarkeit der Namensaktien auch hier. Hervorzuheben ist, daß die Übertragung auch hier durch Indossament oder Abtretung erfolgen kann, das Indossament muß natürlich hier ein Vollindossament sein (ebenso Goldmann Anm. 15).

Anm. 13. III. (Abs. 3.) **Auch die Frage der Legitimation und die Verpflichtung zur Herausgabe der Aktie seitens des Erwerbers** richtet sich nach der Wechselordnung, erstere nach Art. 36, letztere nach Art. 74.

1. Die Anwendbarkeit des Art. 36 WO. hat zur Folge, daß die dort vorgesehene Legitimationskette hier vorhanden sein muß. Für das nähere muß auch hier auf die Erläuterung zu Art. 36 WO. verwiesen werden (vgl. auch Erl. zu § 365 HGB.).

2. Die Anwendbarkeit des Art. 74 WO. bewirkt, daß der gutgläubige Erwerber einer Aktie gegen Vindikationen geschützt ist. Wer also von einem Aktieninhaber die Aktie erworben hat, der zur Veräußerung nicht legitimiert war, weil er nicht Eigentümer war oder nicht berechtigt war, den Eigentümer zu vertreten, ist gleichwohl gegen Vindikationen geschützt, wenn er sich über die Nichtberechtigung seines Autors ohne grobe Fahrlässigkeit geirrt hat. Der gute Glaube heilt hierbei nicht nur das mangelnde Eigentum des Rechtsvorgängers, wie nach §§ 932 ff. BGB., sondern heilt auch ganz allgemein, nicht nur wie nach § 366 HGB. beim Erwerbe vom Kaufmann, die mangelnde Verfügungsbefugnis des Veräußerers, und heilt endlich auch die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Veräußerers. Alles dies ergibt sich aus dem umfassenden Wortlaut des Art. 75 WO. (vgl. Erl. zu § 365 HGB.). Der Mangel der nach den Statuten erforderlichen Zustimmung der Gesellschaft hindert aber den gutgläubigen Erwerb, da es auf grober Fahrlässigkeit beruht, daß dieses Erfordernis übersehen wurde. Das ist auch dann der Fall, wenn die Aktienurkunde einen solchen Vermerk nicht enthielt (vgl. Anm. 4). Im Verkehr mit Namensaktien ist solche Vorsicht geboten. Anm. 14.

Das hierin liegende Prinzip ist bei Anwendung des Art. 74 WO. weiter auf die Rechtsstellung des Erwerbers zum Schuldner ausgedehnt worden: Auch dieser muß den, der solchergestalt den Wechsel erworben hat, als Gläubiger anerkennen. Das Entsprechende ist auch hier anzunehmen. Auch die Gesellschaft muß solchen Erwerber als Aktionär anerkennen.

Auch hier bezieht sich der Schutz des Art. 74 nur auf den Erwerb mittels Indossaments, nicht auch auf zivilrechtlichen Erwerb — Abtretung, Erbgang usw. —, vgl. RG. 33, 147; Staub WO. § 1 zu Art. 74. — Hier entscheiden vielmehr die für die Abtretung usw. maßgebenden Grundsätze.

Zusatz 1. Der Übergang der Aktien durch Universalsukzession, insbesondere Erbgang, vollzieht sich von Rechts wegen, ohne daß die Gesellschaft den Übergang zu genehmigen hat (Gareis Anm. 4; Pinner 117 und oben Anm. 5), selbst wenn an sich die Genehmigung vorgeschrieben ist. Ist eine Aktie Gegenstand des Legats, so hat der Vermächtnisnehmer gegen den Erben einen Anspruch auf Übertragung, die an sich an die gesetzlichen und statutarischen Beschränkungen geknüpft ist. Mehrere Erben erwerben die zum Nachlaß gehörigen Aktien zur gesamten Hand (§ 225; vgl. Staub GmbH. § 15 Anm. 81). Gerät ein Aktionär in Konkurs, so erhält der Verwalter die Verfügung über die Aktie; natürlich ist hier, da keine Übertragung stattfindet, keine Genehmigung erforderlich. Anm. 15.

Zusatz 2. Die bloße Legitimationsübertragung bei der Aktie. Oft wird die Form der Abtretung oder des Indossaments der Namensaktie dazu benutzt, um den Zessionar oder Indossatar nicht zum Eigentümer der Aktie, zum Mitgliede der Gesellschaft, zu machen, sondern um ihn nur nach außen als solchen zu legitimieren, ihm das Recht und die Möglichkeit zur Ausübung der Rechte zu geben, während das Eigentum der Aktie, die Mitgliedschaft, beim Abtretenden oder Indossanten verbleiben soll. Es ist dies dieselbe Verkehrserscheinung, wie die Abtretung von Forderungen zum Inkasso, die Übertragung des Wechsels durch ein verstecktes Inkassomandatindossament (Staub WO. §§ 5 ff. zu Art. 17). Diese Rechtserscheinung ist von fiduziarischen Übertragungen wohl zu unterscheiden. Bei diesen letzteren wird in Wahrheit das Eigentum übertragen, doch nur mit beschränktem Zwecke oder auf beschränkte Zeit, und mit der Verpflichtung der Rückübertragung des Eigentums nach Erledigung des Zwecks oder nach Ablauf der Zeit. In jenen Fällen aber, die wir hier im Auge haben, geht der Wille der Parteien von vornherein dahin, das Recht nicht zu übertragen, sondern dem Erwerber nur die äußere Legitimation des Rechtsinhabers zu verschaffen. Wir möchten dies Legitimationsübertragung (cessio in legitimationem) nennen. Anm. 16.

Es fragt sich, ob eine solche Legitimationsübertragung gültig ist. Stammler (Das Recht der Schuldverhältnisse 196) hält sie bei Forderungen für ungültig, und den Schuldner für Anm. 17.

§ 222. berechtigt, diese Ungültigkeit einzuwenden, weil § 409 BGB. dem Schuldner nur das Recht gäbe, solchen Erwerber als Gläubiger zu betrachten, nicht auch die Pflicht dazu.

Anm. 18. Dem ist nicht beizustimmen (ebenso Jacobi, Wertpapiere 354; Dernburg II § 135 IV). Die Rechtswissenschaft würde ihre Aufgabe nicht erfüllen, wenn sie diese Verkehrserscheinung für unzulässig erklären müßte. Der Rechtsverkehr hat sie stets für gültig erachtet und ungemein häufig von ihr Gebrauch gemacht. Es ist nun richtig, daß darin eine wirkliche Übertragung nicht liegt. Denn zur wirklichen Übertragung gehört der Wille, das Eigentum zu übertragen. Aber es liegt auch kein eigentlicher Scheinakt vor. Es sind oft sehr berechtigte Interessen, die der Verkehr mit solcher Legitimationsübertragung verfolgt. Die Parteien wollen, daß der Erwerber nach außen als Rechtsinhaber gilt und die Rechte an Stelle des wahren Rechtsinhabers ausübt. Warum sollte ein Rechtsakt, der diesen Parteiwillen verwirklicht, ungültig sein? Es ist eine Rechtserscheinung, die in unseren Gesetzen nicht erwähnt ist, auch nicht im neuen BGB., aber darum ist sie noch nicht ungültig. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sie nach früherem Rechte stets anerkannt, so das versteckte Prokuraindossament im RG. 36, 55; die Inkassozession in RG. 25, 207; RG. bei Gruchot 34, 464; 36, 990; 37, 119; vgl. RG. 37, 106; 39, 167; die Übertragung der Namensaktie zum Zwecke der Ausübung der aktienrechtlichen Befugnisse, aber ohne Eigentumsübertragungswillen in RG. 40, 80; die Übertragung der Inhaberaktie zu gleichem Zwecke in RG. 30, 51; Bolze 12 Nr. 510.

Anm. 19. Eine solche Legitimationsübertragung ist auch nach dem Rechte des BGB., das nicht mehr und nicht weniger ihrer Anerkennung entgegensteht, wie das bisherige Recht, zulässig.

Anm. 20. Voraussetzung der Legitimationsübertragung ist, wenn zur Übertragung der Namensaktie Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist, auch hier Zustimmung der Gesellschaft. Denn, wenn der Rechtsakt nach außen wie ein wirklicher Übertragungsakt wirken soll, muß er auch nach außen dessen Voraussetzungen entsprechen.

Anm. 21. Die Wirkung solcher Legitimationsübertragung nach außen ist, daß der Erwerber legitimiert ist, die Aktienrechte auszuüben, insbesondere also, mitzustimmen. Die Gesellschaft kann daher nicht einwenden, daß der Eigentumsübertragungswille nicht vorliegt. Wohl aber kann sie hier, wie immer bei derartigen Verhältnissen, einwenden, daß auch der wahre Aktionär das betreffende Recht nicht geltend machen könne. Es sind dem Inhaber gegenüber dieselben Einwendungen zulässig, wie gegenüber dem Abtretenden (vgl. hierüber Zusatz 4 zu § 223). — Jedem Dritten gegenüber ist der solchergestalt Legitimierte auch zur Veräußerung legitimiert. Daß der Dritte wußte, daß es sich nur um eine Legitimationsübertragung handelt, ist gleichgültig. Denn diese will gerade nach außen den Zessionar zu Verfügungen berechtigen. Anders liegt es nur bei Kollusion zwischen Zessionar und Drittem.

Anm. 22. Wegen der aus dem Aktienrecht entspringenden Pflichten kann sich die Gesellschaft auch bei der Legitimationsübertragung an den Zessionar halten. Gibt man ihm die Rechte gegenüber der Gesellschaft, so hat er als notwendige Folge auch die Pflichten zu tragen. Ebenso muß man annehmen, daß auch durch die Legitimationszession der Veräußerer Vormann im Sinne des § 220 wird, daher nur subsidiär haftet. Die freie Veräußerlichkeit des Aktienrechts ist, soweit nicht Statut oder Gesetz entgegenstehen, unbeschränkt; der Aktionär kann seine Aktie irgend einem Dritten übertragen. Hat die Gesellschaft diesen Erwerb, soweit Genehmigung erforderlich war, genehmigt, so ist der Zessionar Aktionär; ebenso wenn Genehmigung überhaupt nicht vorgeschrieben war. Die Haftung des Veräußerers fällt zwar nicht fort, ändert sich aber gemäß § 220 (anders Staub GmbH. Anm. 75 zu § 15).

Anm. 23. Die Rechtsverhältnisse nach innen, zwischen den beiden Kontrahenten der Legitimationsübertragung, die Verpflichtung zur Rückübertragung usw., richten sich nach dem zugrunde liegenden Verhältnisse. Solche Übertragung kann die verschiedensten Ursachen und Zwecke haben (Auftrag, Pfandrecht usw.). Liegt Auftrag vor, so kann der Abtretende im Konkurse des Erwerbers die Aktie vindizieren.

Anm. 24. **Zusatz 3. Stempelfrage.** Indossamente sind nach dem preußischen Stempelgesetze den Abtretungen gleich zu achten (Tarif Position 2). Nach § 5 des Reichsstempelgesetzes vom 27. April

1894 sind aber Abtretungen solcher Wertpapiere, die dem Reichsstempel unterliegen, nicht stempelpflichtig. Demnach tritt Stempelpflicht nur bei den vor dem 1. Oktober 1881 (dem Geltungsbeginn des Gesetzes vom 1. Juli 1881) ausgegebenen Aktien ein (RG. 52, 318). § 222.

§ 223.

§ 223. Geht eine auf Namen lautende Aktie auf einen Anderen über, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Ueberganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu vermerken.

Die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen, ist die Gesellschaft nicht verpflichtet.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist.

Lit.: Vgl. zu § 222.

Einleitung. **Der Paragraph beschäftigt sich mit der Eintragung des Aktienerwerbers in das Aktienbuch**, dem Akt, durch den der Erwerber der Gesellschaft gegenüber die Stellung des Aktionärs erlangt. Diese Umschreibung braucht nicht zu erfolgen, die Aktie kann auch ohne sie weiter übertragen werden. Die Bestimmung im Abs. 1 ist nur gegeben unter dem Präjudiz des Abs. 3. Der Paragraph bezieht sich aber nur auf Namensaktien. Bei der Inhaberaktie gilt auch der Gesellschaft gegenüber der Inhaber als Berechtigter.

Kosten und Stempel der Umschreibung trägt im Zweifel der Veräußerer (§ 448 Abs. 2 BGB.).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Voraussetzung der Umschreibung** ist, daß der Aktienerwerber die Urkunde, auf die er seinen Erwerb stützt, und die Aktie vorlegt. Durch ein Blankoindossament ist jeder Inhaber zu dem Antrage auf Umschreibung legitimiert. Bei Vollindossamenten muß eine zusammenhängende Kette vorliegen (vgl. Anm. 13 zu § 222). Dabei ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, zu prüfen, ob der Abtretung oder dem Indossament auch wirklich die Absicht, Eigentum zu übertragen, zugrunde liegt. Aber sie ist regelmäßig dazu auch nicht berechtigt, letzteres deshalb nicht, weil sie den Übertragungsakt regelmäßig auch dann gegen sich gelten lassen muß, wenn er sich als bloße Legitimationsübertragung darstellt (über diese s. Anm. 16 zu § 222), d. h. als die Übertragung zu dem Zwecke, damit der Erwerber die Rechte des Aktionärs in eigenem Namen, aber für Rechnung des andern ausübt (zust. RG. 40, 80).

Sind Aktien nicht ausgegeben, so kann trotzdem, da das Aktienrecht nicht von der Ausfertigung der Urkunde abhängt, die Umschreibung im Aktienbuch erfolgen, da die Worte „unter Vorlegung der Aktie" nur gelten können, wenn Aktien ausgegeben sind (vgl. Anm. 11 zu § 179).

Als Übergang im Sinne dieses Paragraphen ist sowohl jede freiwillige Übertragung, als auch jede sonstige Rechtsnachfolge, z. B. Erbgang, anzusehen.

Anm. 2. Die Anmeldung kann mündlich oder schriftlich geschehen; sie kann seitens des Veräußerers oder des Erwerbers erfolgen; seitens des ersteren jedoch natürlich nur, soweit er noch im Besitz der Aktie ist. Der Veräußerer braucht, damit die Umschreibung erfolgt, nicht eingetragen zu sein, es genügt eine von dem Eingetragenen auf den Erwerber gehende Kette von Indossamenten.

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die Echtheit der Übertragungserklärung zu prüfen.** Aber sie ist dazu berechtigt (ebenso Lehmann II 102; dagegen Jacobi, Wertpapiere 354 Anm. 3) und kann einen Erwerber zurückweisen, der ein unechtes Indossament vorlegt. Zweifelt sie an der Echtheit, so kann sie den Vorzeiger nur auf eigene Gefahr zurückweisen. Wohl aber hat sie den Zusammenhang der Indossamente zu prüfen.

Anm. 4. 3. (Abs. 3.) **Die Wirkung der Umschreibung.** Nur der in das Aktienbuch Eingetragene gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär d. h. der Eingetragene ohne weiteres und nur der Eingetragene. Ist die Eintragung auf Grund des gehörigen Nachweises des

§ 223. Eigentumsüberganges gemäß Abs. 1 erfolgt, so ist der Gesellschaft gegenüber der Eingetragene Aktionär; gleichgültig ist, ob er (vor oder nach seiner Eintragung) seine Aktie weiter veräußert hat, und auch gleichgültig, ob die Gesellschaft von einer Veräußerung Kenntnis erhalten hat (OLG. Köln bei Bauer 12, 223 und eb. 13, 104). Der Erwerber mag in solchem Falle für seine Umschreibung sorgen und ev. im Prozeßwege die Umschreibung gegen den Eingetragenen erkämpfen. Der Gesellschaft gegenüber gilt für die Dauer der Eintragung nur der Eingetragene als Aktionär.

Anm. 5. Die Eintragung in das Aktienbuch schafft aber keine Rechte, heilt auch nicht die Mängel des Übertragungsgeschäfts. Sie schafft lediglich eine Legitimation für den Eingetragenen der Gesellschaft gegenüber („gilt als Aktionär"). Das Recht an der Aktie wird durch den Begebungsvertrag und Übertragungsakt erworben; sind diese nichtig oder anfechtbar, so kann sowohl der Aktionär, als auch die Gesellschaft sich auf die dem Geschäft anhaftenden Mängel berufen (so gegen das zu weitgehende Erk. RG. 41, 10 Jacobi, Wertpapiere 82; Lehmann II 100). Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

Anm. 6. a) Die Eintragung ist Prima-facie-Beweis dafür, daß die Eintragung regelmäßig und insbesondere auf Antrag des Eingetragenen erfolgt ist (RG. 3, 164). Wenn aber das letztere durch Gegenbeweis widerlegt ist, dann freilich ist die Eintragung wirkungslos. Die Gesellschaft kann dann den Eingetragenen nicht anerkennen, weil die Eintragung auf nichtigem Rechtsgrund beruht; sie kann aber auch seinen Rechtsvorgänger erst wieder anerkennen, wenn entweder die nichtige Eintragung gelöscht oder er wieder eingetragen ist. Unerheblich ist hier überall für das Verhältnis zur Gesellschaft, daß der Eingetragene die Aktie nur zum Schein, d. h. um für Rechnung eines andern die Aktionärrechte auszuüben, die Aktie erworben hat; denn das ist eine durchaus gültige Übertragungsart (vgl. Anm. 1).

Anm. 7. b) Demgemäß ist der in das Aktienbuch Eingetragene auch der, der allein die Rechte aus der Aktie ausüben, insbesondere stimmen kann (vgl. OLG. Köln bei Bauer 12, 223), und es ist unzutreffend, wenn das OLG. Dresden (in ZHR. 35, 237) sagt: für das Stimmrecht in der Generalversammlung genüge der bloße Besitz der Aktie; dieser müsse, wenn die Aktionäreigenschaft sonst von den Beteiligten unbeanstandet geblieben sei, dem Registerrichter genügen. Auch Behrend (§ 119 bei Anm. 30) macht den Versuch, der Gesellschaft das Recht zu geben, auch Nichteingetragene als Aktionäre anzuerkennen. Doch scheitert dieser Versuch an dem Wörtchen „nur" (Förtsch Anm. 5 zu Art. 183; vgl. jetzt auch D. 146 und Lehmann II 109).

Anm. 8. c) Der in das Aktienbuch Eingetragene aber kann die Aktienrechte jedenfalls ausüben, es sei denn, daß er in Wahrheit nur Beauftragter eines solchen Aktionärs ist, der gesetzlich oder statutarisch gehindert ist, seine Aktionärrechte geltend zu machen. Solcher Aktionär kann zurückgewiesen werden (vgl. Anm. 19 zu § 223 und Anm. 21 zu § 222).

Anm. 9. d) Die Umschreibung hat auf das Rechtsverhältnis der Beteiligten unter sich keinen Einfluß. Sie ist nicht etwa Beurkundung der Eigentumsübertragung (RG. in JW. 87, 495[9]). Zwischen den Parteien und auch gegenüber Dritten geht vielmehr durch die Übertragung selbst nicht nur das Eigentum an der Aktienurkunde, sondern das volle Anteilsrecht, das Eigentum an dem Anteilsrecht, wenn man so sagen darf, auf den Erwerber über; die Umschreibung ist nur die Voraussetzung der Geltendmachung der erworbenen Rechte gegenüber der Gesellschaft.

Anm. 10. e) **Der Aktionär kann der Gesellschaft gegenüber die Übertragung des Aktienrechts anfechten** und zwar auf Grund zivilrechtlicher Bestimmungen. Es kann sein, daß jemand eine Aktie durch Täuschung erwirbt und sich auf Grund dieses Rechtserwerbes in das Aktienbuch eintragen läßt. Er wird dann von der Gesellschaft auf Leistung verklagt. Es fragt sich, ob er der Gesellschaft gegenüber den Einwand der Täuschung machen kann. Diese Frage muß bejaht werden. Der Erwerb einer Aktie ist ein Akt, der nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar ist. Die Sache liegt hier anders, wie bei der ursprünglichen Zeichnung, durch die der Zeichner dem Verkehr gegenüber erklärt, einen Teil der rechtlichen Basis der werdenden Gesellschaft herzugeben und so ein Verkehrsinstitut schaffen hilft. Eine solche Erklärung hat

eine über die Person des Gegenkontrahenten hinausreichende rechtliche Bedeutung und kann nicht einfach durch Erklärung gegenüber dem Gegenkontrahenten angefochten werden. Eine so weitgreifende Erklärung liegt hier nicht vor (ebenso Lehmann-Ring Nr. 6 gegen Lehmann II 36). Dies hat auch das Reichsgericht bei der Entstehung der Mitgliedschaft durch Übertragung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung angenommen (RG. in JW. 97, 476). Das Kammergericht (in KGBl. 98, 31) hat sich dem angeschlossen. Jedoch ist hierbei § 123 Abs. 2 BGB. zu beachten, nach dem die von dem Gegenkontrahenten verursachte Täuschung, der Gesellschaft gegenüber nur dann zur Anfechtung berechtigt, wenn diese die Täuschung kannte oder kennen mußte. Wie bei der Täuschung liegt es bei der Drohung; aber auch wegen Irrtums gemäß § 119 BGB. kann die Anfechtung gegenüber der Gesellschaft erfolgen. Hat sich also z. B. jemand in das Aktienbuch eintragen lassen, in der irrigen Meinung, er habe von seinem Vorgänger die Aktienrechte wirklich erworben, während dies nicht der Fall ist, so ist diese Eintragung anfechtbar. Anders natürlich, wenn er, wissend, daß er das Aktienrecht nicht wirklich erworben habe, sich dennoch hat eintragen lassen, um der Gesellschaft gegenüber als Aktionär zu gelten. Alsdann ist die Eintragung nicht anfechtbar (vgl. Anm. 1). § 223.

f) **Auch die Gesellschaft kann die Eintragung anfechten.** Sie kann es nicht mit der Begründung, daß der Eingetragene nicht in Wirklichkeit das Recht erwerben sollte (vgl. Anm. 16ff. zu § 222), sie kann es aber z. B. dann, wenn die Übertragung nur erfolgte, um dem nicht stimmberechtigten Aktionär die Stimmabgabe zu ermöglichen. Anm. 11.

g) **Die Einwendungen der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktienerwerber.** Bei Namenspapieren, die durch Indossament übertragen werden, greift sinngemäß § 364 HGB., bei Inhaberaktien, die durch bloße Besitzübertragung übertragen werden, entsprechend § 796 BGB. Platz (vgl. Anm. 17; ebenso Jacobi, Wertpapiere 355; dagegen Cosack § 117 II 2d und Brauer 33, die Einwendungen überhaupt nicht zulassen, da in § 222 Art. 82 WO. nicht angezogen ist). Bei Erwerb durch Abtretung oder Universalsukzession findet diese Beschränkung in den Einwendungen nicht Anwendung (vgl. §§ 404, 413 BGB.). — Darüber, ob der gutgläubige Erwerb der Aktienurkunde, die die Aktiengesellschaft überhaupt nicht ausgegeben, sondern ein Unberechtigter in den Verkehr gebracht hat, den Erwerber zum Aktionär mache, s. Anm. 25. Anm. 12.

Zusatz 1. Das Aktienrecht kann übrigens nicht nur übertragen, sondern auch verpfändet und zum Gegenstande anderer Rechtsgeschäfte gemacht werden (Lehmann in ZHR. 51, 397). Zur Begründung dinglicher Rechte gehört stets die Übergabe der Urkunde (vgl. Anm. 8 zu § 222). Zur Verpfändung einer Namensaktie genügt Einigung und Übergabe der indossierten Aktie (§ 1292 BGB.). Eine Benachrichtigung an die Gesellschaft ist zur Gültigkeit der Verpfändung nicht nötig, da diese in § 1280 BGB. nur für Forderungen gefordert wird; das Aktienrecht aber keine Forderung ist (vgl. jedoch §§ 1275, 407 BGB.). Über die Verpfändung vinkulierter Aktien vgl. Anm. 11 zu § 222. Eine Eintragung der Verpfändung in das Aktienbuch findet nicht statt. Zur Verpfändung einer Inhaberaktie genügt Einigung und Übergabe (§§ 1293, 1205 BGB.). Anm. 13.

Näheres über die Verpfändung der Inhaberpapiere s. § 366 und § 368. Das dort gesagte gilt auch von Namens- und Inhaberaktien.

Zusatz 2. Die Vollstreckung in Aktien geschieht durch Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher (§ 808 CPO.) und Verkauf gemäß §§ 821, 822 CPO, gleichviel ob es sich um Inhaber- oder Namensaktien handelt, da auch letztere Wertpapiere sind (Anm. 9 zu § 179). § 831 CPO. kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um Forderungsrechte handelt. Soweit bei Namensaktien die Übertragung gesetzlich oder statutarisch ausgeschlossen oder beschränkt ist, ist auch die Pfändung unzulässig (vgl. Anm. 3 und 11 zu § 222). Anm. 14.

Zusatz 3. Stempelfrage. Für Umschreibung von Aktien, die nach dem 1. Oktober 1881 ausgestellt sind, ist nach preußischem Stempelgesetz eine Abgabe überhaupt nicht, für solche, die vorher ausgegeben sind, eine Abgabe nur dann zu entrichten, wenn eine mit dem tarifmäßigen Anm. 15.

§ 223. Stempel versehene Abtretungserklärung errichtet ist (Nr. 2 Abs. 3 des Tarifs zum Stempelgesetz und RG. 43, 240).

Anm. 16. **Zusatz 4. Die Übertragung der Inhaberaktien.**

Vorbemerkung. Allgemeines über die Inhaberaktien. Die Inhaberaktie fällt unter den allgemeinen Begriff der Inhaberpapiere, dieser allgemeine Begriff ist gesetzlich nicht geregelt. Dagegen gehört sie nicht zu den Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die in den §§ 793ff. BGB. behandelt sind. Indessen, soweit diese Paragraphen Fragen regeln, die die Natur der Inhaberpapiere überhaupt betreffen, werden sie auch für alle Inhaberpapiere Anerkennung finden müssen (D. 142; Goldmann-Lilienthal 843, 1). — Vgl. im einzelnen unten Anm. 25ff. — Ob die Inhaberaktie als Sache im Sinne des BGB. zu betrachten ist, darüber s. Anm. 8 zu § 179. — Die Eintragung der Inhaberaktie in ein Aktienbuch ist gesetzlich nicht erfordert. Sie ist gleichwohl allgemein gebräuchlich und wohl auch nicht zu entbehren. Denn wenn auch nicht die Namen der Aktionäre einzutragen sind, so doch die Zahl und Gattung und die Veränderungen in Zahl und Gattung. Eine Übersicht hierüber kann nur durch geordnete Eintragung in ein Aktienbuch gewonnen werden. Man geht wohl nicht zu weit, wenn man die Führung dieses Buchs zu den Pflichten eines sorgfältigen Kaufmanns rechnet. Zu den Handelsbüchern im Sinne des § 38 gehört es ja allerdings nicht, wohl aber zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" nach § 43 Abs. 1.

Anm. 17. **In betreff der Übertragung der Inhaberaktie ist zu bemerken:**

1. daß sie äußerlich durch die bloße Übertragung der Aktienurkunde erfolgt, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.
2. Zur Übertragung des Aktienrechts gehört ferner, daß auch der Eigentumsübertragungswille und der Eigentumserwerbswille vorliegt. Sonst kann Eigentum nicht übergehen (§ 929 BGB.).
3. Indessen spielt gerade hier die bloße Legitimationsübertragung eine große Rolle, von der bezüglich der Namensaktie in Anm. 16ff. zu § 222 ausführlich gehandelt ist. Zum Teil haben die Inhaberpapiere daher ihren Namen, daß der Verpflichtete sich regelmäßig mit der bloßen Innehabung zu begnügen und nicht nach dem Eigentum zu forschen hat, daß er regelmäßig gegenüber dem erfüllen muß, der das Papier vorzeigt.

Hier gilt daher in ganz besonderem Maße der Grundsatz, daß es durchaus zulässig ist, eine Aktie auf einen anderen zu dem Zwecke zu übertragen, damit dieser im eigenen Namen, aber für Rechnung des Übertragenden, die Rechte aus der Aktie ausübe, und demgemäß ohne daß das Eigentum an der Aktie auf den anderen übertragen wird. Die Aktiengesellschaft darf den Inhaber, der auf Grund solchen Rechtsakts die Aktie der Gesellschaft vorzeigt (sogenannten „Strohmann"), nicht zurückweisen. Er hat zwar nicht das durch die Aktie verbriefte Recht, aber in zulässiger Weise die Legitimation erworben, das Recht auszuüben. Dies ist auch in der Rechtsprechung stets angenommen worden (ROHG. 14, 359; RG. 30, 51; Bolze 12 Nr. 510; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 467; OLG. Dresden bei Bauer 10, 229; Dreyer bei Gruchot 40, 467; vgl. besonders Goldschmidt, System, 4. Aufl. 165 über den Unterschied zwischen dem Recht aus dem Inhaberpapier und der Legitimation). Die Gesellschaft kann daher eine weitere Legitimation, als den Besitz der Aktie nicht fordern; wohl aber kann die Gesellschaft den Nachweis erbringen, daß der Erwerber nicht zur Ausübung der Gesellschaftsrechte berechtigt sein sollte. Mit Recht bekämpft daher Simon (ZHR. 49, 23) ein Erkenntnis des RG., in dem die Abstimmung eines städtischen Beamten, der aus einem bei der Stadt hinterlegten Depot Aktien ohne Auftrag des Eigentümers entnommen und mit ihnen gestimmt hatte, für berechtigt erklärt wird. Auch die Legitimationsabtretung gibt nur dann Rechte, wenn eine wirkliche Übertragung zur Ausübung der Aktionärrechte stattgefunden hat. Bemängelt die Gesellschaft diese, so hat sie zu beweisen; gelingt ihr aber der Beweis, so fällt damit das Recht des Legitimationszessionars (vgl. auch Simon in der Festgabe für Wilke 267).

Ferner erreichen die Wirkungen der Legitimationsübertragung in dem Wesen dieses § 223. Rechtsgeschäfts ihre Grenze. Das Wesen dieses Rechtsgeschäfts besteht aber darin, daß der Anm. 18. Legitimationserwerber nach außen legitimiert wird, die Rechte des Berechtigten auszuüben. Mithin können die Rechte des Legitimationserwerbers nicht weiter gehen, als die des Legitimationsübertragers. Denn es sind ja nur dessen Rechte, die er ausüben darf und ausüben soll.

Besonders praktisch wird diese Grenze bei der Frage nach dem Umfang Anm. 19. des Stimmrechts des Legitimationserwerbers. Wer nicht Eigentümer der Aktie ist, sondern das Stimmrecht nur in eigenem Namen ausübt, aber kraft des Aktienrechts eines andern, kann kein höheres Stimmrecht haben als der wahre Aktionär. Wenn also der wahre Aktionär, der Eigentümer der Inhaberaktie, nicht mitstimmen durfte, etwa weil es sich um ein mit ihm zu schließendes Rechtsgeschäft handelt, oder weil er schon mit anderen Aktien den statutarischen Höchstbetrag des Stimmrechts erreicht hat, so kann er das betreffende Stimmverbot nicht dadurch umgehen, daß er einem andern die Aktien zur Ausübung des Stimmrechts überträgt. Stimmt der letztere dennoch, obwohl es der wahre Eigentümer nicht durfte, so verletzt er das Gesetz, und der auf diesen Stimmen beruhende Beschluß ist eventuell anfechtbar. Ganz gleichgültig ist dabei, ob der Legitimationserwerber von der Absicht des Aktieneigentümers, ein Stimmverbot zu umgehen, wußte. Denn der entscheidende Grund ist nicht die Unredlichkeit, sondern die Rechtsnatur der Legitimationsübertragung. Es ist eben nichts anderes übertragen, als die Legitimation zum stimmen, also die Legitimation, das Stimmrecht des ersteren Aktionärs auszuüben, selbstverständlich, soweit dasselbe besteht. Die Sache liegt genau so, wie bei den anderen Verkehrserscheinungen, die dem gleichen Grundgedanken entspringen und die gleiche rechtliche Beurteilung erfahren. — Legitimationsübertragung, verstecktes Inkassomandatindossament — (vgl. hierüber Anm. 21 zu § 222).

Das Aktienrecht hat übrigens noch eine andere Beschränkung für die Legitimationsüber- Anm. 20. tragung festgesetzt. Es hält diese dann für gänzlich unerlaubt und deshalb für ungültig, wenn sie zur Ausübung gewisser Aktionärrechte gegen Entgelt geschieht. Daß sie in diesem Falle unerlaubt ist, geht aus § 318 HGB. hervor, daß sie deshalb ungültig ist, aus § 134 BGB. (das nähere hierüber zu § 318 HGB.).

4. Auch durch Universalsukzession und durch Abtretung kann eine Übertragung der Rechte aus Anm. 21. dem Inhaberpapier erfolgen. Bei der Abtretung muß die Übergabe des Papiers hinzukommen, um den Eigentumserwerb zu bewirken.

5. Über die Einwendungen der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktienerwerber s. Anm. 22. Anm. 12, auch unten Anm. 27.

6. Das Aktienrecht kann auch verpfändet werden. Die Inhaberaktie wird durch Einigung Anm. 23. und bloße Übergabe verpfändet (vgl. oben Anm. 13).

7. Die Wirkungen gutgläubigen Erwerbes der Inhaberaktie oder eines Pfandrechts Anm. 24. daran richten sich nach sachenrechtlichen Grundsätzen (vgl. §§. 935, 1207 BGB.; bei uns Erl. zu § 366 HGB.).

Zusatz 5. Daß im übrigen, auch abgesehen von der Übertragung, die Grundsätze über Anm. 25. Schuldverschreibungen auf den Inhaber, soweit dies angängig erscheint, entsprechende Anwendung finden, ist schon oben in der Vorbemerkung gesagt (vgl. auch Dernburg II § 146 IV). Sehr wichtig ist hierbei die Frage, **ob zu Unrecht in den Verkehr gelangte Aktienurkunden** (also z. B. gestohlene oder vom Vorstande ohne Kapitalserhöhung ausgegebene) **den redlichen Erwerber zum Aktionär machen.** Würde man den § 794 BGB. auf die Inhaberaktien anwenden, so würde dies die Folge sein. Allein diese Anwendbarkeit muß verneint werden. Den Sondervorschriften des Aktienrechts und der Sicherheit des Aktienverkehrs widerspricht es, wenn das Grundkapital der Aktiengesellschaft sich durch Diebstahl vergrößern würde (ebenso Lehmann II 105).

Diese Ansicht wird auch nicht dadurch widerlegt, daß der Kommissionsbericht (S. 71) den § 794 BGB. für zweifellos anwendbar erachtet. Das ist eben eine irrige Auffassung (vgl. § 287 HGB. und die Erläuterungen dazu). Dieser Kommissionsbericht erklärt übrigens auch

§ 223. einige andere Bestimmungen über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (anscheinend auch auf Namensaktien und Interimsscheine) zweifellos anwendbar, nämlich die §§ 793 Abs. 1, 796, 797, 801, 802 BGB. Wie steht es damit?

Anm. 26. a) § 793 Abs. 1 BGB.: Der Inhaber kann die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Diese Bestimmung ist auf Inhaberaktien entsprechend anwendbar, auf Namensaktien und Interimsscheine natürlich nicht. Bei Inhaberaktien aber bezieht sie sich ohne weiteres auf die auf die Aktien zu machenden vermögensrechtlichen Leistungen, nicht auch ohne weiteres auf die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte. Hier kommt neben dem Schutze des Inhabers und der Gesellschaft noch das Recht jedes einzelnen Aktionärs darauf in Betracht, daß der Mehrheitswille nicht gefälscht wird, und darauf beruhen Sonderbestimmungen des Aktienrechts. So z. B. die Bestimmung des § 318, § 252 Abs. 3 (vgl. auch Anm. 17).

Anm. 27. b) § 796 BGB.: Dem Aussteller stehen zu die Einwendungen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, oder sich aus der Urkunde ergeben oder der Gesellschaft unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Auch dies bezieht sich auf Inhaberaktien (ebenso Jacobi, Wertpapiere 354; für Namensaktien gilt entsprechendes, vgl. oben Anm. 12), aber ohne weiteres nur auf vermögensrechtliche Ansprüche aus der Aktie und dem Dividendenschein. Die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte folgen zum Teil anderen Regeln. Vgl. zu a.

Anm. 28. c) § 797 BGB.: Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet. Das bezieht sich nur auf den Dividendenschein, auf die Aktien und Interimsscheine nicht, weil es sich hier nicht nur um vermögensrechtliche Leistungen handelt, sondern auch um gesellschaftliche Herrschaftsrechte. Selbst wenn es sich um die letzte Liquidationsrate handelt, so kann nicht von Gesetzes wegen ihre Zahlung abhängig gemacht werden von der Ablieferung der Aktie. Denn auch nach dieser Auszahlung kann es sein, daß gesellschaftliche Herrschaftsrechte noch auszuüben sind, z. B. nochmalige Generalversammlung behufs Haftbarmachung des Vorstandes aus Liquidationsvergehen. Die „zweifellose Anwendbarkeit" beschränkt sich daher hier auf ein Minimum und ist mit großer Vorsicht aufzunehmen.

Anm. 29. d) § 801 BGB. Dieser lautet:

> Der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der dreißig Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich.
>
> Bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt.
>
> Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden.

Dieser Paragraph bezieht sich lediglich auf Inhaberaktien und Dividendenscheine auf den Inhaber. Bei Namensaktien und Namensdividendenscheinen gilt die gewöhnliche Verjährung. Bei Inhaberaktien aber bezieht sie sich nur auf die Ansprüche auf vermögensrechtliche Bezüge. Auf sonstige Ansprüche aus der Aktie, insbesondere die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, kann der Paragraph naturgemäß nicht Anwendung finden.

Anm. 30. e) Von § 802 BGB., der nur eine Zusatzvorschrift zu § 801 gibt, gilt das gleiche.

Anm. 31. **Zusatz 6. Die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen Übertragungskontrahenten von Aktien** sind im Gesetz nicht berührt; hier ist folgendes zu erwähnen (Lit.: Lehmann, Beiträge zu der Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts in ZHR. 51, 373):

Anm. 32. a) Über die Frage der Haftung für Mängel bei dem Verkauf der Aktie vgl. RG. 59, 240; ferner Düringer in DJZ. 05, 374; RG. 56, 253 und bei Holdheim 13, 251 sowie

14, 187; OLG. Köln zitiert von Neukamp bei Holdheim 14, 1; Hagens in DJZ. 05, 664. § 223.
Das nähere in den Erl. zu § 381.

b) Die gekaufte Aktie muß börsenmäßig lieferbar sein (RG. 4, 196; 5, 204 und bei Anm. 33.
Holdheim 10, 221; ROHG. 11, 45).

c) Der Verkäufer einer Aktie hat die laufenden Dividendenscheine mitzuliefern, Anm. 34.
wofür ihm nach Börsenusance Stückzinsen bis zum Lieferungstage gezahlt werden (ROHG. 6, 146, Cosack § 118 V 3).

§ 224.

Die Vorschriften der §§ 222, 223 finden auch auf die Eintragung der § 224.
Interimsscheine und deren Uebergang auf Andere Anwendung.

Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen bedarf keiner Erläuterung. Nur ist zu bemerken, daß Interimsscheine auch dann wie Namensaktien zu behandeln sind, wenn etwa der Betrag voll bezahlt sein sollte (über Übertragung von Interimsscheinen, wenn kein Aktienbuch vorhanden ist, vgl. RG. in JW. 05, 177[26]).

§ 225.

Steht eine Aktie mehreren Mitberechtigten zu, so können sie die Rechte aus § 225.
der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben.

Für die auf die Aktie zu bewirkenden Leistungen haften sie als Gesammtschuldner.

Hat die Gesellschaft eine Willenserklärung dem Aktionär gegenüber abzugeben, so genügt, falls ein gemeinschaftlicher Vertreter der Mitberechtigten nicht vorhanden ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Mitberechtigten. Auf mehrere Erben eines Aktionärs findet diese Vorschrift nur in Ansehung von Willenserklärungen Anwendung, die nach dem Ablauf eines Monats seit dem Anfalle der Erbschaft abgegeben werden.

Der vorliegende Paragraph regelt den Fall, daß eine Aktie im gemeinschaftlichen Eigentum mehrerer steht.

I. **Voraussetzungen des Falls.** Der Fall kann sich ereignen durch Übernahme mehrerer Aktien Anm. 1.
bei Gründung oder Kapitalserhöhung, Erbschaft oder sonstige Universalsukzession, aber auch durch gemeinschaftlichen Erwerb unter Lebenden. Angesichts des vorliegenden Paragraphen ist es für zulässig zu erachten, daß eine Aktie von mehreren Personen durch einen Veräußerungsvertrag zum gemeinschaftlichen Eigentum erworben wird. Anders Makower I 357, der den Paragraphen nur auf den Fall willkürlicher Teilung bezieht. Doch besteht zu dieser Einschränkung kein Anlaß.

Natürlich muß der Fall so liegen, daß der Gesellschaft gegenüber mehrere Be- Anm. 2.
rechtigte vorhanden sind. Das ist bei Namensaktien der Fall, wenn mehrere Personen in das Aktienbuch als Eigentümer derselben Aktie eingetragen sind, bei Gesamtrechtsnachfolge ist dies der Fall, wenn mehrere Personen die Rechtsnachfolger sind. Bei der Inhaberaktie, bei der jeder Inhaber als Aktionär legitimiert ist, liegt der Fall dann vor, wenn mehrere Personen der Gesellschaft gegenüber als Inhaber derselben Aktie auftreten, ein Fall, der sich wohl kaum ereignen wird. Es wird der Einfachheit wegen wohl immer einem der Berechtigten oder einem Dritten der Besitz der Aktie zum Zwecke der Ausübung der Rechte übertragen werden.

Überall ist hier vorausgesetzt, daß in der Tat mehrere selbständige Personen die Berechtigten Anm. 3.
sind. Der Fall, um den es sich im vorliegenden Paragraphen handelt, liegt auch dann vor, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Aktien erwirbt oder ein nicht rechtsfähiger Verein

§ 225. (vgl. § 54 BGB.), nicht aber, wenn eine o. H. G. oder eine Kommanditgesellschaft die Aktien erwirbt. In diesen letzteren Fällen greifen andere Grundsätze Platz. Die betreffenden Gesellschaften besitzen formelle Parteifähigkeit, und es wird so angesehen, als sei ein Berechtigter vorhanden. Übrigens führen die bei dem Erwerbe durch die o. H. G. und die Kommanditgesellschaft platzgreifenden Grundsätze im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse, wie der § 225 (auch bei der o. H. G. muß ein gemeinsamer Vertreter die Rechte ausüben, auch hier haften die mehreren Gesellschafter als Solidarschuldner — bei der Kommanditgesellschaft allerdings zum Teil nur beschränkt —, auch hier können die Erklärungen einem Vertreter gegenüber abgegeben werden). Von selbst versteht es sich, daß der Fall, daß ein rechtsfähiger Verein die Aktie besitzt, unter den vorliegenden Paragraphen nicht fällt. Dieser Fall ist vielmehr ebenso zu behandeln, wie wenn eine physische Person die Aktie besitzt.

Anm. 4. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen gelten endlich nur für die Dauer der gemeinsamen Berechtigung. Die gemeinsame Berechtigung kann aufhören durch Überlassung der Aktie an einen der Berechtigten oder an einen Dritten, selbstverständlich nicht durch Teilung, da ja die Aktie unteilbar ist (§ 179). Die Überlassung an einen Dritten oder an einen der Berechtigten kann nur erfolgen unter den Voraussetzungen, an die die Veräußerung der Aktie überhaupt geknüpft ist, so z. B. nur mit Zustimmung der Gesellschaft, im Falle des § 212 und des § 222 Abs. 4. Die Überlassung kann auch durch bloße Legitimationsübertragung erfolgen (über diese s. Anm. 16 zu § 222) und hat auch dann zur Folge, daß die gemeinsame Berechtigung gegenüber der Gesellschaft aufhört und die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen nicht mehr Platz greifen. Denn auch hier geht es die Gesellschaft nichts an, ob wirkliches Eigentum übertragen wird. Aber andererseits erfordert auch die bloße Legitimationsübertragung dieselben Voraussetzungen, wie eine wirkliche Veräußerung, also insbesondere die Zustimmung der Gesellschaft, wenn die wirkliche Eigentumsübertragung sie erfordert.

Anm. 5. II. **Die für den Fall gemeinsamer Berechtigung gegebenen Vorschriften** sind:

1. (Abs. 1.) Die Ausübung der Rechte kann nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter erfolgen, der sich natürlich zu legitimieren hat. Sind also mehrere Personen Eigentümer einer Namensaktie durch Erbschaft geworden, so müssen sie einen von ihnen oder einen Fremden zum Vertreter bestellen und können nur durch einen solchen ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft ausüben, nur durch einen solchen also z. B. ein Stimmrecht oder ein sonstiges gesellschaftliches Herrschaftsrecht ausüben. An sich bezieht sich das auch auf die Gewinnerhebung. Allein bei der Gewinnerhebung kommt in Betracht, daß die Möglichkeit der Begebung des Dividendenscheins hier ändernd und erleichternd eingreift. Die mehreren Berechtigten haben es in der Hand, den Dividendenschein, wenn er auf den Inhaber gestellt ist, einem Dritten zu begeben, und sei es auch nur im Wege der Legitimationsübertragung (vgl. Anm. 16 zu § 222) und durch solche Mittelsperson den Gewinn zu beziehen.

Anm. 6. Die Bestellung zum Vertreter erfolgt formlos. Sie muß, um wirksam zu sein, der Gesellschaft angezeigt werden.

Anm. 7. Durch die Vorschrift des Abs. 1 ist es ausgeschlossen, daß die mehreren Berechtigten als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB. zu betrachten sind: Es kann eben nicht ein jeder von ihnen das Recht geltend machen, sondern es können dies nur alle gemeinsam durch einen gemeinschaftlichen Vertreter.

Anm. 8. Auch die Gesellschaft ist übrigens daran gebunden, sie darf Leistungen auf die Aktien (Dividenden, Liquidationsraten, die Aktienurkunden) nur an jenen gemeinschaftlichen Vertreter aushändigen.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) Für die auf die Aktie zu bewirkenden Leistungen haften die mehreren Berechtigten als Gesamtschuldner, Erben jedoch nur mit den erbrechtlichen Beschränkungen (RG. 71; Staub GmbH. Anm. 15 zu § 19); es sei denn, daß sie sich in das Aktienbuch ohne Hinweis auf ihre Eigenschaft als Erben haben eintragen lassen (Goldmann

Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 8). Zu den Leistungen gehören auch die wiederkehrenden Naturalleistungen gemäß § 212. In dieser Solidarhaft liegt ein erheblicher Anlaß für die mehreren Berechtigten, sich auseinanderzusetzen und die Gemeinsamkeit aufzuheben, und andererseits liegt darin für die Gesellschaft ein erheblicher Anlaß, die Zustimmung zur Aufhebung der Gemeinschaft zu versagen, wenn sie zu solcher Versagung berechtigt ist. § 225.

Mit der rechtsgültigen Aufhebung der Gemeinschaft fällt auch die Solidarhaft fort. Die Aufhebung der Gemeinschaft hat die Folgen einer Veräußerung. Es muß natürlich eine Aufhebung der Gemeinschaft, eine Veräußerung vorliegen, die der Gesellschaft gegenüber wirkt (vgl. hierüber Anm. 4). Anm. 10.

3. (Abs. 3.) **Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber den gemeinsam Berechtigten** sind, wenn ein Vertreter „vorhanden", d. h. bestellt und der Gesellschaft benannt ist, diesem gegenüber abzugeben. Zu diesem Zwecke wird er ja bestellt. Wenn er aber nicht bestellt ist, so kann die Willenserklärung jedem der gemeinsam Berechtigten gegenüber abgegeben werden, und zwar mit der Wirkung, daß die Erklärung als allen gemeinsam Berechtigten gegenüber abgegeben gilt. Das bezieht sich z. B. auf die Aufforderung zu Einzahlungen, auf Einladungen zu Generalversammlungen, auf Mahnungen bei rückständigen Naturalleistungen. Im Falle der Erbschaft gilt dies erst einen Monat nach dem Anfall der Erbschaft. In der Zwischenzeit muß die Erklärung allen gegenüber abgegeben werden, wenn sie allen gegenüber wirken soll. Anm. 11.

4. **Keine Bestimmung ist darüber getroffen, was in das Aktienbuch einzutragen ist.** Nach unserer Ansicht alle Berechtigten und außerdem der bestellte Vertreter (vgl. Pinner 120). Anm. 12.

Zusatz 1. Die Verhältnisse unter den Berechtigten sind hier nicht geregelt. Da es sich um Rechte an einer unteilbaren Sache handelt, so gelten die Vorschriften der §§ 741 ff., besonders § 753 BGB., soweit nicht aus der rechtlichen Natur der betreffenden Gemeinschaft sich andere Rechtsregeln ergeben. Anm. 13.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschrift bezieht sich auch auf Gesellschaften, die vor dem 1. Januar 1900 eingetragen waren (vgl. Anm. 1—4 zu § 178), jedoch natürlich nur auf die Mitberechtigungen, die nach dem 1. Januar 1900 entstehen. Vorher konnte eine Aktie überhaupt nicht mehreren Mitberechtigten zustehen, wenigstens nicht so, daß der Gesellschaft gegenüber mehrere Personen mitberechtigt waren. Anm. 14.

§ 226.

Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen. § 226.

Eigene Interimsscheine kann sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Das Gleiche gilt von eigenen Aktien, auf welche der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

Durch die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen wird der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft eingeschränkt. Einleitung.

Der Grund dieser Bestimmung ist, daß es juristisch nicht wohl angängig ist, daß die Aktiengesellschaft ihr eigener Aktionär ist, und daß es vom praktischen Standpunkte aus ungesund ist, wenn die Aktiengesellschaft mit ihren eigenen Aktien Handel treibt. Dividendenscheine darf sie erwerben und in Pfand nehmen.

Verboten ist hiernach der Erwerb und die Pfandnahme vollbezahlter Aktien (Abs. 1) **und der Erwerb und die Pfandnahme eigener Interimsscheine und nicht voll bezahlter Aktien** (Abs. 2), beides aber mit verschiedener Rechtswirkung. Anm. 1.

§ 226. 1. (Abs. 1.) **Eigene vollbezahlte Aktien.** Die Aktiengesellschaft soll eigene vollbezahlte Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetrieb weder erwerben, noch zum Pfand nehmen, außer wenn eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird.

a) Sie soll nicht. Ungültigkeit des Geschäfts ist also an die Verletzung nicht geknüpft. Die Ungültigkeit war vor der Aktiennovelle von 1884 Rechtens (ROHG. 17, 381); doch wurde sie als zu große Belästigung des Verkehrs erachtet, da der Dritte nicht prüfen kann, ob die Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Aktien erwirbt. Das Geschäft ist also gültig (Bolze 8 Nr. 551, 12 Nr. 507). Für etwaigen Schaden sind aber die Gesellschaftsorgane verantwortlich (§§ 241, 249), und zwar ohne daß ein besonderes Versehen vorzuliegen braucht, die Verletzung des Verbots einerseits und der Schaden andrerseits begründen die Schadensersatzpflicht, da die Verletzung des Verbots allein den Vorsatz in sich schließt (vgl. Anm. 13 zu § 114). Es kann jedoch sein, daß im konkreten Falle solche Maßregel im Interesse der Gesellschaft sogar erforderlich ist (vgl. Bolze 8 Nr. 551). Der Dritte, der an der Verletzung des Verbots teilnimmt, kann ebenfalls haften, aber nicht, weil er das Verbot verletzt hat — denn an ihn ist das Verbot nicht gerichtet —, sondern nur, wenn er dabei eine Handlung begangen hat, die auch ihm verboten ist, eine Handlung, die sich auch für ihn als rechtswidrige im Sinne des § 823 bezw. § 826 BGB. darstellt. Das wäre z. B. der Fall, wenn eine absichtliche Benachteiligung der Gesellschaft gemäß § 312 und auf seiten des Dritten die Merkmale der Teilnahme vorliegen. Dann würden §§ 830 u. 840 BGB. Anwendung finden.

Anm. 2. b) Im regelmäßigen Geschäftsbetrieb. Doch ist es gleichgültig, ob der Erwerb oder die Pfandnahme im Betriebe der Geschäfte erfolgt, die die Gesellschaft auch sonst betreibt, oder außerhalb des Rahmens dieser regelmäßigen geschäftlichen Tätigkeit (Behrend § 137 Anm. 9).

α) Entscheidend ist, ob der nächste und eigentliche Zweck der war, durch den Erwerb der Aktie eine gewinnbringende geschäftliche Transaktion zu machen. Das ist überall da nicht der Fall, wo die Gesellschaft sich in einer Zwangslage befindet und die Aktien nur erwirbt, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Dahin gehört Erwerb in der Zwangsvollstreckung oder durch Vergleich. Schenkung und Erbfall gehören ebenfalls nicht darunter, weil das nicht geschäftliche Transaktionen, sondern Glücksfälle sind. — Daß bei diesen gestatteten Erwerbsarten die Aktien nur einen durchlaufenden Posten bilden, ein Behalten derselben im Gesellschaftsportefeuille aber absolut verboten sei, wie Völderndorff 511 meint, ist nicht richtig. Ist der Erwerb erlaubt, so ist es auch das Behalten. Die schleunige Veräußerung gültig erworbener eigener Aktien ist der Gesellschaft nirgends zur Pflicht gemacht. Deshalb ist es auch entgegen einer Bemerkung der Motive (z. AktG. von 1884 II 223) nicht unerlaubt, in gesetzmäßig erworbenen Aktien den Reservefonds anzulegen, wenn dies auch nicht zu der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehören mag (Lehmann-Ring Nr. 6). Die rechtmäßig erworbenen Aktien sind auch als Aktiva in die Bilanz einzustellen, da sie einen jederzeit zu realisierenden Vermögenswert darstellen (ebenso Rehm 468; Goldmann Anm. 1). Cosack, der dies (§ 117 II 5c) verbietet, gibt als Grund an, daß sie wertlos seien, solange die Gesellschaft sie besitze. Das ist aber angesichts der Veräußerungsmöglichkeit nicht zutreffend. Die Grundkapitalsziffer wird durch den Erwerb eigener Aktien nicht berührt.

Anm. 3. β) Erwerben, das heißt zum Eigentum erstehen. Ob auch das Report- und das Deportgeschäft in eigenen Aktien hiermit verboten ist, ist zweifelhaft. Das Reportgeschäft ist ein Kaufvertrag, verbunden mit der Abrede des Wiederverkaufs für einen späteren Zeitpunkt, der Käufer wird Reporteur genannt (RG. 19, 150; vgl. RGSt. 12, 287). Man wird das Reportgeschäft in eigenen Aktien für unzulässig halten müssen (vgl. Lehmann-Ring Nr. 2; Behrend § 137 Anm. 12; Petersen-Pechmann 170). Die Gesellschaft soll eigene Aktien nicht erwerben, nicht, wenn auch nur vorübergehend, Eigentümerin derselben werden, weil die unjuristische Erscheinung, daß eine Aktiengesellschaft ihre eigene Aktionärin ist, vermieden und der Handel der Gesellschaft mit ihren eigenen Aktien nicht geduldet werden soll (vgl. die Einleitung). Aus demselben Grunde aber muß auch das Deportgeschäft in eigenen

Aktien für unzulässig gehalten werden. Es ist das Geschäft, durch das die Gesellschaft (als Deporteur) ihre Aktien zum Tageskurse verkauft, gleichzeitig aber vom Käufer dieselben Stücke zu demselben Kurse zu einem bestimmten weiteren Termin zurückkauft. Mag auch, worauf Petersen-Pechmann 170 und ROHG. 17, 386 Wert legen, der Rückkauf nur erfolgen zum Zwecke der Wiederherstellung des früheren Zustandes, so erfolgt doch immerhin ein Eigentumserwerb, auf den die gesetzgeberischen Gründe des Verbots in gleicher Weise zutreffen, wie bei jedem andern Erwerb eigener Aktien (vgl. Lehmann II 84; Behrend § 137 Anm. 12 und § 139 BGB.). **§ 226.**

Hat die Gesellschaft eigene Aktien erworben, so ruht das Stimmrecht (sie kann es daher auch nicht durch Legitimationsübertrag ausüben lassen), das Dividendenrecht kann sie ausüben (durch Aufrechnung oder durch Veräußerung des Dividendenscheins). Ebenso übt sie das Bezugsrecht aus (dagegen Lehmann II 86). Anm. 4.

γ) Zum Pfande nehmen. Darunter ist nur ein eigentlicher Pfandvertrag zu verstehen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß durch den Abschluß von Geschäften, durch die gesetzliche Pfandrechte begründet werden, dieselben mißlichen Folgen entstehen können. Indessen kann das Wort „zum Pfande nehmen" nicht anders verstanden werden, als im Sinne eines Vertrages. Zum Pfande nehmen kann man nur, was zum Pfande gegeben ist, und Geben und Nehmen ist eben ein Vertrag. Das gesetzliche Pfandrecht entsteht von selbst an den Gegenständen, die man nicht zum Pfande, sondern aus anderen Gründen erhalten hat. Es ist nicht die Entstehung eines Pfandrechts für rechtlich unmöglich erklärt, sondern nur das vertragsmäßige Nehmen des Pfandes instruktionell verboten. Wäre ersteres der Fall, so würde auch die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts nach § 1257 BGB. nicht möglich sein. Nur darf das gesetzliche Pfandrecht nicht in einer Weise erworben werden, die auf eine Umgehung des Verbotes hinausläuft. So z. B. würde es unzulässig sein, wenn die Gesellschaft für zahlungsunfähige Auftraggeber kommissionsweise ohne Sicherheit eigene Aktien ankaufte, um an denselben ein gesetzliches Pfandrecht zu erlangen. Das würde die Haftpflicht nach §§ 244, 249 begründen. Für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gilt hier das gleiche, wie für das gesetzliche Pfandrecht (RG. 36, 38). Anm. 5.

Das Annehmen von Beamtenkautionen ist wohl ein Pfandnehmen, aber nicht ein Pfandnehmen im regelmäßigen Geschäftsbetriebe (Lehmann-Ring Nr. 3; Behrend § 137 Anm. 15; anders Förtsch Anm. 3 zu Art. 184d). Pfandnahme im geschäftlichen Betriebe bedeutet Kreditgewährung gegen Verpfändung eigener Aktien (Behrend § 137). Anm. 6.

δ) Außer wenn eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird. In Ausführung einer solchen darf die Gesellschaft eigene vollbezahlte Aktien (nicht auch eigene Interimsscheine oder nicht vollbezahlte Aktien) erwerben und zum Pfande nehmen. Das bezieht sich auch auf den Fall, daß der Kommissionsauftrag zum Einkauf im Wege des Selbsteintritts ausgeführt wird (Pinner 122). Zwar erfolgt in solchem Falle der Erwerb der Aktie nicht in Ausführung der Einkaufskommission, vielmehr wird diese ausgeführt durch den Selbsteintritt, d. h. durch die Erklärung der AG. die Aktien selbst liefern zu wollen. Aber um liefern zu können, muß die AG. ihre eigenen Aktien erwerben, und die Erfüllung dieser Pflicht muß der Gesellschaft gestattet sein, da ihr die Übernahme derselben nicht verboten ist. Petersen-Pechmann (172) erachten es für eine unstatthafte Umgehung des Gesetzes, wenn die Gesellschaft über die in Ausführung der Kommission erworbenen Aktien nachträglich für eigene Rechnung verfügen und dem Kommittenten andere Stücke liefern würde. Dem kann nicht beigetreten werden. Ist dies Verfahren dem Kommittenten gegenüber an sich in concreto statthaft, was der Fall ist, wenn nach der Lage der Sache der Kommittent keinen Anspruch auf bestimmte Nummern hatte (RG. 5, 2ff.), so liegt auch keine Umgehung des Gesetzes darin. Die Ersatzstücke kann ja die Gesellschaft ebenfalls rechtmäßig erworben haben, z. B. durch Schenkung, im Wege der Zwangsvollstreckung. Anm. 7.

ε) Die Veräußerung eigener Aktien ist gestattet. Dieselbe kann vorkommen, wenn die Gesellschaft zulässigerweise Aktien erworben hat, ebenso wenn dieselbe als Verkaufs- Anm. 8.

§ 226. 1. (Abs. 1.) **Eigene vollbezahlte Aktien.** Die Aktiengesellschaft soll eigene vollbezahlte Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetrieb weder erwerben, noch zum Pfand nehmen, außer wenn eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird.

a) Sie soll nicht. Ungültigkeit des Geschäfts ist also an die Verletzung nicht geknüpft. Die Ungültigkeit war vor der Aktiennovelle von 1884 Rechtens (ROHG. 17, 381); doch wurde sie als zu große Belästigung des Verkehrs erachtet, da der Dritte nicht prüfen kann, ob die Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Aktien erwirbt. Das Geschäft ist also gültig (Bolze 8 Nr. 551, 12 Nr. 507). Für etwaigen Schaden sind aber die Gesellschaftsorgane verantwortlich (§§ 241, 249), und zwar ohne daß ein besonderes Versehen vorzuliegen braucht, die Verletzung des Verbots einerseits und der Schaden andrerseits begründen die Schadensersatzpflicht, da die Verletzung des Verbots allein den Vorsatz in sich schließt (vgl. Anm. 13 zu § 114). Es kann jedoch sein, daß im konkreten Falle solche Maßregel im Interesse der Gesellschaft sogar erforderlich ist (vgl. Bolze 8 Nr. 551). Der Dritte, der an der Verletzung des Verbots teilnimmt, kann ebenfalls haften, aber nicht, weil er das Verbot verletzt hat — denn an ihn ist das Verbot nicht gerichtet —, sondern nur, wenn er dabei eine Handlung begangen hat, die auch ihm verboten ist, eine Handlung, die sich auch für ihn als rechtswidrige im Sinne des § 823 bezw. § 826 BGB. darstellt. Das wäre z. B. der Fall, wenn eine absichtliche Benachteiligung der Gesellschaft gemäß § 312 und auf seiten des Dritten die Merkmale der Teilnahme vorliegen. Dann würden §§ 830 u. 840 BGB. Anwendung finden.

Anm. 2. b) Im regelmäßigen Geschäftsbetrieb. Doch ist es gleichgültig, ob der Erwerb oder die Pfandnahme im Betriebe der Geschäfte erfolgt, die die Gesellschaft auch sonst betreibt, oder außerhalb des Rahmens dieser regelmäßigen geschäftlichen Tätigkeit (Behrend § 137 Anm. 9).

α) Entscheidend ist, ob der nächste und eigentliche Zweck der war, durch den Erwerb der Aktie eine gewinnbringende geschäftliche Transaktion zu machen. Das ist überall da nicht der Fall, wo die Gesellschaft sich in einer Zwangslage befindet und die Aktien nur erwirbt, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Dahin gehört Erwerb in der Zwangsvollstreckung oder durch Vergleich. Schenkung und Erbfall gehören ebenfalls nicht darunter, weil das nicht geschäftliche Transaktionen, sondern Glücksfälle sind. — Daß bei diesen gestatteten Erwerbsarten die Aktien nur einen durchlaufenden Posten bilden, ein Behalten derselben im Gesellschaftsportefeuille aber absolut verboten sei, wie Völderndorff 511 meint, ist nicht richtig. Ist der Erwerb erlaubt, so ist es auch das Behalten. Die schleunige Veräußerung gültig erworbener eigener Aktien ist der Gesellschaft nirgends zur Pflicht gemacht. Deshalb ist es auch entgegen einer Bemerkung der Motive (z. AktG. von 1884 II 223) nicht unerlaubt, in gesetzmäßig erworbenen Aktien den Reservefonds anzulegen, wenn dies auch nicht zu der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehören mag (Lehmann-Ring Nr. 6). Die rechtmäßig erworbenen Aktien sind auch als Aktiva in die Bilanz einzustellen, da sie einen jederzeit zu realisierenden Vermögenswert darstellen (ebenso Rehm 468; Goldmann Anm. 1). Cosack, der dies (§ 117 II 5c) verbietet, gibt als Grund an, daß sie wertlos seien, solange die Gesellschaft sie besitze. Das ist aber angesichts der Veräußerungsmöglichkeit nicht zutreffend. Die Grundkapitalsziffer wird durch den Erwerb eigener Aktien nicht berührt.

Anm. 3. β) Erwerben, das heißt zum Eigentum erstehen. Ob auch das Report- und das Deportgeschäft in eigenen Aktien hiermit verboten ist, ist zweifelhaft. Das Reportgeschäft ist ein Kaufvertrag, verbunden mit der Abrede des Wiederverkaufs für einen späteren Zeitpunkt, der Käufer wird Reporteur genannt (RG. 19, 150; vgl. RGSt. 12, 287). Man wird das Reportgeschäft in eigenen Aktien für unzulässig halten müssen (vgl. Lehmann-Ring Nr. 2; Behrend § 137 Anm. 12; Petersen-Pechmann 170). Die Gesellschaft soll eigene Aktien nicht erwerben, nicht, wenn auch nur vorübergehend, Eigentümerin derselben werden, weil die unjuristische Erscheinung, daß eine Aktiengesellschaft ihre eigene Aktionärin ist, vermieden und der Handel der Gesellschaft mit ihren eigenen Aktien nicht geduldet werden soll (vgl. die Einleitung). Aus demselben Grunde aber muß auch das Deportgeschäft in eigenen

Aktien für unzulässig gehalten werden. Es ist das Geschäft, durch das die Gesellschaft (als Deporteur) ihre Aktien zum Tageskurse verkauft, gleichzeitig aber vom Käufer dieselben Stücke zu demselben Kurse zu einem bestimmten weiteren Termin zurückkauft. Mag auch, worauf Petersen-Pechmann 170 und ROHG. 17, 386 Wert legen, der Rückkauf nur erfolgen zum Zwecke der Wiederherstellung des früheren Zustandes, so erfolgt doch immerhin ein Eigentumserwerb, auf den die gesetzgeberischen Gründe des Verbots in gleicher Weise zutreffen, wie bei jedem andern Erwerb eigener Aktien (vgl. Lehmann II 84; Behrend § 137 Anm. 12 und § 139 BGB.).

Hat die Gesellschaft eigene Aktien erworben, so ruht das Stimmrecht (sie kann es daher auch nicht durch Legitimationsübertrag ausüben lassen), das Dividendenrecht kann sie ausüben (durch Aufrechnung oder durch Veräußerung des Dividendenscheins). Ebenso übt sie das Bezugsrecht aus (dagegen Lehmann II 86). Anm. 4.

γ) Zum Pfande nehmen. Darunter ist nur ein eigentlicher Pfandvertrag zu verstehen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß durch den Abschluß von Geschäften, durch die gesetzliche Pfandrechte begründet werden, dieselben mißlichen Folgen entstehen können. Indessen kann das Wort „zum Pfande nehmen" nicht anders verstanden werden, als im Sinne eines Vertrages. Zum Pfande nehmen kann man nur, was zum Pfande gegeben ist, und Geben und Nehmen ist eben ein Vertrag. Das gesetzliche Pfandrecht entsteht von selbst an den Gegenständen, die man nicht zum Pfande, sondern aus anderen Gründen erhalten hat. Es ist nicht die Entstehung eines Pfandrechts für rechtlich unmöglich erklärt, sondern nur das vertragsmäßige Nehmen des Pfandes instruktionell verboten. Wäre ersteres der Fall, so würde auch die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts nach § 1257 BGB. nicht möglich sein. Nur darf das gesetzliche Pfandrecht nicht in einer Weise erworben werden, die auf eine Umgehung des Verbotes hinausläuft. So z. B. würde es unzulässig sein, wenn die Gesellschaft für zahlungsunfähige Auftraggeber kommissionsweise ohne Sicherheit eigene Aktien ankaufte, um an denselben ein gesetzliches Pfandrecht zu erlangen. Das würde die Haftpflicht nach §§ 244, 249 begründen. Für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gilt hier das gleiche, wie für das gesetzliche Pfandrecht (RG. 36, 38). Anm. 5.

Das Annehmen von Beamtenkautionen ist wohl ein Pfandnehmen, aber nicht ein Pfandnehmen im regelmäßigen Geschäftsbetriebe (Lehmann-Ring Nr. 3; Behrend § 137 Anm. 15; anders Förtsch Anm. 3 zu Art. 184d). Pfandnahme im geschäftlichen Betriebe bedeutet Kreditgewährung gegen Verpfändung eigener Aktien (Behrend § 137). Anm. 6.

δ) Außer wenn eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird. In Ausführung einer solchen darf die Gesellschaft eigene vollbezahlte Aktien (nicht auch eigene Interimsscheine oder nicht vollbezahlte Aktien) erwerben und zum Pfande nehmen. Das bezieht sich auch auf den Fall, daß der Kommissionsauftrag zum Einkauf im Wege des Selbsteintritts ausgeführt wird (Pinner 122). Zwar erfolgt in solchem Falle der Erwerb der Aktie nicht in Ausführung der Einkaufskommission, vielmehr wird diese ausgeführt durch den Selbsteintritt, d. h. durch die Erklärung der AG. die Aktien selbst liefern zu wollen. Aber um liefern zu können, muß die AG. ihre eigenen Aktien erwerben, und die Erfüllung dieser Pflicht muß der Gesellschaft gestattet sein, da ihr die Übernahme derselben nicht verboten ist. Petersen-Pechmann (172) erachten es für eine unstatthafte Umgehung des Gesetzes, wenn die Gesellschaft über die in Ausführung der Kommission erworbenen Aktien nachträglich für eigene Rechnung verfügen und dem Kommittenten andere Stücke liefern würde. Dem kann nicht beigetreten werden. Ist dies Verfahren dem Kommittenten gegenüber an sich in concreto statthaft, was der Fall ist, wenn nach der Lage der Sache der Kommittent keinen Anspruch auf bestimmte Nummern hatte (RG. 5, 2ff.), so liegt auch keine Umgehung des Gesetzes darin. Die Ersatzstücke kann ja die Gesellschaft ebenfalls rechtmäßig erworben haben, z. B. durch Schenkung, im Wege der Zwangsvollstreckung. Anm. 7.

ε) Die Veräußerung eigener Aktien ist gestattet. Dieselbe kann vorkommen, wenn die Gesellschaft zulässigerweise Aktien erworben hat, ebenso wenn dieselbe als Verkaufs- Anm. 8.

§ 226. kommissionärin auftritt. Nur ist der mit einer Verkaufskommission ihrer eigenen Aktien betrauten Gesellschaft verwehrt, die Aktien als Selbstkäuferin zu behalten. Hiernach ändert sich auch der § 400 HGB. (vgl. RG. 2, 40). Näheres zu § 400.

Anm. 9. 2. **Eigene Interimsscheine und eigene nicht vollbezahlte Aktien** darf die Gesellschaft im Geschäftsbetriebe überhaupt nicht erwerben oder in Pfand nehmen, auch nicht als Einkaufskommissionärin. Die Übertretung des Verbots erzeugt Nichtigkeit („kann nicht"; Planck I 27; vgl. nach früherem Recht RG. 36, 37). Diese ergreift sowohl das Geschäft, wie seine dingliche Wirkung und kann von beiden Kontrahenten geltend gemacht werden (Behrend § 137). Auch ist es gleichgültig, ob sich der Erwerb als selbständiges Geschäft oder als Bestandteil eines anderen Geschäfts darstellt; es richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (§ 139 BGB.), welchen Einfluß jene Nichtigkeit auf das ganze Geschäft hat (Behrend § 137 Anm. 18). Auch hier kann ein gesetzliches Pfandrecht entstehen, trotz § 1257 BGB., weil auch die vorliegende Vorschrift sich lediglich gegen die vertragsmäßige Pfandnahme wenden will und durch die Androhung der Nichtigkeit nur einem bestimmten geschäftlichen Gebaren wirksam entgegentreten, im übrigen aber begriffliche Bedenken gegen die Entstehung des Pfandrechts nicht aufstellen will. Außerhalb des geschäftlichen Betriebes darf die Gesellschaft auch eigene Interimsscheine und eigene nicht vollbezahlte Aktien erwerben (vgl. Anm. 2). Auch ist ein Zurückbehaltungsrecht an eigenen Interimsscheinen möglich (RG. 36, 38). Hinsichtlich der Interimsscheine ist hier überall zu bemerken, daß das Verbot sich auf diese auch dann bezieht, wenn sie schon vollbezahlt sind und nur die endgültige Aktienurkunde noch nicht ausgegeben ist. Das Gesetz gründet darauf keinen Unterschied.

Anm. 10. 3. **So lange die Aktie im Besitz der Gesellschaft ist,** ruhen die Gesellschaftsrechte, insbesondere das Stimmrecht (Anm. 4); wirtschaftlich aber und vermögensrechtlich besteht die Aktie für die Gesellschaft. Veräußert die Gesellschaft die Aktie, so ist sie Rechtsvorgängerin im Sinne des § 220; die gesellschaftlichen Rechte leben in der Hand des Erwerbers wieder auf; Rechte und Pflichten, die während der Besitzzeit der Gesellschaft entstanden sind, gehen, da sie durch Konfusion untergegangen sind, auf den Erwerber nicht über.

Da die Grundkapitalsziffer sich durch den Erwerb eigener Aktien nicht ändert, so sind die im Besitz der Gesellschaft befindlichen eigenen Aktien dann mitzuzählen, wenn der Betrag des Grundkapitals für eine Abstimmung maßgebend ist.

Anm. 11. **Zusatz. Übergangsfrage.** Die Vorschrift ist auf alte Gesellschaften anwendbar (RG. 36, 32; Anm. 1—4 zu § 178).

§ 227.

§ 227. **Die Einziehung (Amortisation) von Aktien kann nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist. Die Bestimmung muß in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor der Zeichnung der Aktien bewirkte Aenderung des Gesellschaftsvertrags getroffen sein, es sei denn, daß die Einziehung nicht mittelst Ausloosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise, sondern mittelst Ankaufs der Aktien geschehen soll.**

Jede Art der Einziehung darf, sofern sie nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfindet, nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen.

Der vorliegende Paragraph regelt die Amortisation von Aktien.

Einleitung. Dabei sind zwei Rücksichten maßgebend. Da die Amortisation die Ziffer des Grundkapitals vermindert, so muß besondere Rücksicht darauf genommen werden, daß die Interessen der Gläubiger keinen Nachteil erleiden; denn je geringer die Ziffer des Grundkapitals, desto eher kommen die Aktionäre zum Dividendenbezug, desto eher gelangt alsdann Gesellschaftskapital zur Verteilung, desto geringer wird alsdann die Sicherheit für die Gläubiger. Die andere Rück-

sicht ist auf die Aktionäre zu nehmen, denen regelmäßig ohne ihren Willen ihr Aktienrecht nicht genommen werden soll. **§ 227.**

1. **Begriff.** Unter Amortisation oder Einziehung von Aktien versteht man solche Rechtsakte der Gesellschaft, durch die einzelne Aktienrechte nichtig werden oder untergehen. Sie erfolgt vielfach, um durch Erwerb von Akien, die unter pari stehen, die Bilanz zu verbessern. Sie ist eine Art der Herabsetzung des Grundkapitals; sowohl dann, wenn sie aus dem Gewinn erfolgt (vgl. Anm. 7), als auch dann, wenn dies nicht der Fall ist. Nur in dem letzteren Fall allerdings sind die verschärften Vorschriften der §§ 288 ff. zu beobachten. Anm. 1.

Die Einziehung ist wesentlich verschieden von der Kaduzierung, die sich gegen den Aktionär, nicht gegen das Aktienrecht richtet; der Aktionär geht bei der Kaduzierung seines Anteilrechts verlustig, dieses selbst besteht fort. Sie ist ferner wesentlich verschieden von der Amortisation oder Kraftloserklärung der Aktienurkunde, die weder das Anteilsrecht, noch den Berechtigten verändern, sondern sich nur gegen die verlorene Urkunde richtet.

2. **Wodurch erfolgt die Amortisation?** Der vorliegende Paragraph erwähnt die Amortisation einerseits mittels Auslosung, Kündigung und in ähnlicher Weise, andererseits die Amortisation mittels Ankaufs. Man kann hiernach die Zwangsamortisation und die freiwillige Amortisation unterscheiden. Die Zwangsamortisation kann auf verschiedene Weise vor sich gehen. Es können die Aktien ausgelost werden oder es kann vorgeschrieben sein, daß in bestimmten Perioden bestimmte Stücke gekündigt werden können, oder es kann den Gesellschaftsorganen überlassen werden, jährlich eine bestimmte Anzahl von Aktien zu kündigen usw. Die freiwillige Amortisation erfolgt durch ein Rechtsgeschäft zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär. Das Gesetz erwähnt den Ankauf. Allein das ist keineswegs die einzige Art der freiwilligen Amortisation. Auch im Wege des Austausches oder der Hingabe an Erfüllungsstatt, der Schenkung, des Vergleichs (z. B. Hingabe von Aktien gegen den Verzicht auf Regresse aus schlechter Gründung oder Verwaltung), sowie durch letztwillige Verfügungen können Aktien der Gesellschaft mit der Absicht und der Wirkung des Untergangs des Aktienrechts überlassen und von ihr erworben werden. Keineswegs wollte das Gesetz den Ankauf als die einzige zulässige Art der freiwilligen Amortisation hinstellen. Jedenfalls ist die Amortisation im Wege des Erwerbs durch die Gesellschaft von dem im § 226 erwähnten Erwerbe eigener Aktien dadurch unterschieden, daß dort im § 226 das Anteilsrecht bestehen bleiben, hier aber durch Konfusion untergehen soll. Der Ankauf erfolgt häufig im Wege der Submission von dem Mindestfordernden. Die Gesellschaft erläßt eine Offerte zur Abgabe von Geboten oder eine Aufforderung zu Offerten (was gemeint ist, bleibt Frage der Auslegung). Anm. 2.

Die Zwangsamortisation vollzieht sich ohne den Willen des Aktionärs. Der Akt der Auslosung selbst bzw. die Kündigung an den Aktionär haben die Nichtigkeit der Aktie eo ipso zur Folge. Bei der freiwilligen Amortisation vollzieht sich der Erwerb in dem Augenblicke, in dem die Gesellschaft Eigentümerin der Aktie wird, beim Ankauf und ähnlichen Rechtsakten also durch die Lieferung der Aktie an die Gesellschaft. Anm. 3.

Eine besondere Vernichtung der Aktienurkunde ist nicht notwendig und vom Gesetze auch nicht erwähnt. Das Aktienrecht wird durch die nach Vorstehendem vollzogene Amortisation rechtlich vernichtet, die Urkunde ist durch diesen Akt ungültig geworden. Es kann daher dem RG. (JW. 99, 284 [22]) nicht zugestimmt werden, wenn es annimmt, daß die Amortisation als erfolgt gilt, wenn die Aktienurkunden in den Besitz der Gesellschaft gelangt sind. Anm. 4.

Einer besonderen Erörterung bedarf die **Amortisation mittels Kündigung.** Es ist versucht worden, durch Benutzung dieser Vorschrift den Grundsatz, daß eine Verwirkung der Mitgliedschaft außer den im Gesetz (§ 219) geordneten Fällen nicht ausgesprochen werden kann, zu beseitigen (Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht 104; Staub GmbH. § 34 Anm. 6 und in den nachgelassenen Notizen). Der Gedankengang ist hierbei folgender: Da die Einziehung durch Kündigung zugelassen ist, kann auch im Statut bestimmt werden, daß diese Kündigung bei Eintritt gewisser Ereignisse zulässig ist; z. B. wenn Aktionäre den Vorstand Anm. 5.

§ 227. bedrohen, wenn Aktionäre Nachschüsse nicht leisten, wenn sie den Interessen der Gesellschaft zuwiderhandeln (Leist a. a. O.), ferner wenn ein Aktionär stirbt, wenn er aufhört, Mitglied eines Vereins zu sein (Staub a. a. O.). Diese letztere Bestimmung ist vom RG. (49, 77) für unzulässig erklärt. Die Begründung ist allerdings insofern unvollständig, als in ihr nicht erwähnt ist, daß gemäß § 227 auch die Kündigung gestattet wird, demgemäß auch nicht untersucht ist, ob hierdurch eine derartige Bestimmung rechtsgültig wird.

Bei freier Würdigung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte muß einer Auslegung des § 227, wie sie hier versucht wird, entschieden entgegengetreten werden. Sie enthielte eine Durchbrechung der grundlegenden aktienrechtlichen Prinzipien. Die Aktiengesellschaft ist, wenn man von der hier nicht in Betracht kommenden Nebenleistungsaktiengesellschaft des § 212 absieht, eine Kapitalassoziation; jedes Mitglied hat die ihm obliegende Kapitalleistung zu bewirken; zu weiterem ist es nicht verpflichtet (§ 211 und Erl. dazu). Nur für den Fall der Nichtleistung dieser Verpflichtung gestattet das Gesetz, unter Anwendung besonderer Vorsichtsmaßregeln, den Aktionär aus der Gesellschaft auszuschließen. Dieser, dem innersten Wesen der Aktiengesellschaft entspringende, Grundsatz würde vollständig vereitelt, wenn man die Aufnahme derartiger Statutenbestimmungen, wie oben angegeben, gestattete. Jede Aktiengesellschaft könnte sich dann als Gesellschaft mit Nachschußverpflichtung konstituieren; sie könnte, da obige Gründe der Ausdehnung leicht fähig sind, statutarisch feststellen, daß Aktionäre, die ihr nicht passen, ausscheiden müssen.

Es wäre doch an sich schon sehr merkwürdig, wenn eine derartige einschneidende Vorschrift gleichsam nebensächlich vom Gesetz getroffen worden wäre. Die Auslegung des § 227 zwingt aber auch zu dieser Annahme nicht. In dem Nebensatz: „es sei denn, daß“ usw. will das Gesetz zwischen freiwilliger Amortisation (durch Ankauf) und Zwangsamortisation unterscheiden. Für letztere führt es Beispiele an („Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise“). Die Anführung der Auslosung an erster Stelle beweist, daß das Gesetz jede willkürliche Bevorzugung oder Benachteiligung eines Aktionärs ausschließen will und gleiche Behandlung aller fordert.

Es muß daher auch die Kündigung allen Aktionären gleichmäßig bevorstehen. Eine Kündigung aber, die nur einzelnen bestimmten Aktionären oder solchen, die bestimmte Verpflichtungen nicht erfüllen, droht, ist keine der Auslosung ähnliche Maßregel.

Der Wortlaut des § 227 nötigt daher nicht zu so weitgehender Auslegung; die Grundsätze des Gesetzes widersprechen ihr; die Auslegung kann daher nicht als richtig anerkannt werden.

Anm. 6. 3. **Die Wirkungen der Amortisation.** Durch die vollzogene Amortisation ist die Aktie rechtlich vernichtet. Der gutgläubige Erwerber amortisierter Aktien hat auf den Schutz des § 932 BGB. und § 366 HGB. keinen Anspruch, da diese Vorschriften gültige Urkunden voraussetzen (Behrend § 143 Anm. 15; vgl. ebenso Anm. 5 zu § 219). Die amortisierten Aktien können auch nicht wieder ausgegeben werden. Freilich können die betreffenden Urkunden bei einer Kapitalserhöhung als Träger der neuen Aktienrechte verwendet werden (zust. Behrend § 143 Anm. 15). Doch wird dabei nur das Papier, nicht auch die sonstigen Erfordernisse der Kapitalserhöhung (Generalversammlung usw.) und auch nicht der Aktienstempel gespart. (OLG. Hamburg bei Holdheim 3, 80; RG. bei Bolze 18 Nr. 631). — Mit der Aktie sind auch die noch nicht fälligen Dividendenscheine ungültig geworden (vgl. D. 149). Auch hier kann der redliche Erwerber keine Rechte geltend machen. Sind Aktien oder Dividendenscheine, die auf solche Weise als rechtlich vernichtet zu betrachten sind, unzulässigerweise in den Verkehr gebracht worden, so haftet die Gesellschaft lediglich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen dem gutgläubigen Erwerber für den erwachsenen Schaden, also z. B. dann nicht, wenn jener Verkäufer, der ihr die Aktien durch const. poss. übergeben hatte, sie unzulässigerweise wieder in Verkehr gebracht hat. Denn die Voraussetzungen des § 823 BGB. liegen in solchem Falle nicht vor; weder haben ihre gesetzlichen Vertreter einen direkten Eingriff in das Recht des Dritten begangen (§ 823 Abs. 1),

noch haben sie ein zum Schutz des betreffenden Aktienerwerbers erlassenes Gesetz verletzt (§ 823 Abs. 2); denn es besteht kein gesetzliches Gebot zur körperlichen Vernichtung der Aktien. Bloße Fahrlässigkeit aber berechtigt nicht ohne weiteres jeden Dritten zum Anspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen Schadens (vgl. RG. 30, 50).

Anm. 7. Der Betrag der amortisierten Aktien ist vom Grundkapital abzuschreiben. In die nächste Bilanz ist dann nur der verminderte Betrag des Aktienkapitals aufzunehmen, und diese Veränderung des Kapitals ist zur Eintragung anzumelden. Es ist dies sehr bestritten. Rehm (423); Lehmann-Ring (Nr. 5); Simon (220) sind der hier vertretenen Ansicht; Cosack (§ 120 V); Lehmann (II 140 und 294); Reisch (bei Holdheim 13, 38); sowie das PrOVG. (St. 10, 288) sind der Meinung, daß die aus dem Gewinn amortisierten Aktien auch weiterhin auf der Passivseite bleiben müssen. Das Grundkapital stellt die Summe der Anteilsrechte dar, fällt ein Anteilsrecht fort, so mindert sich damit die Summe, das Grundkapital. Der Einwand, daß auf diese Weise das gesamte Aktienkapital aus dem Gewinn zurückgezahlt werden könne, ist an sich richtig, aber rechtlich ohne Bedeutung. Indem das Gesetz die Einziehung von Aktien aus dem Gewinn gestattet, mußte es mit dieser Möglichkeit rechnen; sie ist sicher annehmbarer, als die Tatsache, daß nach vollständiger Zurückzahlung des Grundkapitals dennoch dies bilanzmäßig als vorhanden angesehen wird, ohne daß es in Wirklichkeit noch vorhanden ist. Über die Frage, was aus der Gesellschaft nach Amortisation aller Aktien wird, vgl. Anm. 19 zu § 292.

4. **Die Voraussetzungen der Amortisation.** Diese bilden den eigentlichen Inhalt der Vorschriften des vorliegenden Paragraphen. Anm. 8.

a) **Voraussetzung jeder Amortisation ist Anordnung oder Gestattung derselben im Gesellschaftsvertrage** (und zwar im ursprünglichen, KGJ. 25 A S. 258, sonst nur mit Zustimmung des Belasteten). Die Anordnung oder Gestattung muß eine bestimmte sein. Es muß ersichtlich sein, welche Art der Amortisation (vgl. oben Anm. 2) gemeint ist und mindestens in welcher Höhe diese erfolgen soll oder kann, auch in welcher Zeit sie durchgeführt sein muß. Die Bedingungen der Einziehung müssen so klar festgestellt werden, daß die Einziehung sowie die Bestimmung der einzuziehenden Aktien nicht mehr ein Akt der Willkür oder freien Ermessens der Verwaltungsorgane ist. Die bloße Bestimmung: „die Einziehung von Aktien ist zulässig", genügt nicht (ebenso Goldmann Anm. 4; Lehmann-Ring Nr. 4).

Anm. 9. Die Durchführung der Amortisation innerhalb der im Statut gezogenen Grenzen ist ein reiner Verwaltungsakt, den der Vorstand vorzunehmen und der Aufsichtsrat zu überwachen hat. Freilich kann die Generalversammlung Vorschriften nach jeder Richtung geben und meist wird sie dies auch tun. So z. B. kann sie die Art der Auslosung, die Art der Kündigung, die Art des Ankaufs, den zu zahlenden Preis nach Höhe und nach Art (z. B. Hergabe von Gesellschaftsgrundstücken usw.) bestimmen. Dabei ist zu bemerken, daß der Preis auch über pari sein kann, was in einem bekannten Strafprozesse mit Unrecht angezweifelt wurde, so z. B. wenn der innere Wert der Gesellschaft sich über pari stellt (vgl. hierüber Jacobson bei Holdheim 12, 148). Werden Aktien unter pari zurückgekauft, so ist der buchmäßige Gewinn in sinngemäßer Anwendung des § 262 Abs. 3 dem Reservefonds zuzuweisen (Simon 216).

b) Im Falle der Zwangsamortisation (vgl. Anm. 3) muß die betreffende Statutenbestimmung vor der Zeichnung der betreffenden Aktien getroffen sein. Gleichgültig ist dabei, ob die Amortisation aus dem verfügbaren Jahresgewinn oder aus sonstigen Mitteln erfolgt. Eine jede Art von Zwangsamortisation ist ein Eingriff in das Recht des Aktionärs, der nur dann der Gerechtigkeit entspricht, wenn sich der Aktionär vorher demselben unterworfen hat. Mit dem Willen der Aktionäre, die von der Amortisation betroffen werden, kann die Statutenänderung gültig auch nach Ausgabe der Aktien getroffen werden, da es sich ja hierbei nur um den Schutz der betroffenen Aktionäre handelt (Pinner 124). Anm. 10.

Anm. 11. Im Falle der freiwilligen Amortisation (vgl. Anm. 2) besteht das Erfordernis, daß die Statutenänderung vor der Ausgabe erfolgen muß, nicht. Ganz natürlich. Denn hier beruht es ja auf dem freien Willen des Aktionärs, ob er sich auf die Veräußerung an die

§ 227. Gesellschaft einlassen will oder nicht. Hier ist in Gemäßheit des zu a Gesagten überhaupt nur eine Statutenänderung erforderlich und natürlich der Abschluß des Erwerbsgeschäfts, durch das die Gesellschaft die Aktien erwirbt.

Anm. 12. c) **In dem Falle, daß die Amortisation nicht aus einem verfügbaren Jahresgewinn erfolgt, ist die Beobachtung der Vorschriften über Herabsetzung des Grundkapitals außerdem erforderlich.** Regelmäßig hat sich also der Gesetzgeber die Amortisation so gedacht, daß sie aus dem jährlichen Reingewinn erfolgt; geschieht dies ausnahmsweise nicht, so müssen die erschwerenden Vorschriften der Kapitalsherabsetzung außerdem beobachtet werden. Die Verfügbarkeit des Reingewinnes bedeutet nicht, daß er in barem Gelde vorhanden sein muß, wie dies Simon 220 annimmt. Er braucht nicht anders verfügbar zu sein, wie auch sonst zur Verteilung an die Aktionäre (vgl. Anm. 13 zu § 213). Darum ist er andrerseits auch erst dann für die Amortisation verfügbar, wenn der gesetzliche Reservefonds aus dem Reingewinn dotiert ist (Pinner 124). Die Gesellschaft kann nichts dem Entgegenstehendes beschließen oder vornehmen, und ferner ist unter dem jährlichen Gewinn nicht nur der im letzten Jahre erzielte Reingewinn zu verstehen, sondern der aus der Bilanz sich ergebende Reingewinn, auch wenn er durch Streichung von freiwilligen Reservefonds, also von Gewinnrücklagen früherer Jahre erzielt ist; vgl. § 213 (Ploete bei Holdheim 5, 148; anders hinsichtlich statutarischer Reservefonds Behrend § 143). Selbstverständlich muß aber ein Bilanzgewinn vorhanden sein, es genügt nicht, wenn die Gesellschaft durch irgendwelche Transaktion etwas gewonnen hat. Der Amortisation aus dem Gewinne wird übrigens die Amortisation ohne Entgelt (durch Schenkung oder Vermächtnis usw.) gleichgestellt werden müssen. Die Gesellschaft kann übrigens auch Aktien, die sie selbst im Besitz hat, nachdem sie sie vorher erworben hatte, amortisieren. Fand der Erwerb aus dem Gewinn oder unentgeltlich statt, so brauchen die Gläubigerschutzvorschriften nicht beobachtet zu werden, wohl aber in jedem andern Fall.

Anm. 13. Der Betrag, der auf solche Weise, d. h. aus dem Reingewinn amortisierten Aktien muß übrigens nicht als gesetzlich notwendiger Reservefonds gebucht werden (vgl. jedoch oben Anm. 9 am Ende). Eine solche Gesetzesvorschrift besteht nicht und aus der Natur der Sache entspringt diese Notwendigkeit nicht. Zwar nimmt dies Simon 220 an (ebenso Lehmann-Ring Nr. 5; Goldmann Anm. 10) weil sonst die Absichten des Gesetzgebers angeblich vereitelt würden, und auch die D. 148 geht von einem ähnlichen Gedanken aus. Allein es kann dies nicht als zutreffend erachtet werden. Solange vielmehr die Amortisation von Aktien aus dem Reingewinn erfolgt, sind die Interessen der Gläubiger nicht gefährdet. Solange entfällt auch jeder gesetzliche oder natürliche Grund zur Bildung eines Reservefonds, und wenn Simon darauf hinweist, daß auf diese Weise nach und nach das ganze Aktienkapital aus dem Reingewinn amortisiert werden und so aufgezehrt werden kann, ohne daß die Gesellschaft einen andern als rechnungsmäßigen Reingewinn erzielt hat, so ist die Möglichkeit dieses Ergebnisses zwar zuzugeben, aber zu dem Erfordernisse eines Reservefonds führt sie keineswegs (vgl. Anm. 7). Denn auch in diesem extremen Falle hätten die Gläubiger keinen Schaden genommen, da ja die Mittel zur Amortisation immer nur dem bilanzmäßigen Reingewinn entnommen worden wären, ein solcher aber nur nach Abzug der Schulden vorhanden ist. Sind aber die Gläubigerinteressen nicht gefährdet, so entfällt jeder Grund zu der Annahme eines vom Gesetze nicht vorgeschriebenen gesetzlichen Reservefonds. Vielmehr muß es den Aktionären unbenommen bleiben, auf dem Wege allmählicher Amortisationen aus dem Bilanzgewinn das ganze Gesellschaftsvermögen allmählich zur Verteilung zu bringen. Das öffentliche Interesse ist hierbei nicht interessiert, und wie deshalb in diesem Falle nicht die Schutzvorschriften der Kapitalsherabsetzung zur Anwendung gelangen, so ist es auch willkürlich, das Erfordernis eines gesetzlichen Reservefonds im Betrage der amortisierten Aktien aufzustellen (ebenso Leist, Sanierung 97).

Richtig ist allerdings, daß durch jede Verminderung des Grundkapitals, also auch durch die, die infolge Amortisation aus dem Gewinn erfolgt, die Gläubiger insofern für die Zukunft schlechter gestellt werden, als nunmehr die verminderte Kapitalsziffer in den Passiven steht,

so daß der Aktionär schneller zu Dividenden kommt. Aber eine Schutzmaßregel hiergegen hat das Gesetz nicht angeordnet; sie kann daher nicht willkürlich in das Gesetz hineingelegt werden. § 227.

Erfolgt die Amortisation aber nicht aus dem jährlichem Reingewinn, so müssen die erschwerenden Vorschriften der Kapitalsherabsetzung beobachtet werden (und zwar außerdem, also neben der Erfüllung der Erfordernisse zu a und b insbesondere der ausdrücklichen Gestattung im Statut). Denn in diesem Falle sind die Gläubiger gefährdet. Es liegt ja darin eine Verteilung des normalerweise nicht verteilbaren Gesellschaftsvermögens an Aktionäre und diese soll grundsätzlich nicht erfolgen, ohne Beobachtung von Vorschriften zum Schutze der Gläubiger. Es muß in solchem Falle also ein Generalversammlungsbeschluß auf Amortisation mit einer Mehrheit von mindestens ³/₄ des vertretenen Grundkapitals gefaßt werden, bei mehreren Gattungen von Aktien muß eine gesonderte Abstimmung jeder Gattung erfolgen (§ 288). Durch den Beschluß muß festgesetzt werden, in welcher Weise die Maßregel durchzuführen ist (§ 288). Eine gewisse Bestimmtheit muß ja nun allerdings jeder Amortisationsbeschluß haben (vgl. Anm. 2). Hier aber wird noch weiter zu erfordern sein, daß die Maßregeln genau anzugeben sind, die behufs Durchführung zu treffen sind: hier muß der Generalversammlungsbeschluß insbesondere auch den Preis, zu dem der Ankauf zu erfolgen hat, jedenfalls aber den Höchstkurs, der zu zahlen ist, angeben; es muß ferner angegeben werden, ob an die Stelle der ausgelosten Aktien Genußscheine zu geben sind und welcher Art und mit welcher Berechtigung (vgl. Anm. 16) usw. Ferner sind die Gläubiger gemäß § 289 zur Meldung aufzufordern und eventuell ist ihnen Befriedigung oder Sicherheit zu gewähren. Alsdann erst und nach fernerem Ablauf des Sperrjahres dürfen Zahlungen an die Aktionäre erfolgen. Der Gegenwert für die angekauften Aktien darf also erst nach diesem Zeitpunkt gezahlt werden. Das Sperrjahr läuft von der dritten der für den Gläubiger bestimmten Bekanntmachung an, nicht erst von der Auslosung oder von dem Erwerb der Aktien an (§ 289 Abs. 4). Das nähere über diese Vorschriften s. zu §§ 288 und 289. Anm. 14.

Zusatz 1. Jede Art der Amortisation ist nach ihrer Durchführung zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift des § 291 ist entsprechend anwendbar (dagegen Goldmann Anm. 12; Lehmann-Ring Nr. 7). Zu empfehlen ist auch, daß ein Generalversammlungsbeschluß selbst oder durch den Aufsichtsrat die Bestimmung des Statuts, die die Grundkapitalsziffer enthält, der durchgeführten Amortisation entsprechend ändert und auch dies angemeldet wird, damit das Statut korrekt lautet. Anm. 15.

Zusatz 2. An die Stelle amortisierter Aktien werden den Aktionären oft Genußscheine gegeben. Über diese s. Anm. 24 ff. zu § 179. Anm. 16.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Auf ältere Gesellschaften finden die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen ebenfalls Anwendung, sie mögen erleichternd oder erschwerend sein (Anm. 1—4 zu § 178). Auch frühere Vertragsrechte müssen insoweit weichen, als die erschwerenden Vorschriften des vorliegenden Paragraphen entgegenstehen, da diese öffentlich-rechtlicher und ausschließlicher Natur sind (RG. 22, 1; Anm. 1—4 zu § 178). Infolgedessen braucht ein etwa bestehender Vertrag auf Rückkauf von Aktien von der Gesellschaft nicht erfüllt zu werden, wenn ein Gesellschaftsbeschluß nach dieser Richtung nicht zustande kommt (vgl. zu § 283, wo die gleiche Frage bei Bezugsrechten auf neue Aktien abgehandelt ist). Anm. 17.

§ 228.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein abhanden gekommen oder vernichtet, so kann die Urkunde, wenn nicht das Gegentheil darin bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die Vorschriften des § 799 Abs. 2 und des § 800 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung. § 228.

§ 228. Sind Gewinnantheilscheine auf den Inhaber ausgegeben, so erlischt mit der Kraftloserklärung der Aktie oder des Interimsscheins auch der Anspruch aus den noch nicht fälligen Gewinnantheilscheinen.

§ 799 Abs. 2 BGB. lautet:

Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu ertheilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen.

§ 800 BGB. lautet:

Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugniß, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph nebst seinen Nebenvorschriften regelt den Verlust der Aktie und des Interimsscheins.**

1. **Wenn eine Aktie oder ein Interimsschein abhanden gekommen oder vernichtet ist, so kann die Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgen.** Dies gilt auch von Namensaktien, selbst wenn diese kein Blankogiro tragen, da auch sie Wertpapiere sind (D. 149). Das Aufgebot erfolgt nach den Vorschriften der CPO. (§§ 946 ff., insbesondere §§ 1003 ff. CPO.). Zu dem Antrage berechtigt ist gemäß § 1004 CPO. der, der zuletzt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär galt, also bei Inhaberaktien der letzte, der durch eine Eigentumsübertragung oder durch eine Legitimationsübertragung (vgl. Anm. 16 zu § 222) berechtigt war, die Aktionärrechte der Gesellschaft gegenüber auszuüben; bei Namensaktien der, der zuletzt in das Aktienbuch eingetragen war (§ 223 Abs. 3; anderer Ansicht Lehmann II 147 Anm. 8; Goldmann Anm. 3; Lehmann-Ring Nr. 2, die die Eintragung nicht für maßgebend ansehen. Dem kann nicht zugestimmt werden, weil nach § 223 Abs. 3 nur der Eingetragene der Gesellschaft gegenüber die Rechte aus der Aktie hat). Die Gesellschaft muß dem Antragsteller mit Auskünften und Zeugnissen behilflich sein, wie dies § 799 Abs. 2 BGB. vorschreibt. Der Aufgebotsantrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen (§ 947 CPO.). Beizubringen ist entweder eine Abschrift der Aktie oder ihr wesentlicher Inhalt und alles, was zu ihrer Erkennbarkeit erforderlich ist, z. B. die Nummer des Aktienbuchs, ferner ist der Verlust der Urkunde und die Berechtigung zum Antrage glaubhaft zu machen und endlich muß sich der Antragsteller zur Versicherung der Wahrheit seiner Angaben an Eidesstatt erbieten (§ 1007 CPO.). Zuständig ist das Gericht am Sitze der Gesellschaft (§ 1005 CPO.).

Anm. 2. 2. Die Wirkungen des Aufgebots. Die verlorene Urkunde ist für kraftlos erklärt und nur der Antragsteller ist berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (§ 1018 CPO.). Die verlorene Aktie ist nichtig, in wessen Händen sie sich auch befinden mag, und mag es auch ein gutgläubiger Erwerber sein. Rechtsgeschäfte, die über diese Urkunde nunmehr geschlossen werden, übertragen das Aktienrecht nicht. Nur der, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist als Aktionär zu betrachten. Er kann die Aktienrechte auf Grund des Ausschlußurteils geltend machen. Er kann aber auch, was § 800 BGB. ergibt, die Ausstellung einer neuen Aktienurkunde (die gewöhnlich unter der alten Nummer ausgestellt wird), auf seine Kosten verlangen. Alsdann kann er auch sein Aktienrecht übertragen, vorher nicht, weil die Übertragung ohne gleichzeitige Übertragung der Aktienurkunde nicht zulässig ist, das Ausschlußurteil aber nicht etwa in aller und jeder Richtung die Aktienurkunde vertritt (vgl. Anm. 7 zu § 222).

Anm. 3. 3. Bei dem Verlust von Inhaberaktien, denen mit Blankogiro versehene Namensaktien gleichstehen, kann Zahlungssperre gemäß § 1019 CPO. beantragt werden.

Anm. 4. 4. Mit der Aktie sind aber gleichzeitig auch die noch nicht fälligen Dividendenscheine für kraftlos erklärt, wenn diese auf den Inhaber lauten (und selbstverständlich auch die

Talons). Der dritte redliche Erwerber der Dividendenscheine hat den Anspruch auf die Dividendenscheine verloren. Der Erwirker des Ausschlußurteils erhält mit der neuen Aktie auch die neuen Dividendenscheine. An ihn mag sich der wahre Berechtigte wegen der Dividendenscheine halten. Die bereits fälligen Dividendenscheine auf Inhaber, soweit sie nicht mit aufgeboten und kraftlos erklärt sind, dagegen bleiben in Kraft und ebenso solche Dividendenscheine, die auf den Namen lauten (ebenso Goldmann Anm. 9; dagegen Lehmann-Ring Nr. 3). Denn in diesen beiden Hinsichten trifft der vorliegende Paragraph keine entgegenstehenden Sonderbestimmungen, es ist mithin die Regel des § 803 BGB., der dies für Zinsscheine vorschreibt, entsprechend anwendbar. § 228.

5. Statutarisch kann eine Erleichterung des Amortisationsverfahrens bestimmt werden, z. B. daß die Gesellschaft nach erstatteter Anzeige vom Verlust die Aktie aufrufen läßt und nach Ablauf der Frist eine neue Urkunde ausstellt. Dies erfordert aber ferner, daß die Bestimmung in der Urkunde enthalten ist (vgl. Riesenfeld, Der Einfluß des neuen Aktienrechts 50). Anm. 5.

Zusatz 1. Übergangsfrage. Art. 25 EG. z. HGB. bestimmt, daß die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen auch in dem Falle Anwendung finden, daß eine Aktie vor dem Inkrafttreten des neuen HGB. abhanden gekommen oder vernichtet worden ist. Als selbstverständlich ist dabei gar nicht erwähnt, daß dies überhaupt auf ältere Gesellschaften Anwendung findet. Dagegen hebt die D. 328 zum Überfluß hervor, daß sich die Vorschrift auch auf Aktien einer Gesellschaft bezieht, die vor dem Inkrafttreten des neuen HGB. bereits aufgelöst ist. Anm. 6.

Zusatz 2. Eine Stempelung der neuen Urkunde, die der Aktionär an Stelle der für kraftlos erklärten, erhält, ist nicht erforderlich (§ 5 Ges. v. 14. Juni 1900), desgleichen ist der Umtausch ein stempelfreies Geschäft. Anm. 7.

Zusatz 3. Auf Dividendenscheine bezieht sich der Paragraph nicht. Dividendenscheine auf den Inhaber können nicht aufgeboten werden (§ 799 BGB.), aber auch nicht solche auf den Namen (Makower I 490). Für den Fall des Verlustes gibt § 804 BGB. einen andern Weg. Dieser Paragraph lautet: Anm. 8.

Ist ein Zins-, Renten- oder Gewinnantheilschein abhanden gekommen oder vernichtet und hat der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist angezeigt, so kann der bisherige Inhaber nach dem Ablaufe der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht worden ist, es sei denn, daß die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt. Der Anspruch verjährt in vier Jahren.

In dem Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine kann der im Abs. 1 bestimmte Anspruch ausgeschlossen werden.

Übergangsfragen regeln die Art. 174 und 175 EG. z. BGB.

§ 229.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein in Folge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Berechtigte, sofern der wesentliche Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale der Urkunde noch mit Sicherheit erkennbar sind, von der Gesellschaft die Ertheilung einer neuen Urkunde gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen. § 229.

Anspruch des Aktionärs auf Umtausch einer beschädigten Urkunde.

1. Der Berechtigte muß seine Legitimation führen.
2. Ist der wesentliche Inhalt nicht erkennbar, so bleibt nur der Weg des Aufgebots übrig.
3. Der Umtausch ist stempelfrei und auch die umgetauschte Urkunde (§ 5 Ges. v. 14. Juni 1900).
4. Der Paragraph gilt sowohl für Namens- als für Inhaberaktien.

§ 230.

§ 230. Neue Gewinnantheilscheine dürfen an den Inhaber des Erneuerungsscheins nicht ausgegeben werden, wenn der Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins auszuhändigen, wenn er die Haupturkunde vorlegt.

Konkurrenz zwischen dem Inhaber der Aktie und dem Inhaber des Talons wegen der Abhebung der Dividendenscheine. Diese Vorschrift ist von uns bereits in Anm. 14 zu § 213 erwähnt.

Dritter Titel.

Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231.

§ 231. Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen.

Die Bestellung zum Mitgliede des Vorstandes ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Der vorliegende Paragraph stellt die rechtliche Stellung des Vorstandes (Abs. 1), **seine Zusammensetzung** (Abs. 2) **und endlich die Widerruflichkeit seiner Bestellung** (Abs. 3) **fest.**

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Der allgemeine Charakter des Vorstands ist im vorliegenden Paragraphen dahin bestimmt, daß er die Aktiengesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertritt.**

Die rechtliche Stellung ist damit nicht erschöpfend angegeben. Nur die eine Seite derselben, seine Stellung als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, ist damit hervorgehoben. Er ist aber auch ihr oberstes geschäftsführendes Organ. Er ist, wie Lehmann-Ring Nr. 1 zutreffend sagen, das ordentliche ständige Organ der Gesellschaft für die Ausführung des Gemeinwillens (vgl. über die rechtliche Konstruktion: Schloßmann, Organ und Stellvertreter in IheringJ. 44, 269 und Preuß eb. 429).

Anm. 2. a) **Er vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.**

α) Er hat dadurch die Stellung eines gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft Zwar ist das hier nicht, wie im § 26 Abs. 2 BGB. für den Vorstand des rechtsfähigen Vereins, ausdrücklich hervorgehoben, und es ist eine direkte Anwendung dieser Bestimmung nach der Anm. 6 zu § 178 entwickelten Ansicht nicht anzunehmen. Aus allgemeinen Grundsätzen aber, ebenso wie aus positiven Vorschriften (besonders § 182 Abs. 2 Z. 4), folgt aber die Notwendigkeit des Vorstands für die Aktiengesellschaft und seine Stellung als ihr gesetzlicher Vertreter.

Anm. 3. Er ist gesetzlicher Vertreter, das bedeutet: er ist das vom Gesetz erforderte ordentliche ständige Organ für die Vertretung der Gesellschaft. Er ist nicht etwa ihr ausschließliches Vertretungsorgan und nicht etwa ihr unbedingt notwendiges Vertretungsorgan. Nicht ihr ausschließliches Vertretungsorgan. Denn ausnahmsweise hat auch der Aufsichtsrat Vertretungsbefugnis (vgl. Einl. zu § 246) und ganz ausnahmsweise auch die Generalversammlung (vgl. zu § 250) und endlich kann die Aktiengesellschaft auch durch andere Bevollmächtigte (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte) vertreten werden. Er ist aber auch nicht ein unbedingt notwendiges Vertretungsorgan. Das Gesetz verlangt ihn zwar als Norm und Regel (§ 182 Nr. 4; § 190 Abs. 3; § 195 Abs. 1 und 4). Aber der Vorstand kann während des Bestehens der Gesellschaft fehlen, sei es, daß er abberufen wird, ohne daß sofort Ersatz gefunden oder geschaffen wird, oder daß er plötzlich stirbt. Weder hört dadurch die

Gesellschaft zu existieren auf, noch ist es richtig, wenn Planck (Anm. 2 zu § 26 BGB.) **§ 231.**
sagt, daß, solange der Verein einen Vorstand nicht hat, Rechtsgeschäfte weder von ihm, noch ihm gegenüber vorgenommen werden können. Die Gesellschaft kann vielmehr ungestört weiter tätig sein, die Beamten und Bevollmächtigten der Gesellschaft besorgen ihre Geschäfte, und nur die Rechtshandlungen können nicht vorgenommen werden, die zur ausschließlichen Machtbefugnis des Vorstandes von Gesetzes wegen gehören, z. B. Anmeldungen von Kapitalserhöhungen usw.

β) Der Umfang der Vertretungsbefugnis erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten. Er ist unbeschränkt und unbeschränkbar, oder vielmehr: er unterliegt lediglich den Beschränkungen, die das Gesetz macht. Anm. 4.

Was insbesondere die gerichtlichen Angelegenheiten betrifft, so ist der Vorstand gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft im Sinne des § 51 CPO. Er hat daher für die Gesellschaft zu klagen und wird für sie verklagt. Eine Klage der Aktiengesellschaft, „vertreten durch den Vorstand X und den Prokuristen Y", ist daher unzulässig (RG. in CBlFG. 5, 216). Demgemäß haben auch die Vorstandsmitglieder die Parteieide für die Gesellschaft zu leisten, und zwar die Vorstandsmitglieder, die es zur Zeit der Eidesleistung sind (OLG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 494 u. 750; RG. 2, 400); hierzu gehören auch die stellvertretenden Vorstandsmitglieder (RG. in JW. 00, 622[5]). Folgeweise können die Vorstandsmitglieder auch nicht als Zeugen vernommen werden (RG. 2, 400; vgl. Bd. 14, 20; Rehbein 45 und RG. 46, 319). Auch das Vorstandsmitglied, das den Prozeß nicht führt, kann nicht als Zeuge vernommen werden. Denn auch ein solches Mitglied bleibt ein gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, kann zum Parteieide herangezogen werden (§§ 473, 474 CPO.). Zustellungen und Ladungen können an jedes Vorstandsmitglied gültig erfolgen, auch wenn es allein zur Vertretung nicht befugt wäre (§ 171 Abs. 3 CPO.; § 232 Abs. 1 Satz 3 HGB.). Will der Vorstand selbst die Gesellschaft verklagen, z. B. auf Gewährung von Gehalt, so kann er sich nicht selbst zustellen (§ 185 CPO.). Vielmehr muß ev. ein Prozeßpfleger bestellt werden nach § 57 CPO. (RG. 7, 404). Vgl. Anm. 49 zu § 232. Den Offenbarungseid haben die zu leisten, die zur Zeit der Eidesleistung Vorstandsmitglieder sind (LG. Dresden bei Bauer 11, 101).

Auch in öffentlichrechtlicher Hinsicht vertritt der Vorstand die Gesellschaft, so gegenüber den Stempelbehörden, den Polizeibehörden usw. Wegen der Haftung hierfür s. Anm. 6 zu § 210 und Anm. 45 zu § 232. (Über Vorstand und Hauptbevollmächtigte bei Versicherungsgesellschaften vgl. § 115 PrivVersUntGes.) Anm. 5.

γ) Über die Wirkung der Stellvertretung durch den Vorstand s. Anm. 28 zu § 232. Anm. 6.

b) **Der Vorstand ist außerdem das ordentliche geschäftsführende Organ der Gesellschaft.** Er ist ihre ständige geschäftsführende Behörde, der zunächst eine Reihe von Geschäftsführungspflichten schon von Gesetzes wegen unentziehbar zugewiesen sind (Berufung der Generalversammlung, § 253; Sorge für die Buchführung, § 239; Vorlegung der Bilanz-, der Gewinn- und Verlustrechnung, und die Erstattung des Geschäftsberichts, § 260 Abs. 2; die Anzeige von Verlusten am Grundkapital, § 240 Abs. 1; Beantragung des Konkurses, § 240 Abs. 2), und der außerdem die ganze Geschäftsführung obliegt, soweit sie nicht durch Gesetz oder Statut anderen Organen zugewiesen ist (vgl. ROHG. 13, 180). Aber hinsichtlich der Geschäftsführung kann im übrigen anderen Organen soviel Macht über den Vorstand selbst zugewiesen sein, daß dieser dadurch im großen und ganzen zum Ausführungsbeamten des Aufsichtsrats herabgedrückt wird (OLG. Hamburg in ZHR. 35, 247; näheres hierüber Anm. 10 zu § 246). Bis auf die erwähnten unentziehbaren Geschäftsführungsakte kann der Aufsichtsrat, dessen Anweisungen der Vorstand zu folgen hat, diesem die Geschäftsführung auch ganz entziehen, nicht nur bruchstückweise (sog. Suspension). Jedoch kann diese Suspension nur ausgesprochen werden von dem Aufsichtsrat, dessen Anweisungen der Vorstand zu befolgen hat. (Über Aufsicht bei Versicherungsgesellschaften vgl. § 64, 66 PrivVersUntGes.) Anm. 7.

§ 231. Anm. 8. Ist der Vorstand mehrgliederig, so sind für seine Beschlußfassungen die Bestimmungen des BGB. §§ 28, 32, 34 hier auch dann nicht subsidiär anwendbar, wenn man sonst dem Prinzip der Anwendbarkeit zustimmt (vgl. Anm. 6 zu § 178), weil der Zusammenhang der aktienrechtlichen Vorschriften ein anderes ergibt, nämlich im Zweifel Gesamtgeschäftsführung (vgl. Anm. 28 zu § 232; ebenso D. 150; dagegen Simon in ZHR. 49, 12; Goldmann Anm. 18; Lehmann-Ring Nr. 7). Es können auch durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß oder durch den Aufsichtsrat den einzelnen Mitgliedern des Vorstandes einzelne Zweige der Geschäftsführung überwiesen werden, z. B. dem technischen Leiter die Fabrikation, dem kaufmännischen der Verkauf und die Buchführung. In solchem Falle haftet jedes Mitglied nur in betreff der ihm überwiesenen Tätigkeit (RG. 12, 76). Tritt dagegen eine Teilung dieser Art durch Vereinbarung unter den Vorstandsmitgliedern selbst ein, so ist dies in Ansehung der Haftung der Gesellschaft gegenüber ohne Wirkung (RG. 12, 76). Die öffentlichrechtlichen Pflichten der Vorstandsmitglieder (z. B. für gehörige Buchführung) werden auch durch statutarische oder sonstige Geschäftseinteilungen nicht berührt (vgl. Anm. 3 zu § 38); ebenso tritt gemeinsame Haftung ein, wenn gemeinsames Handeln vorliegt, z. B. bei Berichterstattung an die Generalversammlung, bei Vorlegung von Bilanzen usw. (vgl. RG. in JW. 00, 664[19] und Anm. 7 zu § 241); ferner bei Verletzung der Pflicht zur Buchführung (Anm. 3 zu § 38).

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Die Zusammensetzung des Vorstandes.** Hierüber sagt das Gesetz nichts weiter, als daß er aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Das übrige muß das Statut enthalten (§ 182 Nr. 4). Besteht er aus mehreren Personen, so sind diese im Zweifel nur gesamtvertretungsberechtigt (§ 232; vgl. dort näheres). Für die Geschäftsführung muß dasselbe gelten (näheres Anm. 2 zu § 235).

Anm. 10. **Über die Eigenschaften der Vorstandsmitglieder** ist nichts gesagt. Früher war gesagt, daß sie Aktionäre sein könnten oder Nichtaktionäre, besoldet oder unbesoldet. Das ist jetzt weggelassen, weil alles dies sich von selbst versteht. Es bestehen von Gesetzes wegen keine anderen Erfordernisse, als die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aktienrechtlichen Bestimmungen (z. B. § 248) sich ergebenden. Es müssen daher die Vorstandsmitglieder physische Personen und geschäftsfähig sein. Es schadet aber nichts, wenn die Person in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 165 BGB.), so daß ein gesetzliches Hindernis nicht besteht, auch einen Minderjährigen über sieben Jahren zum Vorstande zu bestellen (über die Genehmigung des Vormunds und Vormundschaftsgerichts § 1822 Nr. 7 BGB.). Auch sonst brauchen die Vorstandsmitglieder besondere Eigenschaften nicht zu haben. Auch Frauen können es sein. Ferner brauchen sie nicht Inländer zu sein oder im Inlande zu wohnen. Oft, z. B. zur Beaufsichtigung einer ausländischen Zweigniederlassung, wird gerade der Wohnsitz im Auslande erwünscht sein. Auch daß sie mit Aufsichtsratsmitgliedern oder untereinander verwandt sind oder durch Gesellschaftsverhältnisse verbunden sind, ist kein gesetzliches Hindernis. Aufsichtsratsmitglieder selbst dürfen nicht Vorstandsmitglieder sein (§ 248). Die in Reichs- und Landesgesetzen (z. B. RG. vom 31. März 1873; Preuß. G. vom 10. Juni 1874) den Beamten auferlegten Beschränkungen, in den Vorstand von Aktiengesellschaften einzutreten, machen sie nicht unfähig und beeinträchtigen ihre Wählbarkeit nicht (Behrend 838 Anm. 10); die Verletzung der Vorschriften hat nur disziplinarrechtliche Folgen, der Registerrichter hat hier kein Recht zur Beanstandung. Der Registerrichter ist daher auch nicht berechtigt, Vorlegung der Genehmigung der Behörde zu fordern. Wohl aber kann nach allen diesen Richtungen das Statut Beschränkungen auferlegen (Behrend § 127 Anm. 22). Die Statuten können daher bestimmen, daß Personen, die die bürgerlichen Ehrenrechte verloren haben oder in Konkurs verfallen sind, nicht bestellbar, oder daß nur Aktionäre bestellbar sind, oder daß die Vorstandsmitglieder an einem bestimmten Orte wohnen, oder daß sie Kaution hinterlegen müssen (ob dies als Voraussetzung oder als Folge des Vorstandsamts angeordnet ist, ist Frage des Einzelfalls).

Anm. 11. Ist die Wahl auf eine geschäftsunfähige Person gefallen, so ist sie ungültig und bleibt es, auch wenn der Beschluß nicht angefochten wird. Ist sie aber auf eine

nach den Statuten nicht bestellbare Person gefallen, so ist die Wahl ungültig und § 231. der betreffende Beschluß anfechtbar. Durch nicht erfolgte Anfechtung aber wird sie gültig. Dritte sind durch § 15 geschützt.

Tritt nachträglich ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund ein, so hört das Mitglied ipso iure auf, Mitglied des Vorstandes zu sein; tritt nachträglich ein statutarischer Unfähigkeitsgrund ein, verfällt also z. B. ein Vorstandsmitglied in Konkurs, während die Statuten Gemeinschuldner von der Bestellung zum Vorstande ausschließen, so hört die Mitgliedschaft dadurch nicht eo ipso auf. Vielmehr muß die Bestellung widerrufen werden (zustimmend Lehmann-Ring Nr. 5; anders Behrend § 127 Anm. 22; Holdheim in seiner Wochenschrift 1, 187 und Goldmann Anm. 12). Anm. 12.

Die Bezeichnung Vorstand ist wesentlich (BayObLG. bei Holdheim 4, 356; Behrend 836 Anm. 2; Pinner 130). Nach außen muß klar sein, wer gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist. Der Titel Direktor wird auch sonstigen Beamten verliehen. Die Verleihung eines Titels, wie Generaldirektor usw., ist nicht in das Handelsregister einzutragen (KGJ. 20 A S. 269). Anm. 13.

3. (Abs. 3.) **Ihre Bestellung ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßigen Vergütungen.** Anm. 14.

a) **Die jederzeitige Widerruflichkeit** ist vom Gesetze ausgesprochen, damit hierüber kein Zweifel durch die verschiedenen juristischen Gestaltungen des der Bestallung zugrunde liegenden Verhältnisses entstehe. Das Gesetz will sagen, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis jedenfalls jederzeit entzogen werden kann. Ob auch der Dienstvertrag jederzeit aufgehoben werden kann, darüber vgl. den Zusatz 3. Auf die Widerruflichkeit kann auch nicht verzichtet werden (ROHG. 23, 327; RG. 3, 186; 27, 37; vgl. auch 22, 25; Behrend § 124 Anm. 19). Ebensowenig kann im Statut, wie es im GmbHG. § 38 und im BGB. § 27 Abs. 2 vorgeschrieben ist, die Widerruflichkeit auf erhebliche Gründe beschränkt werden. Die Ernennung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen, durch einen Dritten zu bestellenden und abzuberufenden Vorstandes ist unzulässig, ein dahin gehender Generalversammlungsbeschluß ungültig (RG. 3, 129).

Die Ausübung des Widerrufs beruht auf reiner Willkür. Der Vorstand kann nicht etwa auf das Fortbestehen der Vorstandschaft trotz erfolgten Widerrufs klagen (ROHG. 14, 85). Es ließe sich höchstens denken, daß der abberufene Vorstand in Gemäßheit des § 271 den Beschluß der Generalversammlung, der den Widerruf ausspricht, als rechtsungültig (nicht etwa als sachlich ungerechtfertigt) zustande gekommen ansicht (vgl. z. B. den Fall in RG. 34, 110), und es kann in solchem Falle auch nicht etwa der neue Vorstand die Klage zurücknehmen. Auch sind für sachlich ungerechtfertigte Widerrufe Vertragsstrafen oder vielmehr Quasivertragsstrafen denkbar (vgl. § 343 Abs. 2 BGB.). Anm. 15.

Von wem der Widerruf ausgeübt wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Die Generalversammlung ist jedenfalls dazu berechtigt; (in welchem Falle, wie oben bemerkt, der abberufene Vorstand das Anfechtungsrecht nach § 271 hat), neben ihr der Aufsichtsrat, wenn ihm das Widerrufsrecht übertragen ist. Eine solche Übertragung aber liegt implicite in der Übertragung des Rechts, den Vorstand zu bestellen (Lehmann-Ring Nr. 13; Behrend § 124 Anm. 20 und KG. in KGJ. 30 A S. 134). Über das Recht zur Bestellung des Vorstandes s. Anm. 20. Steht der Generalversammlung das Widerrufsrecht zu, so genügt einfache Stimmenmehrheit, selbst wenn, wie es häufig vorkommt, der Vorstand gleich im Gesellschaftsvertrage ernannt ist, denn dadurch wird die Bestellung nicht Bestandteil des Gesellschaftsvertrages, der Widerruf also keine Statutenänderung (RG. 44, 96); es sei denn, daß das Statut etwas anderes bestimmt, was zulässig ist (KGJ. 21 A S. 262). Ist dem Aufsichtsrat das Recht der Bestellung und des Widerrufs übertragen, so will das OLG. Hamburg (OLGR. 2, 462) der Generalversammlung das Recht nehmen, selbst Beschlüsse hierüber zu fassen. Mit Unrecht, denn die Generalversammlung ist die letztentscheidende Instanz, die über den Organen steht (vgl. RG. 3, 129 und Brodmann in ABürgR. 24, 203). Anm. 16.

§ 231.

Anm. 17. In dem Recht des Widerrufs liegt auch das Recht der **Umwandlung der Einzelvertretung in Gesamtvertretung**. Diese ist jederzeit ebenfalls zulässig; das Vorstandsmitglied kann ihr daher nicht widersprechen. Eine andere Frage ist, ob es dann berechtigt ist, sein Amt niederzulegen (hierüber vgl. Anm. 32).

Anm. 18. Von dem Widerruf ist die **Behinderung in Ausübung der Tätigkeit als Vorstandsmitglied** zu trennen. Hier ist Klage zulässig, so lange die Vorstandschaft besteht, und zwar gegen die Gesellschaft oder das hindernde Organ, je nachdem die Störung namens der Gesellschaft erfolgt oder nicht.

Anm. 19. b) **Vorbehalten sind die Ansprüche auf die vertragsmäßigen Vergütungen.** Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitgliede hat mit der sofortigen Kündigung des Dienstvertrages begrifflich nichts zu tun. Es kann das Vorstandsmitglied als solches, d. h. von seiner Tätigkeit als Vorstand gemäß § 231 abberufen werden, ohne daß hiermit das zuständige Organ eine sofortige Kündigung vom Dienstvertrage aussprechen will. Lehmann-Ring (Nr. 12) und Goldmann (Anm. 25) gehen davon aus, daß der Widerruf stets ohne weiteres auch das Dienstverhältnis löst. § 231 Abs. 2 aber bezieht sich lediglich auf die Eigenschaft des Vorstandsmitglieds als Organ der Gesellschaft. Diese Eigenschaft kann ihm entzogen werden und das Dienstverhältnis fortbestehen. Dann kann möglicherweise dem abberufenen Vorstandsmitgliede ein auf diese Abberufung gestütztes Recht zur sofortigen Kündigung gegeben sein (vgl. Anm. 32). Es kann allerdings auch die Abberufung als Vorstand zugleich mit der sofortigen Kündigung des Dienstvertrags ausgesprochen werden und es kann beides zusammen geschehen und unzweideutig in einer und derselben Erklärung liegen. Meist wird der Widerruf zugleich als Entlassung auszulegen sein. In allen diesen Fällen bleibt der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung durch die Abberufung als Vorstandsmitglied unberührt, womit aber nicht gesagt ist, daß einem abberufenen Vorstandsmitglied seine vertragsmäßige Vergütung stets weiter bezahlt werden muß. Vielmehr kann die gleichzeitig oder implicite ausgesprochene sofortige Kündigung des Dienstvertrages gerechtfertigt sein und alsdann hört der Anspruch auf die vertragsmäßigen Vergütungen auf. Es soll in diesem Absatz nur gesagt sein, daß durch den Akt des Widerrufs der Vorstandschaft an sich nicht schon der Anspruch des Vorstandsmitgliedes auf die vertragsmäßige Vergütung wegfällt. Über diesen Anspruch entscheiden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts (RG. in JW. 01, 542[11]).

Anm. 20. **Zusatz 1. Von wem wird der Vorstand bestellt?** Hierüber muß sich das Statut verhalten (§ 182 Nr. 4). Die Bestellung ist meist dem Aufsichtsrat übertragen, seltener der Generalversammlung (über die Befugnisse der Generalversammlung neben anderen statutarisch bestimmten Organen vgl. Anm. 16). Bestellt der Aufsichtsrat den Vorstand, so hat er mangels anderweitiger statutarischer Bestimmung gemeinsam oder durch ernannte Bevollmächtigte zu handeln (RG. in JW. 04, 100[30]). Die bezeichneten Organe sind für den Akt der Bestellung gesetzliche Vertreter der Gesellschaft (vgl. Anm. 3). Der Vorstand kann auch zur Kooptation statutarisch ermächtigt sein (Behrend § 124 Anm. 13 und Lehmann II 240). Auch Bestellung durch einen Dritten ist nicht unbedingt unzulässig (vgl. jedoch Anm. 14). Die in § 29 BGB. vorgesehene Zwangsbestellung eines Vorstandes durch das Amtsgericht kann für das Aktienrecht nicht als anwendbar angesehen werden (vgl. Anm. 6 u. 8 zu § 178; dagegen KGJ. 23 A S. 165). Wendet man die Bestimmung an, so gilt die richterliche Bestellung bis zur Hebung des Mangels. Sobald also ein Vorstand endgültig bestellt ist, endet die Tätigkeit des vom Richter bestellten, ohne daß es einer Abberufung bedarf. (Bei Versicherungsgesellschaften ist im Fall der Untersagung des Geschäftsbetriebs Bestellung durch das Aufsichtsamt möglich, vgl. § 67 PrivVersUntGes.)

Anm. 21. **Zusatz 2. Kann auch ein Vorstandsmitglied sein Amt niederlegen** (vgl. auch Bernau in IheringJ. 44, 225 über Amtsniederlegung des Aufsichtsrats)? Das richtet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse (§ 168 BGB.). Die Hauptfälle sind, daß die Vorstandschaft auf **Auftrag** oder auf **Dienstvertrag** beruht (§§ 662 und 675 BGB.). Im ersteren Falle kann das Vorstandsmitglied jederzeit die Vorstandschaft niederlegen (§ 671 BGB.). Es muß nur, wenn es dies ohne wichtigen Grund zur Unzeit tut, die Gesellschaft entschädigen. Im Falle des

Dienstvertrages, d. h. wenn der Vorstand besoldet wird, kann er regelmäßig nur aus wichtigen Gründen (welches diese Gründe sind, darüber s. Anm. 31) die Vorstandschaft niederlegen oder wie das BGB. sagt: „ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen" (§ 626 BGB.); ohne wichtigen Grund nur unter zwei Voraussetzungen (§ 627 BGB.), nämlich wenn er § 231.

a) nicht in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen steht und
b) Dienste höherer Art leistet, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Ohne weiteres liegen diese Voraussetzungen beim Vorstande nicht vor. Von Fall zu Fall muß unterschieden werden, ob jene Voraussetzungen vorliegen. Meist werden sie nicht vorliegen, meist wird vielmehr ein dauerndes Verhältnis mit festen Bezügen vorhanden sein (vgl. über diese Begriffe zu § 243). — Außerdem aber steht dem Vorstandsmitgliede nach § 326 BGB. das dort vorgesehene Rücktrittsrecht zu, wenn die Gesellschaft mit ihren Leistungen ihm gegenüber im Verzuge ist. Indessen wird dieses Rücktrittsrecht in der Praxis wohl kaum zur Anwendung gelangen, weil die Verweigerung der Vergütung schon an sich ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung für das Vorstandsmitglied ist, so daß es hierfür der umständlichen Vorbereitungen des Rücktritts (durch Fristsetzung) nicht bedarf (vgl. Anm. 29 zu § 70).

Erklärt ein Vorstandsmitglied die Niederlegung seines Amtes, ohne nach Vorstehendem hierzu berechtigt zu sein, so ist diese Erklärung wirkungslos. Es bleibt Vorstandsmitglied, bis der Rücktritt angenommen wird oder der Dienstvertrag endet (ebenso Goldmann-Lilienthal 629 Anm. 16; dagegen Broicher in ABürgR. 24, 207 Anm. 40 und Lehmann-Ring Nr. 15, die zu Unrecht auf § 671 Abs. 2 BGB. hinweisen, der nach § 675 nur dann auf eine Geschäftsbesorgung anzuwenden ist, wenn der Verpflichtete jederzeit kündigen darf. Das Recht ist aber im Falle des § 626 nicht gegeben, da hier gerade die Kündigungsbefugnis an das Vorhandensein wichtiger Gründe geknüpft ist).

Will das Vorstandsmitglied die Niederlegung seines Amtes erklären, so tut es dies durch eine Erklärung an den Aufsichtsrat, auch wenn seine Bestellung durch die Generalversammlung erfolgt ist (Behrend § 124 Anm. 26) und zwar zu Händen des Vorsitzenden des Aufsichtsrats (Anm. 14 zu § 246). Die Erklärung kann aber auch den übrigen Vorstandsmitgliedern gegenüber erfolgen.

Zusatz 3. Die Dienstverhältnisse der Vorstandsmitglieder. Diese sind im HGB. nicht geregelt. Wie bereits bemerkt (vgl. Anm. 19), kann die Bestellung zum Vorstandsmitgliede auf einem Auftrag beruhen oder auf einem Dienstvertrag (auch auf Gesellschaftsvertrag, z. B., wenn ein stiller Gesellschafter der Aktiengesellschaft sich das Recht ausbedungen hat, Vorstandsmitglied zu sein; doch bleibt diese Erscheinung als unpraktisch hier außer Betracht). Anm. 22.

Die Bestellung zum Vorstandsmitgliede braucht der Aktionär als solcher nicht anzunehmen, auch durch Gesellschaftsvertrag kann diese Pflicht nicht auferlegt werden (vgl. Anm. 5 zu § 212; anders für GmbH. RG. bei Holdheim 13, 256).

Beruht nun die Bestellung zum Vorstandsmitgliede auf einem Dienstvertrage, so gelten die folgenden Rechtsregeln: Anm. 23.

1. Die Natur dieses Dienstverhältnisses ist nicht die des Dienstvertrages zwischen Handlungsgehilfen und Prinzipal. Die Vorstandsmitglieder sind nicht Handlungsgehilfen. Sie sind gegenüber den Handlungsgehilfen der Aktiengesellschaft selbst die Prinzipale. Die Vorschriften über die Handlungsgehilfen finden auch nicht entprechende Anwendung (ROHG. 19, 58 und 61; RG. 7, 77; Bolze 18 Nr. 407; vgl. auch Anm. 7 zu § 59).
2. **Vielmehr kommen die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag zur Anwendung** und zwar über den Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Anm. 24.

a) **Die Vergütung.** Auslagen kann das Vorstandsmitglied jedenfalls erstattet verlangen (§§ 668, 669, 675 BGB.), jedoch nur in angemessenem Umfange. Seine Besoldung kann verschiedenen Inhalt haben: Gehalt, freie Wohnung und Beköstigung (RG. 22, 35); freie Wohnung nebst

§ 231. Garten (Bolze 11 Nr. 345, den Garten hat er selbst zu bestellen); auch Pensionsansprüche sind nicht unzulässig (vgl. Bolze 14 Nr. 256, Fall des Pensionsanspruchs als remuneratorische Schenkung); Provision von den Geschäften, die die Gesellschaft abschließt; auch Tantieme, die besonders üblich ist (über die Tantieme § 237 und die Erläuterungen dazu). Ist über die Vergütung nichts vereinbart, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 612 BGB.). Auf alle Fälle hat es die Generalversammlung in der Hand, auch nachträglich eine angemessene Entschädigung zu bewilligen (ROHG. 22, 281).

b) **Heimliche Provisionen** von Personen, die mit der Gesellschaft Geschäfte abschließen, darf der Vorstand nicht nehmen. Tut er es, so ist dies eventuell Entlassungsgrund; jedenfalls sind diese Provisionen der Gesellschaft zu überlassen (§§ 665, 667 BGB. und Dernburg I § 86 Anm. 1, sowie oben § 59 Anm. 46). Auch kann in derartigen Handlungen Vergehen gegen § 312 und Untreue liegen.

Anm. 25. c) **Für Krankheits- oder sonstige Behinderungsfälle** greift nicht § 63 Platz, da dieser nur für Handlungsgehilfen gilt, vielmehr § 616 BGB. und im übrigen die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Erfüllung, und zwar wie folgt:

α) § 323 BGB.: Entsteht die Behinderung durch einen Umstand, den keiner von beiden Teilen zu vertreten hat, so verliert das Vorstandsmitglied den Anspruch auf die Gegenleistung. Nur gewährt ihm § 616 BGB. die Vergünstigung, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, während deren es durch einen in seiner Person liegenden, von ihm nicht verschuldeten Umstand behindert ist, seinen Anspruch auf die Vergütung nicht verliert. Entsteht die Unmöglichkeit der Dienstleistung durch einen Umstand, den der andere Teil (z. B. ein anderes Vorstandsmitglied) zu vertreten hat, so behält es den Anspruch auf die Gegenleistung; das gleiche gilt, wenn die Gesellschaft seine Dienste nicht annehmen will und während dieses Annahmeverzuges die Unmöglichkeit zur Dienstleistung entsteht (§ 324 BGB.). Die Entscheidung des ROHG. (19, 63) hat zwar angenommen, daß im Falle der Krankheit des Vorstandsmitglieds die Vergütung fortzuzahlen ist, weil hier volle Leistung durch das bloße Fortfunktionieren des erkrankten Vorstandes auch ohne tätige Geschäftsführung anzunehmen ist. Allein diese Entscheidung war lediglich die Reaktion gegen die Bestimmungen des preuß. Landrechts, die hier völlig im Stich ließen und sich nur auf niedere Arbeiter bezogen, bei denen der Tageslohn den Maßstab für die Vergütung bildete. Bei der Neuregelung des Dienstvertrages durch die Vorschriften des BGB., die sich nunmehr auch auf Dienstverträge mit Dienstleistungen höherer Art beziehen, ist jene Entscheidung als veraltet zu bezeichnen.

Anm. 26. β) Entsteht die Unmöglichkeit der Dienstleistung aus einem Grunde, den das Vorstandsmitglied zu vertreten hat, so kann die Gesellschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (§ 325 BGB.).

Anm. 27. γ) Alles dies gilt vorbehaltlich des Rechts der Gesellschaft, wegen der Unmöglichkeit der Dienstleistung aus wichtigem Grunde sofort zu kündigen (§ 626 BGB.) und, wenn ein vertragswidriges Verhalten des Vorstandsmitgliedes der Grund der Unmöglichkeit ist, auch noch Schadensersatz zu verlangen. Hierüber weiter Anm. 30.

Anm. 28. δ) Urlaub kann sich das Vorstandsmitglied in den üblichen Grenzen selbst erteilen. Doch muß es für seine Vertretung Sorge tragen, regelmäßig auch dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats Anzeige machen.

Anm. 29. d) Für die Kündigung gilt § 622 BGB. Das Dienstverhältnis der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, deren Erwerbstätigkeit durch das Dienstverhältnis vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Privatbeamten, kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, aber natürlich auch, wenn sie nach längeren Zeitabschnitten bemessen ist. Bezieht das Vorstandsmitglied feste Bezüge und Tantieme (oder Provision), so gilt das gleiche. Dadurch wird der Begriff der festen Bezüge nicht aufgehoben. Der Ansicht

Rehms (DJZ. 02, 46), daß, wenn ein Teil der Vergütung schwankend ist, eine feste Vergütung nicht vorliegt, kann für die hier in Betracht kommende Frage nicht beigetreten werden. Jedenfalls ist ein Teil der Bezüge fest und dies genügt zur Anwendung des § 622 BGB. Bezieht das Vorstandsmitglied aber nur Tantieme, so richtet sich die Kündigung nicht, wie in der 6./7. Aufl. angenommen ist, nach § 621, sondern nach § 627 BGB., da die Dienste des Vorstandsmitglieds Dienste höherer Art sind. Es kann daher jederzeit gekündigt werden, geschieht die Kündigung ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so tritt Schadensersatzpflicht ein. Bezieht das Vorstandsmitglied nur Provision, so bestimmt sich die Kündigung nach § 623 BGB. (zweiwöchige Kündigungsfrist). — Natürlich kann der Vertrag eine andere Kündigungsfrist oder auch eine bestimmte Dauer festsetzen (§ 620 BGB.) oder beides vereinen. Denn die betreffenden Vorschriften sind nur dispositiv (auch § 622 BGB., trotz seines anscheinend absoluten Inhalts; vgl. Planck Anm. 1 zu § 622). Auch kann der Vertrag kürzere Kündigungsfristen festsetzen, gesetzliche Mindestkündigungsfristen gibt es hier nicht. Auch kann die Kündigung für beide Teile ungleich sein. Aber ein auf Lebenszeit oder auf länger als fünf Jahre eingegangener Vertrag ist nur für die Gesellschaft bindend, während das Vorstandsmitglied nach dem Ablauf von fünf Jahren mit sechsmonatlicher Frist kündigen kann (§ 624 BGB.). Diese Vorschrift ist zwingendes Recht. — Ist nach dem Ablauf der Dienstzeit das Verhältnis fortgesetzt, ohne daß seitens der Gesellschaft unverzüglich widersprochen ist, so gilt das Verhältnis als auf unbestimmte Zeit fortgesetzt (§ 625 BGB.); nicht etwa auf die frühere Vertragszeit oder mit der früher vereinbarten Kündigung, sonst aber unter den alten Bedingungen. — Näheres über die Kündigung und über die Dauer des Verhältnisses siehe zu § 66. § 231.

e) Für die **sofortige Kündigung** gelten ebenfalls die Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag. Im wesentlichen kommen hier in Betracht die §§ 626 u. 628 Abs. 2 BGB. Diese lauten: Anm. 30.

§ 626. Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

§ 628 Absatz 2. Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Wie man sieht, decken sich diese beiden Vorschriften mit der für die Handlungsgehilfen gegebenen Vorschrift des § 70. Es kommen denn auch die im § 70 gegebenen Erläuterungen im wesentlichen auch hier zur entsprechenden Anwendung. Alles, was dort über **die Erklärung der sofortigen Kündigung, über ihre Gründe und über ihre Folgen** gesagt ist, gilt in entsprechender Anwendung auch hier. Bemerkt mag hier nur werden, daß ein zu Unrecht entlassenes Vorstandsmitglied sich auf seine Schadensersatzforderung nur anrechnen zu lassen braucht, was es durch Verwertung seiner der **Gesellschaft geschuldeten** Arbeitskraft verdient hat (RG. bei Bauer 11, 2).

Von der in § 70 gegebenen Vorschrift besteht hier insofern ein Unterschied, als, wenn das Vorstandsmitglied im gegebenen Falle eine Stellung hat, die unter § 627 fällt (nichtdauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen, oder dauerndes Dienstverhältnis mit nicht festen Bezügen, Dienste höherer Art auf Grund besonderen Vertrauens), es ein Recht hat, vor der Zeit ohne wirklichen Grund das Verhältnis zu lösen (vgl. Anm. 29).

Welches wichtige Gründe für die sofortige Kündigung sind, sagt das Gesetz hier nicht, gibt hier auch keine Anhaltspunkte. Hier ist alles dem richterlichen Ermessen überlassen. Die Natur des Verhältnisses ist der einzige Anhaltspunkt: Anm. 31.

Daß gerade strengere Grundsätze, als bei den Handlungsgehilfen obwalten müssen, wie das ROHG. 13, 182 sagt, kann nicht unbedingt angenommen werden, in gewisser Hinsicht können auch mildere obwalten; so wird z. B. das Fortbleiben vom Geschäft nicht so streng zu nehmen sein, wie beim Handlungsgehilfen. Unter Umständen greifen allerdings auch strengere Grundsätze Platz, insbesondere in bezug auf Vertrauensfragen (Bolze 18 Nr. 407). In der **Praxis** wurde ausgesprochen, daß Indiskretion einen Grund zur Entlassung abgeben

§ 231. kann (ROHG. 21, 376), ebenso Widersetzlichkeit gegen den Aufsichtsrat, wenn z. B. der Vorstand sich weigert, dem Verlangen des Aufsichtsrats, einen Inspektor zu entlassen, nachzukommen (Bolze 5 Nr. 761). Das wird aber nur dann richtig sein, wenn der Vorstand nach den Statuten oder seinem Dienstvertrage verpflichtet ist, den Weisungen des Aufsichtsrats Folge zu leisten. Als Entlassungsgründe sind ferner erachtet worden: ungerechtfertigte Eigenmacht, Verheimlichung und falsche Buchführung in bezug auf einen einer Firma gewährten Erlaß (Bolze 2 Nr. 1125); Annahme einer Gratifikation aus Anlaß einer Bestellung seitens der Gesellschaft, unbefugte Bereicherung auf Kosten der letzteren, Bestechlichkeit (ROHG. 13, 182); Vertrauensmißbrauch (ROHG. 21. 376); dauernde Krankheit (ROHG. 19, 61); unerlaubte Konkurrenz; übermäßiges Börsenspiel und Erhebung des Differenzeinwandes (RG. 53, 266). Der Eintritt der Liquidation ist nicht ohne weiteres sofortiger Kündigungsgrund. Der Vorstand hat nunmehr die Funktionen des Liquidators, sein Dienstverhältnis geht zunächst weiter (RG. 24, 70; vgl. Anm. 34), doch kann dies für das Vorstandsmitglied ein Grund für die Kündigung sein.

Anm. 32. Als Grund zur sofortigen Kündigung für die Vorstandsmitglieder ist es zu erachten, wenn die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat von ihnen ungesetzliche Handlungen verlangt. Grund zur sofortigen Kündigung ist es ferner, wenn Generalversammlung oder Aufsichtsrat mehr von ihnen verlangen, als wozu sie nach dem Dienstvertrag verpflichtet sind (z. B. einem für eine Berliner Gesellschaft engagierten Direktor wird zugemutet, dauernd nach Köln überzusiedeln; das wird meist den Vertragsabsichten widersprechen), oder wenn ihnen der Aufsichtsrat die ihnen nach der Beschaffenheit des Verhältnisses gebührende Behandlung nicht zukommen läßt, wenn z. B. der Vorsitzende des Aufsichtsrats sich Grobheiten erlaubt; oder wenn ihnen die Vertretungsbefugnis ganz oder teilweise entzogen wird; es sei denn, daß das Mitglied selbst Grund zu dieser Maßregel gegeben hat.

Anm. 33. f) Endlich aber ist darauf hinzuweisen, daß auch hier die allgemeinen zivilrechtlichen Aufhebungs- und Anfechtungsgründe für den Dienstvertrag gelten (Irrtum, Zwang, Betrug, Rücktritt wegen Verzugs usw.), ganz so, wie beim Handlungsgehilfenvertrag. Vgl. daher hier Anm. 24 und 25 zu § 70.

Anm. 34. g) Für den Konkurs ist § 22 KO. maßgebend (vgl. hierüber Anm. 28 zu § 70). Vorstandsmitglieder, soweit bei ihnen ein Dienstvertrag vorliegt, nicht aber Mitglieder des Aufsichtsrats, haben das Vorrecht aus § 61 KO. (Jaeger KO. Anm. 11 zu § 61). — Tod des Vorstandsmitgliedes löst das Verhältnis (§§ 675, 673 BGB.), nicht aber die Auflösung der Aktiengesellschaft (vgl. § 295 BGB.; Anm. 31 a. E.), doch kann dies für das Vorstandsmitglied ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung sein, nicht auch für die Gesellschaft, diese hat ihn vielmehr, wenn sie aus diesem Anlaß den Vorstand abberuft und das Verhältnis löst, zu entschädigen.

Anm. 35. h) Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann das Vorstandsmitglied ein schriftliches Zeugnis verlangen (§ 630 BGB.). Hierüber § 73 und die Erläuterung dazu. Als zwingende Vorschrift wird man dies aber hier nicht erachten können. Auszustellen ist das Zeugnis vom Aufsichtsrat oder von den anderen Mitgliedern des Vorstandes.

Anm. 36. i) Nach der Beendigung des Dienstverhältnisses hat das Vorstandsmitglied über das in Verwahrung genommene Gesellschaftsvermögen Rechnung zu legen (ROHG. 24, 365; §§ 259, 666, 675 BGB.). Seine Kaution kann es erst nach erfolgter Entlastung durch die ordentliche Generalversammlung verlangen. Verzögert oder verweigert diese die Entlastung, dann allerdings liegt die Sache anders (vgl. zu § 260).

Anm. 37. k) Wegen der Pfändbarkeit des Gehaltes gilt dasselbe, wie bei den Handlungsgehilfen (vgl. Anm. 47 zu § 59; über das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht Pappenheim in DJZ. 02, 86).

Anm. 38. l) Für die Verjährung der Ansprüche der Mitglieder des Vorstandes vgl. § 196 Nr. 8 BGB.

Anm. 39. **Zusatz 1.** Bei nicht genügender Zahl von Vorstandsmitgliedern hört die Gesellschaft keineswegs zu bestehen auf (vgl. Anm. 3). Eine ausdrückliche Vorschrift, daß die Aufsichtsratsmitglieder für schleunigen Ersatz zu sorgen haben, ist nicht gegeben. Aber es folgt dies aus

allgemeinen Rechtsgrundsätzen; Zuwiderhandlung ist nur nicht mit Strafe bedroht und es hat auch der Registerrichter kein Recht, durch Ordnungsstrafen auf Ersatz zu dringen; er kann auch nicht die Löschung des einzigen Vorstandsmitgliedes ablehnen oder solange verweigern, bis Ersatz geschaffen ist. § 231.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Frage, ob für die Vorstandsmitglieder, die vor dem 1. Januar 1900 im Dienste sind, der § 231 gilt, ist ohne praktische Bedeutung, weil er sich ja mit Art. 227 des früheren HGB. deckt. Wichtig aber wird die Frage, wie es mit den Dienstverhältnissen jener Vorstandsmitglieder steht. Hier greifen die Art. 170, 171 EG. z. BGB. ein. Das Dienstverhältnis wird, soweit Auftrag vorliegt, nach bisherigem Recht, im übrigen bei Vorliegen eines Dienstvertrages von dem Augenblicke nach dem neuen Recht beurteilt, in dem sich das Verhältnis infolge der Unterlassung einer nach dem alten Recht (vertragsmäßig oder gesetzlich) zulässigen, wenn auch nur einem Teil zustehenden Kündigung nach dem 1. Januar 1900 fortsetzt (vgl. Anm. 33 zu § 84). Für die Vorstandsmitglieder, die im Gebiete des preuß. Landrechts ohne besondere Kündigungsfrist engagiert waren, die also täglich gekündigt werden können, beurteilt sich das Verhältnis vom 2. Januar 1900 ab nach dem neuen Recht. Unter der zulässigen Kündigung ist aber nur die befristete Kündigung, nicht auch die „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" zu verstehen, so daß sich das Dienstverhältnis nicht schon deshalb nach dem neuen Recht richtet, weil ein Teil aus wichtigem Grunde vom Vertrag zurücktreten durfte, und von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. Anm. 33 zu § 84). Anm. 40.

Die Vorschrift des § 624 BGB. (Anstellung auf Lebenszeit; s. Anm. 29) ist ausschließlicher Natur und sofort auf alle Dienstverträge anwendbar (Pinner 136).

Über die Anwendung der neuen Tantiemevorschriften auf bestehende Dienstverträge s. zu § 237.

§ 232.

Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstandes für die Gesellschaft, bedarf es der Mitwirkung sämmtlicher Mitglieder des Vorstandes, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist. Der Vorstand kann jedoch einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist eine Willenserklärung der Gesellschaft gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes. § 232.

Steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu, so kann durch diesen bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder, wenn nicht mehrere zusammen handeln, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. Auch kann durch den Gesellschaftsvertrag der Aufsichtsrath ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugniß zu ertheilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten. Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden in diesen Fällen entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph regelt die Vertretung der Gesellschaft bei einem mehrgliedrigen Vorstande. Gesetzliche Regel ist hier, umgekehrt wie bei der Vertretungsbefugnis der Mitglieder einer o. H. G., Gesamtvertretungsbefugnis aller Mitglieder des Vorstandes, Ausnahme ist die Einzelvertretung und eine andere Ausnahme (oder wenn man will eine Abart der Gesamtvertretung) ist die Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitgliedes zusammen mit einem Prokuristen. Ein gänzlicher Ausschluß eines Vorstandsmitgliedes von der Vertretung ist unzulässig. Einleitung.

§ 232. Anm. 1. **I. Die gesetzliche Regel ist, daß die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes nur gemeinsam berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten** (Gesamtvertretung).

1. Diese Regel greift Platz, wenn weder das Statut direkt die Vertretung in anderer Weise regelt (Abs. 1), noch der Aufsichtsrat kraft der ihm durch das Statut erteilten Ermächtigung eine andere Vertretung angeordnet hat (Abs. 2). Vgl. Anm. 15.

Anm. 2. 2. Über diese Gesamtvertretung gelten folgende Regeln.

a) Die Gesamtvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Wie die Gesamtprokura eine volle Prokura ist, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vgl. Anm. 9 zu § 48), so liegt hier eine Vertretungsbefugnis, nur getragen von mehreren Vorstandsmitgliedern, vor.

Anm. 3. Demgemäß bezieht sich denn auch die Gesamtvertretung auf Rechtsakte aller Art in dem vollen Umfange des § 231 und § 235 Abs. 2, und kann nicht eingeschränkt werden auf einzelne Akte oder Geschäftszweige oder Arten von Rechtshandlungen. Wenn sich dennoch Eintragungen im Handelsregister finden, nach denen mehrere Vorstandsmitglieder zur Zeichnung der Firma gemeinschaftlich berechtigt sind, so sind solche Eintragungen zwar nicht korrekt, aber doch nicht ungültig, da ihr Inhalt dahin auszulegen ist, daß sie sich auf die Vertretungsbefugnis überhaupt beziehen (RG. 24, 27; KGJ. 15, 98 und KGJ. 29 A S. 96). Eine Ordnung der Vertretungsbefugnis derart, daß an sich jedes Vorstandsmitglied allein vertretungsberechtigt ist, für gewisse Geschäfte aber, z. B. Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, Gesamtvertretung angeordnet wird, ist unzulässig.

Anm. 4. b) Die Ausübung der Gesamtvertretung. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämtlichen Gesamtvertreter mitwirken. Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen. Brauchen sie auch nicht gerade stets den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vorzunehmen, so muß sich der Akt doch immerhin als ein von allen Gesamtberechtigten getätigter darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (vgl. Anm. 10 zu § 48). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurteilen, ob im einzelnen Falle bei nicht gleichzeitigem Handeln der Gesamtberechtigten dennoch ein verpflichtender oder sonst rechtserheblicher Akt (z. B. eine rechtserhebliche Kündigung) vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht immer unzulässig (ROHG. 16, 33; Bolze 8 Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (ROHG. 6, 392; 12, 34; 17, 402), wie z. B., wenn der eine Gesamtvertreter verhandelt, der andere zuhört und nicht widerspricht. Solennes Mitwirken kann durch die Natur der einzelnen Rechtsakte geboten sein (Wechselunterschriften, Abstimmung bei Generalversammlungen). Aber wo es auch nicht durch die Natur des betreffenden Aktes geboten ist, muß doch, damit überhaupt dem Begriff der Gesamtvertretungshandlung entsprochen wird, eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht ein Internum der Gesamtberechtigten bleiben (RG. 40, 19 und RG. in JW. 98, 164, 165; KGJ. 20 A S. 75; RG. in JW. 05, 527[6]). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht, um das Erfordernis der Mitwirkung zu erfüllen (Bolze 4 Nr. 807; Behrend § 128 Anm. 10). Vgl. jedoch Anm. 8. Keineswegs genügt es schließlich, „daß ein Vorstandsmitglied unter solchen Umständen redend auftritt, daß der Dritte annehmen konnte, aus seinem Munde spreche der Vorstand" (so OLG. Hamburg in ZHR. 35, 246). War vielmehr in solchem Falle das Vorstandsmitglied nicht beauftragt, so hat es seine Vollmacht überschritten und verpflichtete nicht die Gesellschaft, sondern sich selbst nach § 179 BGB. (vgl. Anm. 47). Auch das OLG. Hamburg (in OLGR. 5, 47) hat zugegeben, daß obige Entscheidung zu weit geht (vgl. auch RG. in JW. 01, 308[15]).

Anm. 5. c) Der Beweis der Mitwirkung ist von dem zu führen, der sich darauf stützt. Er wird nicht genügend durch Erbietung des Beweises angetreten, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des anderen Gesamtvertreters abgegeben wurde; es muß vielmehr dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (ROHG. 17, 402; Bolze 8 Nr. 548). Im Grundbuchverkehr ist der Nachweis der Mitwirkung in urkundlicher Form zu führen, sei es durch Mitzeichnung der Vollmacht, sei es durch nachträglichen Beitritt (KGJ. 20 A S. 76).

d) Ein Gesamtvertreter, der ohne Mitwirkung des anderen handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich. Es greift hier § 179 BGB. Platz; vgl. RG. 6, 214; Bolze 18 Nr. 229). Näheres hierüber Anm. 46ff. im Exk. zu § 58. Es ist hierbei jedoch das in folgendem zu e, f und g Gesagte wohl zu beachten. § 232. Anm. 6.

e) Die Gesamtvertreter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Das schreibt Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich vor. Darin liegt die Erteilung einer Handlungsvollmacht (Cosack § 116 Anm. 37, der aber zu Unrecht annimmt, daß auf diese Weise einem der Vorstandsmitglieder Prokura erteilt werden kann; das wäre keine Ermächtigung zu bestimmten Geschäften oder zu bestimmten Arten von Geschäften und wäre ebenso unzulässig, wie die Übertragung der gesamten Vertretungsbefugnis [KGJ. 20 A S. 76 und OLG. Karlsruhe im Recht 05, 347]). Der auf diese Weise Bevollmächtigte kann handeln ohne Mitwirkung seiner Gesamtgenossen (so schon für das alte Recht RG. in JW. 00, 663[18]). Eine solche Vollmacht muß von soviel Personen, als zur Vertretung der Gesellschaft erforderlich ist, erteilt werden; unter Umständen ist die Mitwirkung des zu Bevollmächtigenden nötig (KGJ. 20 A S. 76; vgl. auch KGJ. 21 A S. 106). Eine solche Ermächtigung hat die Natur und demgemäß auch den Umfang einer Handlungsvollmacht und ist folgeweise auch wie diese widerruflich (also durch den Vorstand als solchen). Anm. 7.

Auf solcher Ermächtigung beruht z. B. die Gültigkeit der von einem Gesamtvertreter auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossenen Börsengeschäfte. Auch eine Postvollmacht können daher die gesamtberechtigten Vorstandsmitglieder einem von ihnen übertragen (vgl. Anm. 13 zu § 48). Ein weiteres Beispiel wäre die Ermächtigung eines Vorstandsmitgliedes zur Ausstellung von Quittungen. Anm. 8.

Die Ermächtigung bedarf natürlich keiner Form: bloßes Dulden kann genügen. Ja nach der D. 150 kommt insbesondere der Fall in Betracht, daß die selbständige Vornahme bestimmter Geschäfte durch ein einzelnes Vorstandsmitglied von den übrigen Mitgliedern fortgesetzt geduldet wird. Diese Duldung der Geschäftsführung ist aber nur dann als Bevollmächtigung zu betrachten, wenn eine derartige Geschäftsführung die Grenzen der Handlungsvollmacht ersichtlich macht (RG. 48, 56). Anm. 9.

Dabei ist aber überall darauf aufmerksam zu machen, daß, weil eben eine solche Ermächtigung eine gewöhnliche Vollmacht ist und der Ermächtigte nicht als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft auftritt, auch die Vorschrift des § 174 BGB. Platz greift. Nach dieser ist, wenn ein Bevollmächtigter ein einseitiges Rechtsgeschäft einem andern gegenüber vornimmt, dies unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Nur dann ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den andern von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat (vgl. hierüber Anm. 15 zu § 54 und Habicht in JW. 01, 773). Anm. 10.

f) Außerdem wird eine eigenmächtige Handlung eines Gesamtvertreters durch nachträgliche Zustimmung der vertretungsberechtigten anderen Gesamtvertreter da wirksam, wenn nach der Natur des betreffenden Rechtsaktes solche Genehmigung ausreicht. Nicht immer ist dies der Fall. Handelt es sich z. B. um die Teilnahme der Aktiengesellschaft an der Generalversammlung einer anderen Aktiengesellschaft, so muß die Stimmabgabe seitens der Gesamtvertreter gemeinsam geschehen. Würde nur der eine erscheinen, der andere nachträglich die Stimmabgabe genehmigen, so reichte das, weil dem Wesen der Abstimmung zuwider, nicht aus. Das gleiche gilt bei Formalakten, wie Auflassungen, notwendig schriftlichen Verträgen, Wechselerklärungen. Doch ist dabei zu berücksichtigen, daß gemäß § 177 BGB. auch Formalakte durch nachträgliche Genehmigung des Machtgebers gültig werden können. Eine Auflassung, eine Wechselerklärung also können, wenn sie von einem nur Gesamtberechtigten abgegeben, daher zunächst ungültig sind, gültig werden, wenn die Gesellschaft, d. h. vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder, sie genehmigen (RG. in JW. 01, 518[9] und Staub GmbH. Anm. 18 zu § 35). Anm. 11.

§ 232. Anm. 12. g) **Und endlich kann der Gesamtvertreter auch gesetzliche Vertretungsbefugnis zu gewissen Handlungen haben.** So hebt Abs. 1 Satz 3 unseres Paragraphen hervor, daß **zur Entgegennahme von empfangsbedürftigen Willenserklärungen** jeder einzelne von mehreren Gesamtvertretern legitimiert ist. Diese gesetzliche Einzelbefugnis kann auch nicht durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden (§§ 28 Abs. 2, 40 BGB.). Beispiele: Entgegennahme von Vertragsofferten, Kündigungen, Mängelanzeigen, Entgegennahme der Zahlungsaufforderung bei Wechselprotesten (RG. 53, 227).

Anm. 13. Zugleich liegt hierin ein durchschlagendes Argument für die schon unter dem früheren Recht herrschend gewesene Ansicht, daß, **wo es auf das Wissen einer Tatsache ankommt**, die Kenntnis auch nur eines Gesamtvertreters genügt, um die Unredlichkeit der Gesellschaft zu begründen (Rechtsprechung hierfür s. Anm. 9 zu § 48). Haben daher zwei gesamtberechtigte Vorstandsmitglieder einen Rechtsakt für die Gesellschaft vorgenommen, und fällt auch nur einem von ihnen betrügliches Verhalten zur Last, so hat die Gesellschaft dies zu vertreten (RG. in JW. 99, 46). Vom Wissenmüssen gilt das gleiche nicht. Der gleiche Grundsatz kommt bei der Haftung der Gesellschaft für Handlungen ihrer Vorstandsmitglieder aus § 31 BGB. zur Anwendung (RG. 57, 93 und in JW. 05, 167 [6]).

Anm. 14. h) **Über die Form, wie die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter die Firma zu zeichnen haben**, s. zu § 233.

Anm. 15. II. **Von der Regel der Gesamtvertretung aller Vorstandsmitglieder gibt es zwei Ausnahmen:** einmal die **Einzelvertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder** und zweitens die **Vertretungsbefugnis gemeinsam mit einem Prokuristen.**

1. **Jede dieser beiden Ausnahmen kann vom Statut direkt oder vom Aufsichtsrat kraft statutarischer Delegation angeordnet sein** (Abs. 1 und 2). Diese statutarische Delegationsfreiheit ist zwar dahin ausgedrückt, daß der Aufsichtsrat „einzelnen Vorstandsmitgliedern die alleinige Vertretungsbefugnis verleihen" kann. Aber daraus folgt doch ohne weiteres, daß er auch allen einzelnen Vorstandsmitgliedern diese Befugnis verleihen kann.

Anm. 16. 2. **Die erste Ausnahme ist die Einzelvertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder.** Diese kann für jedes einzelne Vorstandsmitglied oder auch für einzelne angeordnet werden. Das solchergestalt zur Einzelvertretung befugte Vorstandsmitglied vertritt die Gesellschaft in Gemäßheit der §§ 231 und 235 Abs. 2.

Anm. 17. 3. **Die zweite Ausnahme ist die Befugnis zur Vertretung durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen.** Man kann dies auch als eine Abart der Gesamtvertretung bezeichnen. — Die Zulässigkeit dieser Abart war früher zweifelhaft (vgl. unsere 5. Aufl. § 4 zu Art. 43; vom Reichsgericht war sie aber bejaht, RG. 40, 17). — Wie die D. 150 hervorhebt, sollte hier die entsprechende Bestimmung getroffen werden, wie im § 125. Auch hier sollte die statutarische Anordnung zugelassen werden, „daß die einzelnen Vorstandsmitglieder nicht nur mit anderen Vorstandsmitgliedern, sondern auch mit einem Prokuristen zusammen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen". Danach sind zulässig folgende Kombinationen: Direktor A und Direktor B vertreten die Gesellschaft gemeinsam, Direktor B außerdem auch noch zusammen mit einem Prokuristen; oder Direktor A vertritt die Gesellschaft allein, Direktor B nur zusammen mit einem Prokuristen; oder Direktor A und Direktor B können die Gesellschaft gemeinsam oder jeder zusammen mit einem Prokuristen vertreten. Unzulässig ist dagegen, zu bestimmen, daß, wenn nur ein Vorstandsmitglied vorhanden ist, dies nur mit einem Prokuristen, oder, wenn mehrere vorhanden sind, jeder nur mit einem Prokuristen zusammen vertreten kann (vgl. Anm. 15 zu § 125). Die Unzulässigkeit folgt zwar nicht aus den Worten des Gesetzes, wohl aber aus dem in § 231 niedergelegten Begriff des Vorstands als gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft (vgl. auch § 235 Abs. 2). Es müssen danach, solange Vorstandsmitglieder vorhanden sind, diese ohne Mitwirkung anderer Personen in der Lage sein, die Gesellschaft zu vertreten. Dies ist jetzt allgemeine Ansicht (Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 12; Pinner bei Holdheim 8, 257 und Aktienrecht 145; Weber in RheinNotZ. 33, 74; ferner

RGJ. 20 A S. 30, 29 A S. 97 und LG. Berlin I bei Holdheim 9, 117. Die entgegengesetzte Ansicht der 6./7. Aufl. ist von Staub GmbH. Anm. 22 zu § 85 aufgegeben).

Anm. 18. Die Bestimmung, daß das Zusammenwirken mit einem Handlungsbevollmächtigten oder einem Aufsichtsratsmitgliede zu geschehen habe, ist unzulässig.

Anm. 19. Über diese Gesamtvertretung mit einem Prokuristen ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

a) Auch diese Abart der Gesamtvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Es gilt hier alles, was Anm. 2 gesagt ist. Der Umfang der Vertretungsbefugnis ist nicht der der Prokura, sondern der der Vollmacht des Vorstandes (vgl. hierüber Anm. 16 zu § 125; besonders RGJ. 15, 98).

b) Über die Ausübung der gemeinsamen Vertretungsbefugnis gilt das Anm. 4 Gesagte. Anm. 20.

c) Über den Beweis der Mitwirkung der Gesamtvertreter gilt das Anm. 5 Gesagte. Anm. 21.

d) Über die Folgen des unbefugten Alleinhandelns eines Gesamtvertreters gilt das Anm. 6 Gesagte. Anm. 22.

e) Die Zulässigkeit der Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch die anderen gilt auch hier. Das schreibt Abs. 2 letzter Satz ausdrücklich vor. Vgl. daher Anm. 7 ff. Anm. 23.

f) Über die nachträgliche Zustimmung Anm. 11. Anm. 24.

g) Über gesetzliche Einzelvertretungsbefugnis des Gesamtvertreters Anm. 12. Anm. 25.

h) Über die Form der Firmenzeichnung durch die beiden Gesamtvertreter gilt § 233. Anm. 26.

III. Auch **Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte** können die Gesellschaft innerhalb der Grenzen ihrer Vollmacht vertreten. Sie sind aber keine gesetzlichen Vertreter. Es ist daher z. B. unzulässig, im rubrum einer Klage zu sagen: „Die Aktiengesellschaft, vertreten durch das Vorstandsmitglied A und den Prokuristen B" (RG. bei Bauer 12, 23); der Prokurist kann ferner, trotzdem er im konkreten Fall die Prozeßvollmacht mit unterzeichnet hat, als Zeuge vernommen werden (Bondi in SächsA. 12, 12; dagegen LG. Dresden bei Bauer 9, 149). Anm. 27.

Da in das Statut nur die Anordnung der gesetzlichen Vertretung gehört, ist es unzulässig, wie Adelmann (in BayZeitschr. 1, 54) mit Recht rügt, im Statut zu bestimmen: Die Gesellschaft wird durch zwei Mitglieder des Vorstands, oder durch ein Mitglied im Verein mit einem Prokuristen, oder durch zwei Prokuristen vertreten.

Letzteres gehört nicht in das Statut. Will dies bestimmen, daß der Vorstand nur Gesamtprokuren erteilen darf, so ist es korrekter zu sagen: Einzelprokuren darf der Vorstand nicht erteilen.

Anm. 28. **Zusatz 1. Für die Geschäftsführungsbefugnis (nach innen) gilt ebenfalls die Gesamtbefugnis als Regel.** Die Vorschrift des § 28 BGB., nach der die Beschlußfassung des Vorstandes eines Vereins im Zweifel nach Stimmenmehrheit erfolgt, findet bei der Aktiengesellschaft auch in betreff der Geschäftsführung keine Anwendung (D. 150). Das folgt aus dem Zusammenhange der aktienrechtlichen Vorschriften (vgl. Anm. 8 zu § 231).

Ebenso aber gilt hier die Regel, daß, wenn das Statut Einzelvertretungen vorschreibt, über die Geschäftsführung aber nichts besonderes bestimmt, dies auch für die Geschäftsführung gilt. Die gleichen Wirkungen hat auch eine Anordnung des Aufsichtsrats über die Vertretung.

Wie aber, wenn das Statut Gesamtvertretung zusammen mit einem Prokuristen anordnet? Auch hier muß hinsichtlich der Geschäftsführung das gleiche gelten.

Anm. 29. **Zusatz 2. Über den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes überhaupt** s. Anm. 4 zu § 231.

Zusatz 3. Die Rechtswirkungen der von dem Vorstande vorgenommenen Rechtshandlungen.

1. Eine besondere Vorschrift hierüber ist nicht gegeben. Früher regelte Art. 230 den Gegenstand. Dieser ist jetzt als überflüssig fortgefallen, da § 164 BGB. für alle Fälle der Vertretungsmacht, also auch für die Fälle der gesetzlichen Vertretung, die gemeinsame Vorschrift gibt.

2. Dieser § 164 BGB. ist bereits im Exkurse zu § 58 (Anm. 1—9) erläutert. Es wird auf die dortigen Erläuterungen verwiesen. Hier wird zusätzlich folgendes bemerkt: Anm. 30.

§ 232. a) **Der erste, aus § 164 BGB. sich ergebende Grundsatz ist, daß die vom Vorstande innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft abgegebenen Willenserklärungen für und gegen die Aktiengesellschaft wirken.**

Vom Vorstande, d. h. von so vielen Vorstandsmitgliedern, als zur Vertretung befugt sind, ev. von diesen gemeinsam mit einem Prokuristen, für den Fall, daß die Vertretungsbefugnis in dieser Weise geregelt ist, muß die Willenserklärung abgegeben sein.

Anm. 31. Im Namen der Gesellschaft muß die Erklärung abgegeben sein. Dabei ist jedoch auch hier hervorzuheben, daß im praktischen Rechtsverkehr auch die Vorstände der Aktiengesellschaften bei ihren geschäftlichen Verhandlungen sich mit der Gesellschaft oft identifizieren und sich als von ihrer eigenen Person redend einführen, obwohl sie ihre Erklärungen im Namen der Gesellschaft abgeben wollen. Redewendungen, wie „ich verspreche Ihnen", „ich garantiere Ihnen", „ich zahle die Pacht", „ich rate Ihnen" schließen ein Handeln im Namen der Gesellschaft nicht aus (ROHG. 17, 98; 18, 296; OLG. Königsberg bei Bauer 10, 10).

Anm. 32. Innerhalb der Vertretungsmacht muß die Erklärung abgegeben werden. Die Hervorhebung hat hier geringere Bedeutung, weil der Vorstand eine nahezu unbegrenzte Vertretungsmacht hat. Ganz gegenstandslos ist die Hervorhebung auch hier nicht. Denn völlig schrankenlos ist auch die Vollmacht des Vorstandes nicht (vgl. Anm. 4 zu § 231).

Anm. 33. Die Wirkungen treffen die Gesellschaft. Sie wird berechtigt und verpflichtet und kann dabei einerseits die Mängel der Willenserklärungen aus der Person der handelnden Vorstandsmitglieder für sich geltend machen, muß aber andrerseits Betrug, Zwang, Irrtum, verübt von ihren gesetzlichen Vertretern, mit einem Worte jede Verschuldung bei Eingehung oder Ausführung von Rechtsgeschäften, die ihre gesetzlichen Vertreter trifft, als ihre eigene gegen sich gelten lassen und die Folgen über sich ergehen lassen, die die Gesetze an die Verschuldung knüpfen (vgl. §§ 166, 278 BGB.; auch RG. 8, 236; ferner Anm. 26—34 im Exk. zu § 58). Hier bezieht sich die Haftung der Gesellschaft auch auf außerkontraktlichen Schaden, den die Vorstandsmitglieder anrichten (vgl. unten Anm. 37).

Anm. 34. Die Wirkungen treffen nur die Gesellschaft, also weder die Vorstandsmitglieder selbst, noch die Aktionäre. Daß die Wirkungen den Vorstand selbst nicht treffen, war früher in Art. 241 ausdrücklich gesagt. Jetzt ist diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen. Soweit Delikte vorliegen, haftet aber der Vorstand auch selbst (vgl. unten Anm. 46).

Anm. 35. b) **Der zweite, aus § 164 BGB. sich ergebende Grundsatz ist, daß dem ausdrücklichen Kontrahieren für die Gesellschaft das konkludente Kontrahieren gleichsteht.** Näheres hierüber Anm. 7 im Exkurse zu § 58.

Anm. 36. c) **Der dritte, aus § 164 BGB. sich ergebende Grundsatz ist, daß alles das entsprechend auch für Willenserklärungen gilt, die der Gesellschaft gegenüber abzugeben sind.** Indessen ist in dieser Hinsicht darauf aufmerksam zu machen, daß zur Entgegennahme von Willenserklärungen auch einer von mehreren Vertretern, die sonst nur gemeinsam zu vertreten befugt sind, genügt (§ 232 Abs. 1 Satz 3; vgl. oben Anm. 12).

Anm. 37. **Zusatz 4. Haftung der Aktiengesellschaft für Delikte ihres Vorstandes.** Schon früher ist angenommen worden, daß alle juristischen Personen, also auch die Aktiengesellschaft, für außerkontraktlichen Schaden, den ihre gesetzlichen Vertreter stiften, haften (Bolze 10 Nr. 541; RG. 22, 259). Jetzt folgt dies aus § 31 BGB., dessen Anwendung auf die Aktiengesellschaft auch von den Anhängern der hier vertretenen Ansicht, daß die Vorschriften über Vereine an sich nicht auf Aktiengesellschaften Anwendung finden, nicht bestritten wird (vgl. Anm. 18 zu § 178; RG. 57, 93, und JW. 03 Beil. S. 39).

Anm. 38. Nach § 31 haftet aber die Gesellschaft nur für die Handlungen **ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter**, d. h. der Vorstandsmitglieder. Es ist aber die Gesellschaft für die Handlungen des Vorstandes haftbar, gleichviel ob diese zu Willenserklärungen oder zu technischen Diensten berufen sind (Dernburg I § 67 IV; RG. 57, 42).

Anm. 39. Als Handlung im Sinne des § 31 sind auch **Unterlassungen** zu verstehen (RG. in ElsLothZ. 29, 189).

Die Haftung ist eine derartige, daß die Gesellschaft für die Handlungen ihrer Vertreter, wie für eigene Handlungen haftet (für altes Recht JW. 00, 807[6]); jedoch muß die Handlung bei Ausübung der dem Vorstand zustehenden Verrichtungen begangen sein. Soweit das Vorstandsmitglied außerhalb dieser Verrichtungen etwas tut, haftet die Gesellschaft nicht. § 232. Anm. 40.

Bei gesamtberechtigten Vorstandsmitgliedern genügt das Delikt eines Gesamtvertreters (RG. 57, 93). Anm. 41.

Die Haftung kann durch Statut nicht beseitigt oder beschränkt werden (§ 40 BGB.). Anm. 42.

Über Haftung bei Aktienzeichnung vgl. Anm. 25 zu § 189; über Haftung bei Rat und Empfehlung RG. bei Holdheim 12, 151 und Erl. zu § 349. Anm. 43.

Hierbei ist zu bemerken, daß die Tendenz des RG. augenscheinlich dahin geht, den Ausschluß der Haftbarkeit der Gesellschaft, der ursprünglich aus der öffentlich-rechtlichen Natur der Zeichnung gefolgert wurde, auch auf weitere Fälle auszudehnen. Schon in der Entscheidung Bd. 54, 128 spricht das höchste Gericht den Grundsatz aus, daß die Gesellschaft nicht nur dann nicht hafte, wenn jemand durch Vorspiegelungen des Vorstandes zur Zeichnung von Aktien bestimmt, sondern auch dann nicht, wenn eine derartige betrügliche Verleitung zum Ankauf von Aktien erfolgt sei. In der Entscheidung JW. 06, 32[42] wird dies bestätigt und noch dahin ergänzt, daß ein Schadensersatzanspruch auch ausgeschlossen sei, wenn eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktien als Kommissionärin für einen andern angeschafft und ihm hierbei falsche Vorspiegelungen gemacht hat.

Diese Ausdehnung eines an sich richtigen Prinzips (die allerdings von Sievert in DJZ. 03, 88 verfochten wird), kann nicht gebilligt werden (vgl. die eingehende Erörterung des letztzitierten Urteils im Plutus 06, 125). An sich haftet die Gesellschaft gemäß § 31 BGB. für die Handlungen ihrer Organe. Diese Haftung fällt fort, soweit aktienrechtliche Grundsätze entgegenstehen. Ein derartiger Grundsatz ist die öffentlich-rechtliche Natur der durch die Zeichnung erfolgenden Beschaffung des Kapitals der Gesellschaft. Diese durch die Eintragung öffentlich bekannt gegebene Tatsache der Anfechtung zu unterwerfen, hieße die Grundlagen der Gesellschaft aufgeben (vgl. Anm. 25 zu § 189). Der Zeichner steht der Gesellschaft ausschließlich als Gesellschafter gegenüber; der gegen ihn verübte Betrug trifft ihn lediglich in dieser Eigenschaft; er erwirbt daher durch ihn keine Gläubigerrechte gegen die Gesellschaft. Anders aber, wenn jemand bereits vorhandene Aktien, auf die die Einzahlung rechtsgültig geleistet ist, von den bisherigen Aktionären, wenn auch durch Vermittelung der Gesellschaft, erwirbt. Auch dieser wird Aktionär, aber — und dies ist der wesentliche Punkt — er wird es nicht durch eine gesellschaftliche Handlung, sondern durch einen Vertrag, der sich in nichts von anderen Verträgen mit der Gesellschaft unterscheidet. Allerdings wird auch durch Schadensersatzansprüche dieser Art das Vermögen der Gesellschaft vermindert und es werden dadurch die Gläubiger geschädigt. Sie werden es aber nicht, weil sie auf einen aktienrechtlichen Grundsatz, nämlich die Nichtanfechtbarkeit der erfolgten Zeichnung, sich verlassen haben, sondern lediglich, weil der Vorstand eine Handlung einem Dritten, nämlich dem Erwerber von Aktien gegenüber, begangen hat, für die die Gesellschaft haftet. Jeder, der einer Aktiengesellschaft Kredit gibt, weiß, daß die Gesellschaft, und damit er selbst, z. B. durch Unterschlagungen des Vorstandes, geschädigt werden kann; was für diese Fälle gilt, muß auch für den gleichliegenden Fall gelten, daß die Gesellschaft durch sonstige dolose oder fahrlässige Handlungen des Vorstandes geschädigt wird. Ob es sich hierbei um fremde oder eigene Aktien der Gesellschaft handelt, kann einen Unterschied nicht machen.

Demnach ist gegenüber dem RG. festzustellen, daß es ein Grundsatz des Aktienrechts öffentlich-rechtlicher Natur ist, daß das durch die Zeichnung gedeckte Aktienkapital der Anfechtung des Zeichnenden entzogen wird; nicht aber, daß das einmal vorhandene Kapital nicht später durch Handlungen des Vorstandes, für die die Gesellschaft haftet, vermindert wird.

Auf andere als Vorstandsmitglieder, insbesondere also auf Angestellte, findet § 31 BGB. keine Anwendung; vielmehr regelt sich die Haftbarkeit der Gesellschaft für deren Handlungen nach §§ 278, 831 BGB. (BayObLG. 3, 25 und 50). Anm. 44.

§ 232. Natürlich haftet die Gesellschaft auch für **Besitzstörungen**, die der Vorstand in Ausübung seiner Funktionen begeht (RG. 15, 182).

Anm. 45. **Strafrechtlich verantwortlich** ist die Gesellschaft **nicht** (vgl. Anm. 5 zu § 210). Auch zu Geldstrafen kann sie nicht verurteilt werden (ROHG. 8, 204; 13, 290; 21, 360; RGSt. 5, 182). Vielmehr sind für die strafrechtlichen Folgen die Vorstandsmitglieder selbst nach Maßgabe der Strafgesetze verantwortlich, soweit in ihrer Person und in ihrem Tun der gesamte Tatbestand der strafbaren Handlung enthalten ist (RGSt. 34, 378). Eine allgemeine Fiktion, daß der Vorstand als Täter zu bestrafen sei, besteht nicht, vielmehr muß er entweder als Täter, Teilnehmer usw. der strafbaren Handlung erscheinen, oder die Strafbarkeit ohne Rücksicht auf seine Täterschaft gesetzlich vorgeschrieben sein (OLG. Karlsruhe bei Bauer 8, 171). Jedoch haften die Vorstandsmitglieder für die Stempelkontraventionen im Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte, auch wenn sie mit dem betreffenden Geschäft selbst nicht befaßt waren (RG. in JW. 86, 108; über Haftung bei Wechselsteuerkontravention RGSt. 37, 393). Ebenso hat von den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft ein jeder, ohne Rücksicht auf die etwa unter einander getroffene Geschäftsverteilung, der Behörde gegenüber die Verpflichtung, für die gesetzlich vorgeschriebene rechtzeitige Anmeldung des Gewerbebetriebes zu sorgen und macht sich durch Verabsäumung dieser Pflicht strafbar (KGJ. 7, 213). Die gleiche Verantwortlichkeit trifft die Mitglieder des Vorstandes für die Übertretung polizeilicher Vorschriften im Gewerbebetrieb der Aktiengesellschaft (RGSt. 29, 28 und 33, 261). Über Haftung nach § 79 BörsG. vgl. RGSt. 34, 378.

Anm. 46. **Übrigens haftet der Vorstand selbst aus seinen Delikten auch zivilrechtlich**, selbst wenn er sie für die Gesellschaft begangen hat, und zwar solidarisch neben der Gesellschaft (RG. 30, 44; vgl. Anm. 33 im Exk. zu § 58).

Aber Voraussetzung der zivirechtlichen Haftung für außervertraglichen Schaden sowohl für die Gesellschaft, als für den Vorstand ist, daß der Tatbestand einer außerkontraktlichen Haftung nach den Vorschriften der §§ 823 ff. BGB. vorliegt. Insbesondere ist grundsätzlich, d. h. wenn der Normalfall des § 823 BGB. vorliegt, eine schuldhafte Rechtsverletzung erforderlich, also entweder nach Abs. 1 dieses Paragraphen ein direkter schuldhafter Eingriff in das Recht des geschädigten Dritten oder aber nach Abs. 2 dieses Paragraphen eine schuldhafte Verletzung eines zum Schutz des Geschädigten erlassenen Verbots. Andererseits genügt keineswegs das bloße Vorliegen einer fahrlässigen Handlungsweise, um jedem Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig zu erscheinen (vgl. nach früherem Recht RG. 30, 47; für jetziges Recht RG. 51, 93). Soll vielmehr der Vorstand aus § 823 dem Dritten haften, so muß ein Schutzverhältnis zwischen dem Dritten und dem Vorstand bestehen und dieses verletzt sein (vgl. näheres Anm. 22 ff. zu § 241).

Anm. 47. **Zusatz 5. Wer sich fälschlich als vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied ausgibt**, und namens der Gesellschaft kontrahiert, obwohl er keine oder keine alleinige Vertretungsmacht hat, ist Pseudovertreter und haftet dem Dritten nach § 179 BGB. Über diese Haftung siehe ausführlich Anm. 39 ff. im Exkurse zu § 58.

Anm. 48. **Zusatz 6. Rechtsgeschäfte des Vorstandes mit sich selbst**, d. h. namens der Gesellschaft einerseits mit seiner Person andererseits. Diese sind gemäß § 181 BGB. begrifflich nicht ausgeschlossen, aber regelmäßig nicht gestattet. Näheres hierüber Anm. 10—15 im Exk. zu § 58 (und RG. bei Holdheim 15, 18, das auch die Gestattung durch konkludente Handlungen für ausreichend erachtet). Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 181 BGB. ist es auch gestattet, daß zwei gesamtberechtigte Vorstandsmitglieder mit einem von ihnen namens der Gesellschaft kontrahieren.

Anm. 49. Schwierig kann die Sache werden, wenn der Vorstand die Gesellschaft verklagen will. Eine Zustellung an sich selbst ist nicht statthaft (§ 185 CPO.; RG. 7, 405). Dagegen ist es zulässig, daß die Zustellung zu Händen sonstiger Beamten, zu deren Händen die Ersatzzustellung erfolgen kann, erfolgt. Beim Mangel dieser wird unter den Voraussetzungen des § 57 CPO. schlimmstenfalls ein Prozeßpfleger bestellt werden müssen. Gelingt die Zustellung, so hat die Gesellschaft für ihre Vertretung in solchem Prozesse selbst Sorge zu tragen.

§ 233.

Der Vorstand hat in der Weise zu zeichnen, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Namensunterschrift hinzufügen. § 233.

Der vorliegende Paragraph schreibt vor, in welcher Weise der Vorstand die Firma zu zeichnen hat.

1. **Die hier gegebene gesetzliche Vorschrift bezieht sich nur auf das Verhältnis nach außen.** Sie ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, sie geht parallel mit der für die Prokura gegebenen Vorschrift des § 51 (vgl. die Erläuterungen zu diesem Paragraphen). Keineswegs besagt die Vorschrift, daß der Vorstand nur in dieser Form seine schriftlichen Erklärungen abgeben könnte, vielmehr gilt jede schriftliche Erklärung als gültig, welche den Willen, für die Gesellschaft zu zeichnen, deutlich ergibt (vgl. Anm. 35 zu § 232). Anm. 1.

   Bei **Formalakten** gelten strengere Erfordernisse, jedoch nur insofern, als die Firma möglichst genau gezeichnet sein muß. Dagegen ist im übrigen auch bei diesen Akten die Vorschrift des § 233 lediglich instruktionell (vgl. RG. 50, 60). Darüber, ob bei Wechseln die Firma geschrieben sein muß oder ob ein Stempelaufdruck mit Namensunterschrift des Ausstellers genügt, vgl. Anm. 4 zu § 108. Anm. 2.

   Die hier gegebene Vorschrift gilt entsprechend auch für das Verhältnis nach innen, also z. B. für Einladungen oder Zahlungsaufforderungen an die Aktionäre. Aber auch in dieser Hinsicht hat sie lediglich instruktionelle Bedeutung: Wenn nur deutlich ersichtlich ist, daß die Erklärung von der Gesellschaft ausgeht, so gilt sie (vgl. Anm. 12 zu § 218). Anm. 3.

2. **Auch das Statut kann die Form vorschreiben, wie der Vorstand zu zeichnen hat.** Und das geschieht sehr häufig, sei es in Abweichung von § 233, oder so, daß die vorliegende Vorschrift näher ausgeführt und festgesetzt wird, z. B. dahin, daß lediglich die Firma und die Namensunterschrift des Vorstandes zu zeichnen ist usw. Auch solche statutarischen Vorschriften haben **nach außen** lediglich instruktionelle Bedeutung. Der Gesellschaftsvertrag kann nicht mit bindender Wirkung nach außen bestimmen, in welcher Form die Vorstandsmitglieder zu zeichnen haben. Würde z. B. der Gesellschaftsvertrag anordnen, daß der Vorstand nur in schriftlicher Form die Gesellschaft verpflichten könne, so verstieße dies gegen den nicht ausdrücklich ausgesprochenen, aber dem Gesetze innewohnenden Grundsatz der Formfreiheit der Verträge und es wäre dies außerdem eine dem Dritten gegenüber unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugnis (ROHG. 16, 34; RG. in Blums Annalen 2, 9). Unwirksam ist es ferner, wenn der Gesellschaftsvertrag auch nur anordnet, daß die schriftlichen Willenserklärungen des Vorstandes eine bestimmte Form haben müssen, um nach außen rechtsverbindlich zu sein (ROHG. 18, 341). Ja selbst eine Bestimmung, daß Willenserklärungen, die nach dem Gesetze nur in schriftlicher Form gültig sind, in bestimmter Form gezeichnet werden müssen, würde gegen § 235 Abs. 2 verstoßen. Anm. 4.

   Aber auch nach innen, d. h. im Verkehr des Vorstandes mit den Aktionären, wird man solchen statutarischen Vorschriften der Regel nach nur instruktionelle Bedeutung beilegen können. Freilich kann das Statut der Beobachtung solcher Vorschriften auch eine höhere Bedeutung beilegen. Aber daß dies der Fall ist, muß besonders erhellen. Für die Regel wird man annehmen müssen, daß auch hier die Willenserklärungen gültig sind, wenn sie sich deutlich erkennbar als Willenserklärungen des Vorstandes im Namen der Gesellschaft darstellen. Insbesondere werden geringe Abweichungen von der vorgeschriebenen Form, wenn sie jene Erkennbarkeit nicht beeinträchtigen, als unerheblich zu betrachten sein (RG. 34, 113). Anm. 5.

3. **Die hier gegebene Ordnungsvorschrift wird, da sie eben nur Ordnungsvorschrift ist, in der Praxis sehr lax aufgefaßt.** So ist es zu ihrer Erfüllung für genügend gehalten worden, wenn die Firma vorgedruckt, ja auch schon, daß die Firma oben auf dem Briefbogen Anm. 6.

§ 233. gedruckt ist (ROHG. 14, 317). Auch faksimilierte Unterschriften, wenn sie auf einer Verfügung des Vorstandes beruhen, sind zulässig, soweit die Verkehrssitte dies gestattet (RG. 14, 94).

Anm. 7. **Zusatz 1. Besondere Vorschriften darüber, wie im Falle der Gesamtvertretung die Zeichnung zu bewirken ist, sind nicht gegeben.** Vgl. hierüber Anm. 4 zu § 108.

Anm. 8. **Zusatz 2. Wie der Aufsichtsrat seine schriftlichen Erklärungen zeichnet,** ist nicht gesagt. Die Statuten treffen hierüber oft Bestimmungen, die aber ebenfalls nach außen stets, nach innen regelmäßig nur Ordnungsvorschriften, nicht Gültigkeitserfordernisse sind.

§ 234.

§ 234. Jede Aenderung des Vorstandes oder der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes sowie eine auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 von dem Aufsichtsrathe getroffene Anordnung ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Aenderung oder Anordnung beizufügen. Diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Änderung im Personalbestande und in der Vertretungsbefugnis des Vorstandes an.

Anm. 1. 1. **Was ist anzumelden?** Jede Änderung im Personalbestande oder in der Vertretungsbefugnis; nicht die Beilegung eines Titels, z. B. Generaldirektor (KGJ. 20 A S. 269); nicht die Änderung des Wohnsitzes eines Vorstandsmitgliedes (KG. in KGJ. 29 A S. 214). Die Anmeldung des ersten Vorstandes liegt in der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages. Wechselt später der Personalbestand des Vorstandes, scheidet ein Vorstandsmitglied aus, sei es durch Niederlegung oder durch Abberufung, oder durch Zeitablauf, oder Tod, oder tritt ein neues Vorstandsmitglied hinzu, so muß in allen diesen Fällen die Anmeldung erfolgen. Nicht dagegen ist Anmeldung zu bewirken, wenn ein Vorstandsmitglied wieder bestellt wird, ehe es noch gelöscht worden ist. Wechselt ferner die Art der Vertretungsbefugnis, so ist auch dies anzumelden. Hervorgehoben ist ferner, daß auch eine auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 getroffene Anordnung des Aufsichtsrats anzumelden ist, d. h. eine Anordnung dahin, daß die Vorstandsmitglieder einzeln oder gemeinsam mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten dürfen. Nicht erwähnt ist hier ausdrücklich, daß auch eine durch Gesellschaftsvertrag direkt getroffene Anordnung dieser Art einzutragen ist. Allein das folgt für den ersten Vorstand aus § 198 Abs. 2, für jede durch den Gesellschaftsvertrag direkt getroffene Abänderung nach dieser Richtung aber ist es im Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen implicite vorgeschrieben. — Nicht einzutragen ist, wenn gemäß § 232 Abs. 1 Satz 2 der Vorstand einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder Geschäftsarten ermächtigt hat. Das ist eine Handlungsvollmacht (Anm. 7 zu § 232), und Handlungsvollmachten werden nicht eingetragen.

Anm. 2. 2. **Wer meldet an?** Der Vorstand. Es ist also hier nicht, wie an anderen Stellen (z. B. §§ 195 und 201) gesagt: sämtliche Mitglieder des Vorstandes. Mithin brauchen nur so viele Mitglieder mitzuwirken, als zur Vertretung der Gesellschaft erforderlich sind. — Das ausscheidende Mitglied hat jedenfalls nicht mitzuwirken, weil es zu dieser Zeit die Vertretungsbefugnis nicht mehr besitzt. Das neugewählte Mitglied kann sich demnach selbst anmelden und zwar allein, wenn es allein vertretungsberechtigt, mit anderen, wenn es gesamtberechtigt ist. — Ist infolge der eingetretenen Veränderung der Vorstand nicht mehr so zusammengesetzt, daß er zur Vertretung der Gesellschaft legitimiert ist, so muß erst die Ergänzung des Vorstandes erfolgen, ehe die Anmeldung bewirkt werden kann (anders LG. I Berlin in KGBl.

96, 54, wonach das einzige Vorstandsmitglied, wenn es sein Amt niederlegt, seine Löschung anmelden kann). Nach unserer Ansicht hat also, wenn das einzige Vorstandsmitglied abberufen wird, der alsdann bestellte Vorstand das Aufhören der Vorstandschaft des abberufenen und die Bestellung des neuen Vorstandes anzumelden (zust. Pinner 142). **§ 234.**

3. **Für die Form der Anmeldung** ist § 12 maßgebend. Hinzugefügt ist hier im Abs. 2, daß die Urkunde, durch die die Änderung bewirkt wird, also der betreffende Generalversammlungs- oder Aufsichtsratsbeschluß, Kooptationsbeschluß des Vorstandes (Anm. 20 zu § 231), in öffentlich-beglaubigter Abschrift beigefügt werden muß. Daß die Urkunde selbst, d. h. im Original öffentlich beglaubigt sein muß, ist hier nicht gesagt, auch nicht im § 12, ist aber aus diesem letzteren Paragraphen zu entnehmen (ebenso Lehmann-Ring Nr. 3; dagegen Goldmann Anm. 7; Bauer 11, 125). Das öffentlich-beglaubigte Original reicht natürlich aus. Im Fall des Todes ist öffentlich-beglaubigte Abschrift der Sterbeurkunde oder das Original einzureichen. Bei mündlicher Niederlegung des Amts genügt die Erklärung, daß das Mitglied sein Amt niedergelegt hat. Anm. 3.

Über die Zeichnung der Unterschrift, die im Abs. 3 angeordnet ist, vgl. Anm. 2ff. zu § 12. Ihre persönliche Unterschrift, nicht die Niederschrift der Firma haben sie zur Aufbewahrung zu zeichnen.

4. **Der Registerrichter hat die überreichten Urkunden zu prüfen** und zwar dahin, ob sie die nachgesuchte Eintragung rechtfertigen (KGJ. 25 A S. 255). Er hat ev. gemäß § 12 FGG. das Recht, Ermittlungen anzustellen. Anm. 4.

5. **Bei welchem Gericht ist die Anmeldung zu bewirken?** Bei dem Gerichte am Sitze der Gesellschaft und bei dem Gerichte der Zweigniederlassung (§ 13). Zu letzterer aber ist die zu 3 erwähnte Beilage nicht mit einzureichen. Anm. 5.

Über die Frage, ob für die Zweigniederlassung ein besonderer Vorstand eingetragen werden kann, s. Anm. 12 zu § 235.

6. **Über den Zwang zur Anmeldung** s. § 14. Der Zwang richtet sich gegen die Vorstandsmitglieder, nicht auch gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats. Anm. 6.

7. **Die Eintragung ist auch bekannt zu machen**; § 10 HGB. Anm. 7.

Zusatz. Über die Wirkungen der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung gegenüber Dritten ist im jetzigen HGB. nichts gesagt. Die allgemeine Vorschrift des § 15 machte eine Sondervorschrift überflüssig. Anm. 8.

Es kann demgemäß auch auf die Erläuterungen zu § 15 hingewiesen werden. Hervorgehoben wird jedoch:

a) Die Eintragung ist nicht Bedingung der Rechtsgültigkeit der Bestellung des neuen Vorstandes. **Auch der nicht eingetragene, aber rechtmäßig bestellte Vorstand ist Vorstand der Gesellschaft und als solcher legitimiert, selbst nach außen**; nur die Wirkung der Offenkundigkeit nach § 15 datiert von der Veröffentlichung (RG. 9, 91). — Das Entsprechende gilt hinsichtlich des Aufhörens der Vertretungsbefugnis des abberufenen oder niederlegenden Vorstandes: dieser ist nicht mehr legitimiert, aber der Mangel der Legitimation wird erst offenkundig mit der Veröffentlichung, bis dahin besteht der Schein der Legitimation, auf den sich der Dritte berufen kann (vgl. Anm. 10). Ebendies gilt, wenn die Vorstandsbestellung nichtig war, z. B., wenn ein Geschäftsunfähiger bestellt ist (Anm. 11 zu § 231).

b) Die Vorschriften über die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung beziehen sich auf das Verhältnis zu dritten Personen, die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten, **nicht auf das Verhältnis der Gesellschaft zum Vorstande und zu ihren Mitgliedern selbst.** Die Rechtshandlungen des Vorstandes gegenüber den Aktionären hängen nicht davon ab, daß die Aktionäre die Bestellung des Vorstandes kannten oder nicht kannten oder kennen konnten oder nicht kennen konnten. Den Aktionären gegenüber entscheidet lediglich die Bestellung, nicht die Eintragung des Vorstandes (vgl. KGJ. 3, 18). Doch sind Aktionäre, wenn sie mit der Gesellschaft selbständige Rechtsgeschäfte abschließen, Dritte (Anm. 15 zu § 235). Anm. 9.

§ 234. Anm. 10. c) Ist der Vorstand eingetragen, so kann dem Dritten, der sich mit ihm einläßt, auch nicht entgegengehalten werden, daß seine Bestellung nicht rechtsgültig oder erloschen ist (ROHG. 20, 208).

Anm. 11. d) Für den Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung gilt die Eintragung oder Nichteintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung (§ 15 Abs. 3).

Anm. 12. e) Die Eintragung des Vorstands ersetzt auch die Vorlegung einer Vollmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. Mahnung, Kündigung usw. Das Erfordernis des § 171 BGB. wird durch die Eintragung ersetzt.

§ 235.

§ 235. Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

Dritten gegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes unwirksam. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll oder daß für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsraths oder eines anderen Organs der Gesellschaft erfordert wird.

Einleitung. **Der Paragraph handelt von den Beschränkungen in den Befugnissen des Vorstandes.** Die Frage nach der Möglichkeit und Gültigkeit von Beschränkungen ist von Grund aus verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um das Verhältnis des Vorstandes nach innen, die Geschäftsführung, oder nach außen, die Vertretung, handelt. Von der ersteren Seite wird der Gegenstand in Abs. 1, von der zweiten in Abs. 2 betrachtet.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Beschränkungen in dem Verhältnisse des Vorstandes nach innen, in der Geschäftsführungsbefugnis.**

a) Zu seinem inneren Verhältnisse zur Gesellschaft ist der Vorstand eines der geschäftsführenden Organe derselben. Das oberste geschäftsführende Organ ist die Generalversammlung, ein zweites der Aufsichtsrat, das dritte der Vorstand. Dieser ist die ständige geschäftsführende Behörde (vgl. Anm. 7 zu § 231).

Anm. 2. b) In welcher Weise die Geschäftsführung ausgeübt wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Insbesondere fehlt hier für den Fall eine Vorschrift, daß mehrere Mitglieder Gesamtvertretung haben. Als Grundsatz muß hier gelten, daß die Geschäftsführungsbefugnis mit der Vertretungsbefugnis Hand in Hand geht; wer das Recht hat, die Gesellschaft allein zu vertreten, hat auch alleinige Geschäftsführungsbefugnis; gesamtvertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder sind auch zur Geschäftsführung nur gesamt befugt (vgl. Anm. 28 zu § 232).

Anm. 3. c) Außerdem aber bestimmt das Gesetz, daß die Vorstandsmitglieder gewisse Beschränkungen zu beobachten haben. Sie haben, wie dieser Paragraph hervorhebt, die Beschränkungen innezuhalten, die der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung für den Umfang seiner Befugnis, „die Gesellschaft zu vertreten", richtiger die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, festgesetzt hat. Diese Gesetzesworte reichen weiter, als sich auf den ersten Blick erkennen läßt. Denn unter den Beschränkungen, die der Gesellschaftsvertrag festsetzt, sind nicht nur die unmittelbar von ihm hervorgehobenen zu verstehen. Vielmehr kann diese Festsetzung auch darin bestehen, daß er den Vorstand in bezug auf bestimmte Geschäfte oder gar auch allgemein den Weisungen des Aufsichtsrats unterordnet (Anm. 7 zu § 231). Und dasselbe vermag auch die General-

versammlung. Zu den Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages gehören ferner auch die, die sich aus der Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens ergeben. Die Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens ist die vornehmste Beschränkung dieser Art, sie ist nicht etwa eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes (Anm. 10). Danach beantwortet sich die Frage, ob der Vorstand Grundstücke kaufen oder verkaufen, Darlehne und Obligationen aufnehmen, Bürgschaft und Schenkungen vornehmen, im Prozesse Vergleiche schließen, Schiedsverträge eingehen kann. Zu allen solchen Handlungen ist der Vorstand auch nach innen für befugt zu erachten, soweit nicht eine statutarische Beschränkung oder der statutarisch festgesetzte Gegenstand des Unternehmens das ausschließt. Er kann z. B. auch bei Aufnahme von Darlehnen und Obligationen Anteile am Reingewinn für die Gläubiger vereinbaren (vgl. jedoch Anm. 5 a. E.). Über Ausgaben ohne Äquivalent (Schenkungen, Erlasse, Verzichte, Befriedigung von juristisch nicht bestehenden, aber billigen Ansprüchen, Gaben zu milden, gemeinnützigen, patriotischen, durch die Anschauungen von Ehre und Anstand gebotenen Zwecken), vgl. zu § 312. **§ 235.**

Ferner ist zu erwähnen, daß der Vorstand nicht nur die Beschränkungen einhalten muß, die der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung ausdrücklich oder implicite aufstellen, sondern auch die Beschränkungen, die in seinem Dienstvertrage ihm auferlegt sind. Diese sind im vorliegenden Paragraphen nicht erwähnt. Anm. 4.

Endlich aber ist zu erwähnen, daß auch das Gesetz selbst dem Vorstand Beschränkungen seiner Geschäftsführungsbefugnis auferlegt (für Versicherungsgesellschaften vgl. § 65 Abs. 3 PrivVersUntGes.). Eine solche ist enthalten in der Vorschrift des § 253 Abs. 2, nach der er die Generalversammlung immer zu berufen hat, wenn das Gesellschaftsinteresse dies erfordert (über die Auslegung dieser Bestimmung vgl. zu § 253). Schließt er also ein Rechtsgeschäft selbständig ab, während das Gesellschaftsinteresse es erfordert hätte, vorher die Generalversammlung zu befragen, so überschreitet er seine Geschäftsführungsbefugnis und wird für den etwaigen Schaden verantwortlich, wenn — diese Einschränkung macht das RG. zutreffend — er das Rechtsgeschäft vornimmt in dem Bewußtsein, daß die Generalversammlung es ablehnen würde (RG. 35, 87). Anm. 5.

Durch eine Statutenbestimmung, die den Vorstand verpflichtet, den Weisungen des Aufsichtsrats zu folgen, wird er nicht unbedingt von der eigenen Verantwortung frei. Insbesondere wird dadurch die Pflicht zur eigenen Prüfung nicht aufgehoben. Entstehen jedoch bei dieser Prüfung lediglich Zweifel über die Zweckmäßigkeit der Maßregel, so wird er durch die Pflicht des Gehorsams gegenüber dem Aufsichtsrat gedeckt; nicht jedoch dann, wenn er zu der Ansicht kommt, daß die Maßregel der Gesellschaft zum offenbaren Nachteil gereicht (hierüber vgl. Anm. 8). Anm. 6.

Wie nun, wenn die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat Ungesetzliches oder Statutenwidriges vom Vorstande verlangen? Der Gesellschaft gegenüber ist er durch die Weisung gedeckt, nicht aber den Gläubigern gegenüber (§ 241 Abs. 4). Wegen der letzteren Verantwortlichkeit ist ihm auch das Anfechtungsrecht gegeben (§ 271). Da er sich aber der Gefahr der Haftung gegen die Gläubiger aussetzt, so kann er nicht für verpflichtet gehalten werden, derartige Beschlüsse auszuführen, kann vielmehr, wenn auf der Ausführung solcher Beschlüsse bestanden wird, aus diesem Grunde sofort kündigen und ev. seine Rechte aus dem Dienstvertrage verfolgen. Anm. 7.

Verlangt der Aufsichtsrat vom Vorstand eine Handlung, die die Gesellschaft offensichtlich zu schädigen geeignet ist, so darf der Vorstand, sie mag an sich dem Gesetze oder den Statuten entsprechen oder nicht, nicht Folge leisten; er hat vielmehr in solchem Falle gemäß § 253 Abs. 2 eine Generalversammlung einzuberufen und diese zu befragen. Der Generalversammlung dagegen kann er auch in solchem Falle gehorchen, ohne der Gesellschaft schadensersatzpflichtig zu werden. Dagegen wird die Regreßpflicht gegenüber den Gläubigern in den bestimmten Fällen (§ 241 Abs. 4) durch einen Beschluß der Generalversammlung nicht beseitigt. Anm. 8.

§ 235. Anm. 9. d) **Hält das Vorstandsmitglied die ihm hiernach auferlegten Beschränkungen nicht ein**, macht es ihm untersagte Geschäfte, holt es die notwendige Genehmigung des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung nicht ein, so liegt hierin eine Pflichtverletzung, für deren Folgen es haftet (bei Versicherungsgesellschaften kann das Aufsichtsamt einschreiten, § 64 PrivVersUntGes.). Begeht es sie vorsätzlich, so haftet es für ihre Folgen, auch wenn es diese Folgen nicht voraussehen konnte (vgl. Dernburg II § 63 II 1). Es wird auch nicht dadurch entschuldigt, daß es glaubte, zum Besten der Gesellschaft zu handeln. Schlägt die Angelegenheit zum Besten aus, so haftet es natürlich nicht, da keine Schuld vorhanden ist, wohl aber wenn sie schlecht ausgeht.

Anm. 10. 2. (Abs. 2.) **Beschränkungen der Vertretung im Verhältnisse nach außen** haben Dritten gegenüber keine Wirkung. Das Vertretungsverhältnis des Vorstandes kommt, wenn es auch, wie beim Prokuristen, auf Wahl und Bestellung beruht, dennoch seiner Natur nach dem Vertretungsverhältnis des offenen Gesellschafters gleich. Wie dieser, ist er gesetzlicher Vertreter. Das wirkt auch auf den Umfang der Vertretungsbefugnis zurück.

a) **Der Vorstand ist nach außen zu allen Rechtshandlungen berechtigt**, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen macht; Ausnahmen sind z. B. in den §§ 205, 207, 270, 279, 303 ff. enthalten. Es macht keinen Unterschied, **ob die Handlung zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes oder eines gewerblichen Unternehmens überhaupt gehört oder nicht.** Soweit das Tätigkeitsgebiet der Gesellschaft reicht, reicht auch das des Vorstandes. Die Grenzen jenes Gebiets sind auch die Grenzen der Vertretungsbefugnis des Vorstandes (Gierke, Genossenschaftstheorie 607 ff.; Holdheim 3, 203). Das Tätigkeitsgebiet der Gesellschaft wiederum ergreift das gesamte Gebiet des privaten Vermögensrechts und wird nicht etwa durch den statutarischen Gegenstand des Unternehmens begrenzt. Der letztere ist vielmehr lediglich eine Schranke der Geschäftsführungsbefugnis im Sinne des Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen (vgl. Anm. 1; ferner Anm. 5 zu § 210). Es kann also der Vorstand einer Bankgesellschaft ein Grundstück zur baulichen Verwertung, der Vorstand einer Baugesellschaft ein Fabrikgeschäft kaufen; derartige Geschäfte verbinden die Gesellschaft. **Spezialvollmacht** ist nirgends erforderlich. Auch aus der Wichtigkeit oder Tragweite eines Geschäftes ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes nach außen nicht zu entnehmen. So ist er mit Wirkung nach außen durchaus berechtigt, einen ganzen Geschäftszweig, ja das ganze Geschäft, sofern der Fall des § 303 nicht vorliegt, zu veräußern. Ob er nach innen verpflichtet ist, in solchen Fällen Aufsichtsrat oder Generalversammlung zu befragen, berührt die Gültigkeit des ohne diese Voraussetzungen geschlossenen Geschäfts nicht.

Anm. 11. **Landesgesetzliche Vorschriften, die zur Gültigkeit gewisser Rechtshandlungen der Aktiengesellschaften die Genehmigung des Staats verlangen**, sind jedoch, soweit sie überhaupt nach dem BGB. noch bestehen, auch nicht unverbindlich (vgl. Staub GmbH. 225 Anm.). Dies ist insbesondere wichtig hinsichtlich der Bestimmung des preußischen Gesetzes vom 3. November 1838 § 7, wonach die Veräußerung von Grundstücken der Eisenbahngesellschaften von der Staatsgenehmigung abhängig gemacht ist (vgl. Art. 112 EG. z. BGB., für Versicherungsgesellschaften vgl. § 54 PrivVersUntGes.).

Anm. 12. b) **Irgendwelche dem Vorstand auferlegte Beschränkungen der Vertretungsbefugnis**, sie mögen von der Generalversammlung beschlossen oder schon im Statut vorgesehen oder gar — unzulässigerweise — eingetragen sein, sind dem Dritten gegenüber wirkungslos (RG. 45, 150). Einzelne Arten nach außen wirkungsloser Beschränkungen hebt der zweite Satz des Abs. 2 hervor. Weitere Beispiele sind: die Vorschrift, daß alle die Gesellschaft verpflichtenden Urkunden von einer nicht zum Vorstande gehörigen Person, also z. B. von einem Mitgliede des Verwaltungsrats, gezeichnet sein müssen (ROHG. 6, 133); daß der Vorstand Vollmachten nur schriftlich erteilen (ROHG. 12, 34); oder nur zusammen mit einem Aufsichtsratsmitgliede zeichnen; oder Bevollmächtigte und Beamte nicht oder nur in gewissem Umfange bestellen dürfe (RG. 22, 70); oder die Vorschrift, daß er nur eine Zweig-

niederlassung zu vertreten habe; für eine Zweigniederlassung kann daher ein besonderer Vorstand mit dieser eingeschränkten Wirkung nach außen nicht bestellt und nicht eingetragen werden; eine solche Bestellung würde die volle Vertretungsbefugnis für alle Geschäfte der Aktiengesellschaft in sich schließen und nur nach Abs. 1 Bedeutung nach innen haben (vgl. Anm. 9 zu § 201). § 235.

Statutarische Beschränkungen der Vertretungsbefugnis sind aus diesen Gründen in das Register nicht einzutragen. Soweit sie die Geschäftsführung betreffen, interessieren sie das Publikum nicht; soweit die Vertretungsbefugnis damit beschränkt sein soll oder wenigstens ein solcher Anschein erweckt werden könnte, sind sie unwirksam und schon deshalb von der Eintragung auszuschließen (KGJ. 3, 13). Sehr häufig wird dagegen durch Eintragung der Amtsdauer des Vorstandes gefehlt, besonders bei stellvertretenden Vorstandsmitgliedern, hinsichtlich deren doch das gleiche gilt (§ 242). Eine solche Eintragung der Amtsdauer ist ohne rechtliche Bedeutung, auch nach Ablauf dieser eingetragenen Zeit ist der Vorstand Dritten gegenüber gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (Holdheim 3, 201 ff.). Anm. 13.

c) Beschränkungen haben keine Wirkung. Die Gesellschaft ist also an die den Rahmen der Beschränkungen überschreitenden Rechtshandlungen gebunden und erwirbt folgeweise auch die Rechte aus solchen (vgl. jedoch Anm. 17). Der Gesellschaft aber ist der Vorstand nach § 241 verantwortlich. Anm. 14.

d) Dritten gegenüber haben die Beschränkungen der Vertretungsbefugnis keine Wirkung. Wer als Dritter zu betrachten, ist zweifelhaft geworden: ob es Beamte, Aktionäre, der Vorstand selbst ist, wenn diese Personen mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten. Aktionäre sind als Dritte nicht zu betrachten, weil die Bestimmung von dem Rechtsverkehr der Gesellschaft nach außen, nicht von der Rechtsbeziehung zu den Gesellschaftern handelt. Das kann z. B. wichtig werden, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Aktionär bemängeln kann, daß die durch den Vorstand erfolgte Einforderung der Einlage nicht auf gültigem Beschlusse des in dieser Hinsicht nach den Statuten befugten Aufsichtsrats beruht. Hier hat also der Aktionär, da er kein Dritter ist, das Bemängelungsrecht (RG. 24, 59). Geht aber der Aktionär mit der Gesellschaft ein selbständiges Rechtsgeschäft ein, so ist er als Dritter zu betrachten (RG. 4, 72; 22, 76; Bolze 10 Nr. 297). Beamte, die mit dem Vorstande kontrahieren, sind Dritte (ROHG. 6, 132; RG. 22, 72), Vorstandsmitglieder selbst aber nicht, z. B. wenn sie sich Erhöhung des Gehalts bewilligen lassen oder ein Darlehen der Gesellschaft gewähren usw. Denn sie sind eben ein Teil des Vertretungsorgans (ROHG. 19, 335; Bolze 5 Nr. 761; Behrend § 125 Anm. 3; Neukamp 113). Anm. 15.

Auch der Grundbuchrichter kann den Nachweis der etwaigen statutarisch erforderlichen Genehmigung des Aufsichtsrats zu Grundstücksverkäufen nicht verlangen, weil Dritten gegenüber der Grundstücksverkauf auch ohne diese Genehmigung gilt, und die Gesellschaft gar nicht anders kann, als die Auflassung bewirken, zu welcher sich ihr Vorstand verpflichtet hat. Soweit gesetzliche Beschränkungen vorhanden sind (z. B. gemäß § 54 PrivVersUntGes.) muß dem Grundbuchrichter die staatliche Genehmigung nachgewiesen werden. Anm. 16.

e) Auch wenn der Dritte die Beschränkung gekannt hat, ist sie ihm gegenüber wirkungslos (vgl. Lehmann im BankA. I 143). Er konnte eben davon ausgehen, daß die Beschränkung ihm gegenüber nicht gilt. Eine scheinbare Ausnahme macht der Fall der Kollusion. Im Fall der Kollusion ist die Gesellschaft an das sie benachteiligende Geschäft nicht gebunden. Diese liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Dritte weiß, daß die erforderliche Genehmigung nicht eingeholt, oder daß dem Vorstand eine Beschränkung auferlegt war, sondern nur in einem dolosen Zusammenwirken mit dem Vorstande bei absichtlicher Schädigung der Gesellschaft (ROHG. 6, 135; 9, 432; 15, 22; 19, 335; RG. 9, 148; 22, 75; Bolze 10 Nr. 297; KB. 72; vgl. näheres Anm. 15 zu § 126). Anm. 17.

f) Zulässig ist es natürlich, daß der Vorstand unter dem Vorbehalte der Genehmigung anderer Gesellschaftsorgane kontrahiert. Solche Vorbehalte sind gültig, solche Rechtsgeschäfte sind bedingt durch die Erteilung der Genehmigung. Anm. 18.

§ 236.

§ 236. Die Mitglieder des Vorstandes dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch dasjenige Organ der Gesellschaft ertheilt, welchem die Bestellung des Vorstandes obliegt.

Verletzt ein Vorstandsmitglied die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Mitgliede verlangen, daß es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkte an, in welchem die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Vorstandsmitgliedes an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Der vorliegende Paragraph setzt das Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder und die Folgen seiner Übertretung fest. Er weicht in Form und Inhalt von der Vorschrift der früheren Art. 232, 196a ab.

Anm. 1. Der Abs. 1 gibt den Inhalt des Konkurrenzverbotes, Abs. 2 seine Folgen, Abs. 3 bestimmt aber die Verjährung des Anspruchs.

I. (Abs. 1.) **Der Inhalt des Konkurrenzverbotes.**

1. **Die Mitglieder des Vorstandes** sind dem Verbot unterworfen, gleichviel ob sie einzeln berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten, oder ob sie nur Gesamtvollmacht haben. In gleicher Weise unterliegen die stellvertretenden Mitglieder des Vorstandes dem Verbot (§ 242); nicht aber die vom Aufsichtsrat in den Vorstand delegierten (§ 248 Abs. 2 Satz 2); ebenso nicht die Liquidatoren (§ 298 Abs. 4).

Das Verbot beginnt mit dem Augenblicke, in dem sie zum Vorstande bestellt sind (also nicht erst von der Eintragung an) und dauert bis zu dem Augenblicke, in dem ihr Amt als Vorstand aufhört. Wann diese letztere Tatsache eingetragen wird, ist gleichgültig. Endigt die Vorstandschaft, aber nicht das Dienstverhältnis, so hört das Konkurrenzverbot ebenfalls auf. Denn es bezieht sich eben nur auf Mitglieder des Vorstandes (vgl. ROHG. 16, 170). Von diesem Augenblicke wird in den geeigneten Fällen das Handlungsgehilfenverbot des § 61 Platz greifen. Wann die Vorstandschaft ihr Ende erreicht, ergibt sich aus den Erl. zu § 231, woselbst auseinandergesetzt ist, wann der Vorstand vorzeitig sein Amt niederlegen kann (Anm. 21 daselbst) und daß die Bestellung zum Vorstande jederzeit widerrufen werden kann (Anm. 15). Mit der Auflösung der Gesellschaft hört das Verbot von selbst auf (ROHG. 21, 140; vgl. § 298 Abs. 4).

Anm. 2. 2. **Verboten ist:** Der Betrieb eines Handelsgewerbes, das Geschäftemachen in den Handelszweigen der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung und endlich die Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter.

a) **Der Betrieb eines Handelsgewerbes.** Hier, wie im § 60 (vgl. Anm. 3 daselbst) ist darauf zu verweisen, daß aus der Anm. 18 zu § 1 sich ergibt, was unter dem Betriebe eines Handelsgewerbes zu verstehen ist, ob die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Direktor einer

Aktiengesellschaft, als Aktionär, als Geschäftsführer oder Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Kommanditist, als offener Gesellschafter, der Betrieb eines Handelsgewerbes ist oder nicht. Der Ehemann, der das Geschäft seiner Frau leitet, betreibt kein Handelsgewerbe, aber seine Tätigkeit kann unter Nr. b fallen. Andererseits verletzt das Verbot der, der zuläßt, daß auf seinen Namen ein Geschäft betrieben wird, wie dies ebenfalls aus Anm. 19 zu § 1 und Anm. 12 zu § 15 hervorgeht (Bolze 11 Nr. 337). § 236.

In welchem Zweige sich das Handelsgewerbe bewegt, ob die Gesellschaft auch ein solches betreibt oder nicht, ist gleichgültig, anders bei dem Verbote einzelner Geschäfte (s. zu b).

b) **Geschäfte machen in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung.** Einzelne oder gelegentliche Geschäfte zu machen, ist dem Vorstande nicht verwehrt, sie dürfen nur nicht in den Handelszweig der Gesellschaft fallen. Es darf also z. B. der Vorstand einer Gesellschaft, die mit Modewaren handelt, ein Spekulationsgeschäft in Börsenpapieren machen, nicht aber das Vorstandsmitglied eines Bankinstituts (KB. 73). — Den Begriff Handelszweig anlangend, so ist zu bemerken: Bei der von vielen Aktiengesellschaften beliebten weiten Ausdehnung des Gegenstandes des Unternehmens ist das Konkurrenzverbot auch ein sehr ausgedehntes und in demselben Maße lästiges. Es entscheidet dabei der statutarische Gegenstand des Unternehmens, der tatsächliche Geschäftsbetrieb dann, wenn er sich über den statutarischen hinausdehnt, während eine tatsächliche Beschränkung des Geschäftsbetriebes unter den statutarischen Umfang den Umfang des Konkurrenzverbotes nicht verringert (gegen dies letztere Lehmann-Ring Nr. 4). Daß bei Immobilien-Aktiengesellschaften auch ein Grundstücksgeschäft in den Handelszweig der Gesellschaft fällt, ist jetzt, da Art. 275 weggefallen ist, selbstverständlich. Anm. 3.

Wann im übrigen der Begriff des Geschäftemachens erschöpft ist, darüber s. Anm. 5 ff. zu § 60. Hier ist noch hervorzuheben, daß die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied einer anderen Gesellschaft nicht darunter fällt. Denn im wesentlichen ist der Aufsichtsrat Kontrollorgan; und auch, wo er einen größeren Einfluß auf die Geschäftsführung hat, besteht dieser doch immerhin nur in Anweisungen an den Vorstand. An sich ist daher einem Vorstandsmitgliede die Annahme einer Aufsichtsratsstelle bei einer anderen Aktiengesellschaft nicht verwehrt. Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft aber darf er nicht sein (vgl. Anm. 6 zu § 60; auch Behrend § 125 Anm. 8; dagegen Goldmann Anm. 5). Anm. 4.

c) **Die Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter.** Damit ist klargestellt und, gleichviel, ob dies nicht schon aus dem Verbot des Betriebes eines Handelsgewerbes (oben zu a) folgt, gesetzlich festgelegt, daß das Vorstandsmitglied nicht Mitglied einer o. H. G., Komplementar einer Kommanditgesellschaft, einer einfachen oder auf Aktien, sein darf. Anm. 5.

3. **Ohne Einwilligung der Gesellschaft** sind diese Tätigkeiten verboten. Mit ihrer Einwilligung sind sie gestattet. Die einmal erteilte Einwilligung kann nicht zurückgenommen werden (ebenso Goldmann Anm. 9). Es ergibt sich wenigstens kein gesetzlicher Anhalt dafür, daß dies geschehen kann. Die Einwilligung muß erteilt werden vor der Vornahme der betreffenden Handlung (§ 183 BGB.), auch allgemein im voraus, auch schon in dem Anstellungsvertrage; die ohne Einwilligung vorgenommene Handlung kann aber auch nachträglich genehmigt werden (§ 184 BGB.). Beide Arten von Zustimmungen sind formfrei (§ 182 Abs. 2 BGB.) und können auch stillschweigend erteilt werden (dagegen Lehmann-Ring Nr. 5). Gewahrt z. B. der Aufsichtsrat, daß das Vorstandsmitglied ein Gewerbe betreibt, und widerspricht er eine Zeitlang nicht, so liegt darin die Einwilligung in den künftigen Gewerbebetrieb. Ist dies beim Engagement bekannt, so liegt in dem Engagement eine Einwilligung, obwohl diese Art der Einwilligung hier (im Gegensatz zu § 60 Abs. 2) nicht besonders hervorgehoben ist. Teilt das Vorstandsmitglied dem Aufsichtsrat mit, daß er ein einzelnes Geschäft in dem Handelszweig der Gesellschaft betreiben wolle und widerspricht der Aufsichtsrat nicht, so liegt darin der Regel nach eine Einwilligung. Denn es wäre dolos, wenn man das Vorstandsmitglied zu Aufwendungen veranlassen würde, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, welches Anm. 6.

§ 236. man nicht gut heißt. Dagegen liegt in dem Schweigen nach Kenntnis eines Konkurrenzgeschäfts keine stillschweigende Genehmigung. Denn hier besteht ja das dreimonatliche Verjährungsrecht.

Anm. 7. Die Einwilligung wird erteilt durch das Organ, dem die Bestellung des Vorstandes obliegt, also entweder durch die Generalversammlung oder durch den Aufsichtsrat, auch durch die übrigen Vorstandsmitglieder, wenn diesen das Recht der Kooptation zusteht (vgl. Anm. 20 zu § 231). Hinsichtlich der stillschweigenden Einwilligung ist bei der Generalversammlung zu bemerken, daß diese nur in der Fassung eines Beschlusses liegen kann, der als Einwilligung gedeutet werden muß. Bloße Kenntnis durch die Generalversammlung genügt nicht.

Anm. 8. II. (Abs. 2.) **Die Folgen der Übertretung des Verbots** sind hier ebenso festgesetzt, wie im § 61. Sie sind Eintrittsrecht und Schadensersatz (vgl. hierüber Anm. 1—4 zu § 61), außerdem aber, obgleich das auch hier nicht hervorgehoben ist, Anspruch auf Unterlassung (Anm. 5 zu § 61), auf Auskunftserteilung und auf Rechnungslegung (Anm. 6 zu § 61), nicht Ungültigkeit der verbotenen Geschäfte (Anm. 7 zu § 61), wohl aber in den geeigneten Fällen Recht auf Entlassung (vgl. Anm. 8 zu § 61, wobei jedoch § 72 Nr. 1 direkte Anwendung nicht findet).

Anm. 9. III. (Abs. 3.) **Die doppelte Verjährung**, die im Abs. 3 angeordnet ist, richtet sich im übrigen hinsichtlich der Unterbrechung, des vertragsmäßigen Ausschlusses, der Fristverlängerung usw. nach den Vorschriften des BGB. Es verjähren immer nur die einzelnen Ansprüche, die vor mehr als drei Monaten entstanden sind.

Anm. 10. Damit die Verjährung beginnt, müssen aber die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrat Kenntnis erlangt haben. Wenn nur der Aufsichtsrat Kenntnis erlangt hat, so genügt das nicht. Der Aufsichtsrat hat Kenntnis erlangt, wenn ihm in offizieller Eigenschaft die Mitteilung zugegangen ist. Daß alle einzelnen Mitglieder die Sache irgendwie erfahren haben, genügt nicht (Behrend § 126 Anm. 11; Pinner 149; Goldmann Anm. 16 gegen Lehmann-Ring Nr. 7). Daß die Sache in einer Generalversammlung zur Sprache gekommen ist, genügt allein ebenfalls nicht, auch dann nicht, wenn die Generalversammlung die Einwilligung zu erteilen hatte. Denn die Kenntnis der Generalversammlung entscheidet hier nicht. Doch kann in der Fassung eines Beschlusses auf Grund eines solchen Vortrages die Einwilligung liegen (vgl. Anm. 7).

Anm. 11. Zusatz 1. **Vertragsmäßig kann das Verbot erweitert, eingeengt und aufgehoben werden**, denn die Vorschrift ist lediglich dispositiver Natur (OLG. Rostock in DJZ. 00, 188).

Vertragsmäßig kann auch eine Vertragsstrafe an die Verletzung des Verbotes geknüpft werden. Wählt die Gesellschaft diese, so ist damit der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, dagegen besteht daneben noch der Anspruch auf weiteren Schadensersatz (§ 340 BGB.). Vertragsmäßig kann aber die Vertragsstrafe auch neben der Erfüllung versprochen werden. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe unterliegt der Verjährung nach Abs. 3 (§ 224 BGB.). Näheres über die Vertragsstrafe zu § 348 HGB.

Anm. 12. Zusatz 2. **Über die häufig wiederkehrenden Konkurrenzverbote nach Auflösung des Verhältnisses** sind hier Vorschriften nicht gegeben.

a) Die Vorschriften der §§ 74 und 75 sind hier nicht anwendbar (die Beschränkung auf drei Jahre gilt hier z. B. nicht). Auch entsprechende Anwendung ist ausgeschlossen. Die §§ 74 und 75 enthalten durch ihre starke Berücksichtigung der Billigkeit eine Ausnahmevorschrift, aufgestellt zum Schutze einer besonderen Klasse von Hilfspersonen, die als besonders wirtschaftlich schwach erachtet und eines so weitgreifenden, besonderen Schutzes für dringend bedürftig erachtet wurden. Wo die neuen Gesetzbücher das Bedürfnis zu einem ähnlichen Schutze anerkennen, da haben sie diesen entsprechend ausgedehnt (vgl. EG. z. HGB. Art. 9 II, durch den die Gewerbeordnung eine neue Vorschrift zum Schutze gewisser Gewerbegehilfen erhält). Einer entsprechenden Anwendung auf sonstige Personen des Handels sind diese Ausnahmebestimmungen nicht fähig. Vorstandsmitglieder mögen wohl dem Gesetzgeber als der Regel nach wirtschaftlich so gut gestellt erschienen sein, daß sie eines so weitgehenden

Schutzes nicht bedürfen. Hier greifen die allgemeinen Grundsätze Platz. Schutzlos sind auch sie nicht. Ihr Fortkommen darf jedenfalls nicht derart beschränkt werden, daß die von der Gewerbeordnung aufgestellten Gewerbefreiheit verletzt (RG. in JW. 97, 292), wenn also die Freiheit der Person, sich gewerblich zu betätigen, in einer den guten Sitten zuwiderlaufenden Weise beeinträchtigt wird. Ist diese Schranke überschritten, so ist das Konkurrenzverbot ungültig. Dagegen wird das im § 75 festgesetzte richterliche Ermäßigungsrecht des Verbots inhaltlich hier nicht zugelassen sein. Ein solches Ermäßigungsrecht enthält stets eine Ausnahme. Vielmehr wird in Gemäßheit der früheren reichsgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen sein, daß, wenn das Verbot als zu weitgehend zu betrachten ist, es ungültig ist. § 236.

b) Die Höhe der Vertragsstrafe unterliegt aber der richterlichen Ermäßigung nach § 343 BGB. (vgl. zu § 348 HGB.). Anm. 13.

c) Hinsichtlich der Auslegung der Konkurrenzverbote, insbesondere der Begriffe Betreiben, Beteiligung und Verletzung usw. gilt das in Anm. 9 ff. zu § 74 Gesagte sinngemäß. Anm. 14.

d) Weiteres über diese Konkurrenzverbote s. Anm. 33 ff. zu § 22.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf die Personen, die am 1. Januar 1900 Vorstandsmitglieder sind, nur in der Beschränkung auf den Handelszweig der Aktiengesellschaft Anwendung. Das bestimmt Art. 27 EG. z. HGB. ausdrücklich. Anm. 15.

Dabei ist ferner zu betonen, daß auf solche Vorstandsmitglieder, die es noch seit der Zeit vor der Aktiennovelle von 1884 sind, auch der frühere Art. 232 keine Anwendung findet. Dies bestimmte § 6 der Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 ausdrücklich und dieser ist durch das neue HGB. nicht aufgehoben, vielmehr gilt er als Reichsgesetz noch weiter fort (Art. 32 EG. z. HGB.; D. 328; ebenso Rießer, Neuerungen 175; Goldmann Anm. 22; dagegen Lehmann-Ring Nr. 9).

Überall ist hier zu bemerken, daß, wenn die betreffenden Personen nach dem Inkrafttreten des neuen HGB. wieder zu Vorstandsmitgliedern bestellt werden, sie dem neuen Konkurrenzverbot unterliegen. Wenn aber ihre Tätigkeit auf einem älteren, durch unterlassene Kündigung fortgesetzten Vertrage beruht, so gilt dies nicht als Neubestellung. Diese Art der Regelung der Übergangsfrage war auch nach dem früheren § 6 der Aktiennovelle von 1884 Rechtens und ist auch jetzt nicht geändert. Die Vorschrift des Art. 171 EG. z. BGB., aus der das Gegenteil folgen würde, ist hier nicht anwendbar, weil Art. 27 EG. z. HGB. eine Sondervorschrift gibt (so auch Pinner 149). Anm. 16.

Für die Fristberechnung bei der Verjährung gilt in der Übergangszeit die Bestimmung des Art. 169 EG. z. BGB. (vgl. Anm. 8 zu § 160).

§ 237.

Wird den Mitgliedern des Vorstandes ein Antheil am Jahresgewinne gewährt, so ist der Antheil von dem nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne zu berechnen. § 237.

Lit.: Mueller, Die Gewinnanteile der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats, Hannover-Leipzig 99; Preische, Gewinnvortrag und Tantiemeberechnung, Berlin 02; Baumer, Über Reingewinn, Gewinnvortrag und Tantiemeberechnung, Nürnberg 02; Pinner in Gruchot 44, 573.

Der vorliegende Paragraph gibt eine Vorschrift über die Berechnung der Tantieme bei Vorstandsmitgliedern. Die Vorschrift ist neu und erst durch die Reichstagskommission für das neue HGB. in das Gesetz aufgenommen worden. Einleitung.

Ihre Fassung ist übereilt und unklar; sie hat zu zahlreichen Zweifeln Anlaß gegeben, die auch jetzt noch nicht so geklärt sind, daß man von einer communis opinio sprechen kann (über die Geschichte des Paragraphen vgl. Mueller 6; Pinner bei Gruchot 44, 646). Die überreiche, Anm. 1.

§ 237. in den Zeitschriften verstreute Literatur wird, soweit nötig, bei den einzelnen Erläuterungen vermerkt werden.

Anm. 2. **Der Kommissionsbericht (73) sagt folgendes:**

„Der Antrag war damit begründet worden, ohne erheblichen Widerspruch zu finden, daß in den Fällen, in denen den Vorstandsmitgliedern auf Grund vertragsmäßiger Zusicherung oder durch Beschluß der Generalversammlung oder des durch Statut ermächtigten Aufsichtsraths ein Antheil am Jahresgewinn gewährt werde, dieser Antheil aus dem thatsächlichen Gewinn zu berechnen sei.

Abschreibungen vorzunehmen, gehöre zu der ordnungsgemäßen, vorsichtigen Verwaltung; ehe die Abschreibungen gemacht sind, könne von einem Reingewinn nicht die Rede sein. Dabei (!) kommen nicht nur Abschreibungen in Betracht, sondern auch Rücklagen, die gemacht werden bei sehr hohem Jahresgewinn, um darauf in künftigen mageren Jahren zu greifen.

Soweit hierdurch Vorstandsmitglieder in einem Jahre geschädigt werden, finden sie den Ausgleich durch die spätere Einstellung solcher Rücklagefonds in die Aktiva, allerdings nur, sofern sie in diesem späteren Jahre noch im Amt sind."

Der Gepflogenheit zuwider wird dieser Kommissionsbericht wörtlich wiedergegeben, weil es notwendig sein wird, bei der Erläuterung des Paragraphen mehrfach darauf zurückzukommen.

Anm. 3. 1. **Nur auf Vorstandsmitglieder** bezieht sich die Vorschrift. Anderen Beamten kann also eine Tantieme ohne die Beschränkungen des vorliegenden Paragraphen bewilligt werden.

Anm. 4. 2. **Nur auf die Zusage einer Tantieme bezieht sich die Vorschrift**; sie gilt also nur, wenn ein Anteil am Gewinn vereinbart ist. Sonstige Vereinbarungen sind vollständig frei. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gesetzgeber dies gewollt hat; aus den Materialien läßt sich ein sicheres Bild nicht gewinnen; jedenfalls läßt die Auslegung des Gesetzes eine andere Deutung nicht zu. Hieraus ergibt sich folgendes:

Anm. 5. a) Die Vorschrift umfaßt *alle* Fälle, in denen ein Anteil am Gewinn vereinbart ist; also nicht nur, wenn der Anteil vom Reingewinn, sondern auch, wenn er vom *Bruttogewinn* berechnet werden soll. Rehm (Bilanzen 654) folgert dies aus dem Worte „Jahresgewinn"; doch ist es zweifelhaft, ob das Gesetz auf dieses Wort im Gegensatz zu der am Schluß gebrauchten Bezeichnung „Reingewinn" ein solches Gewicht legen wollte. Jedenfalls aber ergibt die Tendenz des Gesetzes, daß, wenn sogar der Reingewinn, um tantiemepflichtig zu sein, gekürzt werden muß, es sicherlich nicht gestattet ist, von einem Gewinn, der noch nicht einmal Reingewinn ist, unbeschränkt Tantiemen zu vergeben. Aus dem Bruttogewinn wird der Reingewinn durch Abzug der entstandenen Kosten berechnet; eine Beschränkung des Reingewinns enthält also stets begrifflich auch eine des Bruttogewinns (ebenso Fuld in ZgA. 13, 70; Goldmann Anm. 1; Rehm, Bilanzen 654; dagegen Mueller 20).

Anm. 6. b) Dagegen ist es zulässig, die Tantieme vom Reingewinn größeren Beschränkungen, als in § 237 vorgeschrieben ist, zu unterwerfen z. B., wenn im Statut bestimmt ist, daß die Tantieme von den, „als Dividende zur Verteilung gelangenden Beträgen" zu zahlen ist. Es scheiden dann auch die Zuwendungen aus dem Reingewinn aus, die nicht als Rücklagen (vgl. Anm. 17) anzusehen sind.

Anm. 7. c) Ferner ist, worüber kein Streit herrscht, *feste Vergütung* an Vorstandsmitglieder ohne Beschränkung zulässig.

Anm. 8. d) Streitig dagegen ist, inwiefern andere als feste Vergütungen durch § 237 beschränkt sind. Geht man von der in den vorigen Anmerkungen dargelegten Auslegung des § 237 aus, daß dieser die *Gewährung eines Anteils am Gewinn, aber auch nur diese*, beschränkt, so kommt man zu dem Resultat, daß von dem Betrage des Umsatzes, auch dem einzelner Betriebsstätten, daß Provisionen von Verkaufserträgnissen usw. unbeschränkt zulässig sind (Esser bei Holdheim 11, 195; Fuld in ZgA. 13, 70; Rehm, Bilanzen 652 Anm. 1). Zulässig ist ferner eine *dem Betrage nach garantierte Tantieme vom Reingewinn*, weil diese das eventuelle Versprechen einer festen Vergütung enthält und, wenn es für zulässig erachtet wird, dem Vorstand 10000 Mk., auf die er die Tantieme anzurechnen hat, zu gewähren, es nicht für verboten erachtet werden kann, eine Tantieme zuzubilligen, die mit 10000 Mk. garantiert wird (so Erlinghausen in DJZ. 02, 25 und Bauer 9, 77; Lehmann II 248;

gegen Rehm DJZ. 01, 491 und 02, 46; Rehm hat diese letztere Ansicht in seinen Bilanzen 679 fallen lassen). § 237.

e) Unzulässig dagegen ist es, eine Tantieme zu gewähren, die in Prozenten der Rücklagen berechnet wird. Diese Berechnung widerspricht direkt dem Gesetz, weil nach dessen Vorschrift, wenn vom Gewinn Tantieme gezahlt wird, diese lediglich nach dem Reingewinn berechnet werden soll (Pinner bei Holdheim 9, 157; gegen Oswalt ebenda 8, 214 und 9, 220 und LG. Frankfurt ebenda 9, 118). Anm. 9.

3. **Die Vorschrift ist zwingender Natur** (RG. in JW. 02, 255[22]). Schon ihre kategorische Fassung ergibt dies, und in der Plenarberatung wurde die zwingende Natur als selbstverständlich hingestellt (Mugdan, Materialien z. HGB. 757). Sie kann daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden, noch weniger durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß oder durch einfache Verwaltungsmaßregel des Vorstandes und des Aufsichtsrats. Derartige Abänderungen sind ungültig mit allen Folgen einer auf zwingenden Rechten beruhenden Ungültigkeit. Unter Umständen bewirkt dies die Ungültigkeit des abgeschlossenen Dienstvertrages (§ 139 BGB.). Doch bezieht sich das natürlich nur auf Abänderungen, welche eine den Vorstandsmitgliedern günstigere Berechnung zum Gegenstande haben; Abänderungen nach der entgegengesetzten Richtung sind zulässig. Anm. 10.

4. **Der Inhalt der Vorschrift.** Der Tantiemeberechnung ist zugrunde zu legen der Reingewinn nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen. Anm. 11.

a) Aus früherer Zeit her besteht die Streitfrage, ob der Verlustvortrag aus früheren Jahren den Reingewinn schmälert, von dem den Vorstandsmitgliedern die Tantieme zukommt. Nach richtiger Ansicht war dies schon früher zu bejahen (vgl. Ring Anm. 7 zu Art. 227). Nach dem vorliegenden Paragraphen ist die Bejahung ganz unbedenklich, da, mag man im übrigen die Vorschrift auslegen, wie immer, darüber jedenfalls nicht gezweifelt werden kann, daß höchstens der Bilanzgewinn der Ausgangspunkt der Berechnung sein darf, daß aber nicht aus der Bilanz Passivposten, die sich in ihr befinden, gestrichen werden können, um die Grundlage der Gewinnberechnung für die Vorstandsmitglieder gegen die Grundlage der Gewinnberechnung für die Aktionäre zu erhöhen. — Die gleiche Streitfrage besteht wegen des Gewinnvortrages aus dem früheren Jahre. Auch hier behauptet man, daß er abgezogen werden müsse. Dies ist aus dem gleichen Grunde zu bestreiten (ebenso Lehmann-Ring Nr. 3; Rehm 650 Anm. 9; Bauer 10, 49; LG. Mainz in DJZ. 05, 871). Wie die Vorstandsmitglieder nur von dem Bilanzgewinn ihre Tantieme zu erhalten haben, so muß man sie ihnen doch andererseits von dem vollen Bilanzgewinn gewähren. In Abzug kommen ohnedies nach dem jetzigen Gesetz schon sämtliche Abschreibungen und Rücklagen. Der Einwand, daß von dem Gewinnvortrage schon einmal ein prozentualer Teil als Tantieme verteilt ist (vgl. Pemsel in Holdheim 7, 242; Simon 11), ist schon früher von uns für nicht stichhaltig erklärt worden, weil der Gewinnvortrag ein Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geblieben ist und von neuem verwaltet werden muß. Jetzt aber fällt dieser Grund ganz weg, da nach richtiger Ansicht von dem Gewinnvortrage in dem Jahre, in dem er vorgetragen wird, keine Tantieme zu berechnen ist (vgl. Anm. 15).

b) Reservefonds, die aufgelöst werden, um zur Verteilung zu gelangen, vermehren den Jahresgewinn, sind daher tantiemepflichtig. Solche Beträge gehen tantiemefrei in den Reservefonds, verlassen ihn tantiemepflichtig. Ob Gewinne, die durch außergewöhnliche Transaktionen erzielt werden, tantiemepflichtig sind, ist Frage der Auslegung des Anstellungsvertrages; im Zweifel ist dies nicht anzunehmen (RG. in JW. 01, 418[37]). Anm. 12.

Der vorliegende Paragraph hat aber noch eine weitere Streitfrage gezeitigt. Es wird darüber gestritten, was unter dem „nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn“ zu verstehen ist. Wir sind nun allerdings der Ansicht, die Gesetzesworte seien so klar, daß ein Zweifel nicht berechtigt ist. Was unter Abschreibungen zu verstehen ist, ist noch niemals bezweifelt worden. Aber auch das Wort „Rücklagen“ ist nicht mißzuverstehen. Es bedeutet einfach dasselbe, wie das Wort „Reservefonds“ Anm. 13.

§ 237. im § 261 Nr. 5 (vgl. Simon 146; Pinner 151; vgl. auch § 271), und nur die Verdeutschungssucht hat es zuwege gebracht, daß für denselben Begriff in einem und demselben Gesetzbuch ein doppelter Ausdruck gebraucht wurde: in den aus dem alten HGB. herübergenommenen §§ 261 Nr. 5 und 262 das Wort „Reservefonds", in den neu geschaffenen Bestimmungen der §§ 237 und 271 Abs. 3 Satz 2 das Wort „Rücklagen". In der in der obigen Einleitung wiedergegebenen Begründung des Antragstellers werden dann auch die beiden Ausdrücke „Reservefonds" und „Rücklagen" verschmolzen zu dem einen sonderbaren Worte „Rücklagefonds". Reservefonds oder Rücklage ist nun alles das, was von den vorhandenen Werten nicht verteilt wird, sondern in dem Gesellschaftsvermögen verbleibt, „zurückgelegt", „reserviert" wird.

Anm. 14. Bestimmt nun der Gesetzgeber, daß die Tantieme nur zu berechnen ist von dem nach „Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn", so ist damit klar zum Ausdruck gebracht, daß, mag auch der Reingewinn unter irgendwelchen anderen Gesichtspunkten anders berechnet werden und einen anderen Betrag ergeben, die vorliegende Tantiemeberechnung jedenfalls nur nach dem Betrage zu erfolgen hat, der sich als Reingewinn nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen ergibt. Es müssen daher nicht nur der zu Abschreibungen jeder Art verwendete Teil des Gewinnes, sondern auch die Reservestellungen jeder Art, welches auch immer ihr Rechtsgrund, ihre Name und ihre Bestimmung sei, tantiemefrei bleiben. Dies kann jetzt als allgemeine Ansicht angesehen werden (Rehm 653; Simon 146; Fuld in ZgA. 12, 1; Alterthum in ArchCivPrax. 23, 128; Pinner in Gruchot 44, 653; Rießer, Neuerungen 23). Die Ansicht von Pemsel (Holdheim 7, 237), der, wenn auch aus anderen Gründen Mueller (19) beitritt, daß nur die Reserven bei Ermittlung des Reingewinns tantiemefrei seien, nicht aber die aus dem Reingewinn genommenen, scheitert schon an dem Wort „sämtliche".

Anm. 15. Es kommen hiernach in Abzug sämtliche Abschreibungen, sie mögen notwendig oder freiwillig sein, und sämtliche Rücklagen, sie mögen notwendig oder freiwillig sein, also alles, was nicht verteilt wird, sei es *weil es kein Reingewinn* ist, sei es, *obwohl es Reingewinn* ist. In Abzug kommt hiernach insbesondere auch der gesetzliche Reservefonds (bei Versicherungsgesellschaften auch der Prämienreservefonds), auch der Gewinnvortrag des Bilanzjahres. Auch dieser ist Gewinn, der nicht verteilt, sondern zurückgelegt, reserviert wird, ein wirklicher Reservefonds (vgl. OLG. Colmar bei Bauer 12, 182; RG. ebenda 229 und Anm. 32 zu § 262). Er ist nicht etwa ein von den Aktionären gestundeter Dividendenanspruch. Die betreffende vorgetragene Summe verbleibt im Vermögen der Gesellschaft und teilt dessen Schicksale. Es steht daher noch gar nicht fest, ob er überhaupt in der Folgezeit zur Verteilung kommen wird, da er im nächsten Jahr durch schlechte Geschäfte wieder verloren gehen kann (derselben Ansicht sind Simon 248; Rießer, Neuerungen 26 Anm. 2; Staub DJZ. 01, 345; Rehm ebenda 491; Lehmann II 248 Anm. 2; Preische 17 ff.; Sarnes bei Holdheim 14, 201; dagegen Rehm, Bilanzen 544, 655; Steiner bei Holdheim 10, 217; Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 101; Baumer, Fuld in ZgA. 12, 4). Auch das RG. (JW. 05, 345 [22]) sieht den Gewinnvortrag als Reservefonds an.

Auch Rücklagen zu einem *Dividendenergänzungsfonds* sind von dem der Tantiemeberechnung zugrunde zu legenden Betrage abzuziehen; auch diese sind Rücklagen vom Gewinn. Nicht Rücklagen im Sinne des § 237 sind dagegen Reservefonds, die zum Zweck der *Amortisation der Aktien aus dem Reingewinn* gebildet werden, weil dieser Fonds einen Teil des Reingewinnes lediglich *vorübergehend* von der Verteilung ausschließt (OLG. Dresden bei Holdheim 9, 282).

Anm. 16. *Nicht abzuziehen ist das, was vom Reingewinn nicht zurückgelegt, sondern verteilt wird.* Dabei ist aber, was bei den Erörterungen über die vorliegende Vorschrift häufig übersehen wird, zu erwägen, daß es nicht immer bloß die Aktionärdividenden sind, die vom Reingewinn verteilt werden. Häufig sind nach Lage der Statuten auch andere Beträge vom Reingewinn zu verteilen. Bei Versicherungsgesellschaften nehmen oft

auch die Versicherten an dem Reingewinn teil. Oft werden an die Beamten Gratifikationen oder Tantiemen gezahlt, sei es nach dem Ermessen der Gesellschaftsorgane oder auf Grund von Verträgen. Auch im letzteren Falle sind es Beträge, die vom Reingewinn verteilt werden; nur unter der Bedingung, daß ein Reingewinn erzielt wird, sind sie zu zahlen. Alle diese Beträge sind vom Reingewinn zu zahlen, sie gehen also nicht bei Ermittlung des Reingewinns ab; sie sind aber andererseits bei der Tantiemeberechnung nicht abzuziehen, denn sie sind keine „Rücklage" vom Reingewinn. **§ 237.**

Hiernach beantwortet sich die Frage, ob die Zuwendungen zu Pensons- oder Unterstützungszwecken von der der Tantiemeberechnung zugrunde zu legenden Summe abzuziehen sind oder nicht. Die Frage läßt sich nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantworten. Es kommt vielmehr auf die Natur dieser Zuwendungen an. Erfolgt die Zuwendung derart, daß nicht bloß die Zuwendung freier Wille der Gesellschaft ist, sondern auch die Verwendung zu dem Wohlfahrtszwecke freier Wille der Gesellschaft bleibt, so daß die Gesellschaft also berechtigt bleibt, auch anderweit, zu sonstigen Zwecken, über die Summe zu verfügen, so liegt eine wirkliche Rücklage vor und sie ist nach § 237 von dem der Tantiemeberechnung zugrunde zu legenden Betrage abzuziehen. Erfolgt die Zuwendung zwar aus dem Reingewinn, aber zu einer selbständigen Kasse, so scheidet sie aus dem Vermögen der Gesellschaft aus; sie ist verteilter Gewinn, keine Rücklage, und deshalb ist der Betrag von dem der Tantiemeberechnung zugrunde zu legenden Betrage nicht abzuziehen. Das gleiche aber gilt, wenn die Zuwendung aus dem Reingewinn zu Unterstützungszwecken zwar nicht zu einer selbständigen Kasse erfolgt, doch so, daß ein Anspruch dritter Personen in Höhe des zugewendeten Betrages entsteht. In solchem Falle liegt eine wirkliche Schuld vor, kein Reservefonds im Sinne des vorliegenden Paragraphen; über diesen Betrag darf die Gesellschaft nicht mehr frei verfügen. Es mag hier übrigens zur Verdeutlichung bemerkt werden, daß für die Dividendenberechnung keineswegs ein dem § 237 gleicher Grundsatz gilt, daß nämlich sämtliche Abschreibungen und Rücklagen abzuziehen seien, ehe die Dividende verteilt wird. Hier ist vielmehr die Pemselsche Formel (vgl. oben Anm. 14) zutreffend, daß wohl zu unterscheiden ist zwischen solchen Abschreibungen und Rücklagen, die bei der der Ermittlung des Reingewinnes gemacht werden und solchen Abschreibungen und Rücklagen, die vom Reingewinn gemacht werden. Nur die ersteren gehen bei der Dividendenberechnung ab. Daß die letzteren von der Dividende abgezogen werden, braucht sich der Aktionär nicht gefallen zu lassen, da er einen Anspruch auf den ganzen jährlichen Reingewinn hat. Aber die Anfechtung ist ihm erschwert und durch die Nichtanfechtung werden solche Abzüge gültig. Auch können die Statuten hier abändernde Bestimmungen treffen (vgl. hierüber §§ 213, 214, 261, 271 und Anm. 9 zu § 213). Anm. 17.

Da nun bei der Tantiemeberechnung die sämtlichen Abschreibungen und insbesondere Reserven abzuziehen sind, bei der Dividendenberechnung dagegen nur die notwendigen, dagegen andererseits Dividende nicht eher verteilt werden kann, als bis die Tantieme für den Vorstand abgeht, sofern nichts Entgegenstehendes vereinbart ist, da endlich der Vortrag nicht tantiemepflichtig ist, so werden hierdurch häufig verschiedene, ziemlich komplizierte Berechnungen der Tantieme und der Dividende notwendig werden. Bei der Berechnung ist zu berücksichtigen, daß die Tantieme eine Zahlung aus dem Reingewinn ist. Sind 100000 Mk. Gewinn vorhanden und hat der Vorstand 4% Tantieme, so sind diese 4% von 100000 Mk. nicht von 96000 Mk. zu berechnen (RG. in JW. 02, 255 [22]). Über Formeln zur Berechnung der Tantieme s. Preische 27 ff. Vielfach wird die Tantieme unter „Geschäftsunkosten" gebucht, dies ist zulässig. Natürlich muß die Berechnung der Tantieme zunächst gemäß der gesetzlichen Vorschrift aus dem Reingewinn erfolgen; die so ermittelte Tantieme aber kann dann unter „Geschäftsunkosten" verbucht werden (so Rehm 659 gegen Simon 95 Anm. 75). Anm. 18.

5. **Anderen Beschränkungen ist die Tantiemeberechnung nicht unterworfen.** Insbesondere ist also seiner Höhe nach der Prozentsatz unbeschränkt, und ferner ist nicht vorgeschrieben, daß erst ein bestimmter Teil des Reingewinnes den Aktionären zugute kommen muß, ehe die Tantieme- Anm. 19.

§ 237. berechnung für die Vorstandsmitglieder beginnt (anders bei der Tantieme für die Aufsichtsratsmitglieder nach § 245).

Anm. 20. 6. **Folgen der Nichteinhaltung der Tantiemebeschränkungen.** Sind dem Gesetze zuwider Tantiemen bezahlt, so muß sie der Empfänger zurückerstatten (§ 134 BGB.); sein guter Glaube schützt ihn nicht. Außerdem ist der Vorstand gemäß § 241 HGB. ersatzpflichtig.

Zusatz 1. Allgemeine Grundsätze über den Tantiemeanspruch des Vorstandes.

Anm. 21. 1. **Der Tantiemeanspruch kann auf dem Gesellschaftsvertrage oder auf dem Dienstvertrage oder auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruhen.** In allen Fällen unterliegt er den hier in Rede stehenden Beschränkungen. Daß er auch auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruhen kann, ist vom ROHG. 22, 281 besonders hervorgehoben. Das Schweigen des Statuts kann nicht dahin gedeutet werden, daß die Vorstandsmitglieder keine Tantieme erhalten dürfen. Wenn aber die Statuten eine solche Bestimmung oder einen bestimmten Tantiemesatz enthalten, so ist ein darüber hinausgehender Generalversammlungsbeschluß eine Verletzung der Statuten und unterliegt den Bestimmungen solcher Statutenverletzungen (Anfechtbarkeit, aber Gültigkeit mangels Anfechtung).

Anm. 22. 2. **Teilung des Tantiemeanspruchs beim Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder.** Wenn die Quelle des Tantiemeanspruchs (Statut, Dienstvertrag, Generalversammlungsbeschluß) darüber nichts angibt, daß dem einzelnen Vorstandsmitgliede ein direkter Anspruch an die Gesellschaft auf einen bestimmten Teil des Jahresgewinnes zusteht, wenn vielmehr der betreffende Anteil am Jahresgewinn allen Vorstandsmitgliedern gemeinsam zusteht, so fällt doch dieser gemeinsame Anspruch im Zweifel auseinander in gleichmäßige Anteile an diesem Anspruche (§ 420 BGB.), die demgemäß von jedem einzelnen Vorstandsmitgliede direkt gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können.

Anm. 23. 3. **Berechnung des Tantiemeanspruchs für den Fall, daß der Anspruch im Laufe des Geschäftsjahres aufhört.** Insoweit das Vorstandsmitglied, dessen Amt im Laufe des Geschäftsjahres aufhört, überhaupt pro rata temporis seine Vergütung zu beanspruchen hat, hat es auch auf den Jahresgewinn pro rata temporis Anspruch. Das ist nicht etwa ein Anspruch auf einen Anteil an einem für den betreffenden Jahresteil zu berechnenden Gewinn, sondern auf einen Anteil am ganzen Jahresgewinn pro rata temporis. Ob in dem betreffenden Jahresabschnitt mehr oder weniger oder gar nichts verdient ist, ist gleichgültig. Denn der Anspruch geht eben von vornherein auf einen Teil des J a h r e s gewinnes, und überdies kann das bessere oder schlechtere Resultat des zweiten Jahresabschnitts sehr wohl seine Ursache in der Geschäftstätigkeit des ersten Jahresabschnitts haben.

Anm. 24. 4. **Die Tantieme wird mit rechtsgültiger Fassung des Dividendenverteilungsbeschlusses fällig.** Ja selbst dann, wenn dieser Beschluß nicht gefaßt sein sollte, weil zwar ein Reingewinn vorhanden, aber die Mittel zur Verteilung nicht ausreichen, so würde doch der Tantiemeanspruch fällig werden, und zwar mit rechtsgültiger Fassung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses (RG. 11, 163).

Anm. 25. 5. **Über Berechnung der Einkommensteuer** der Tantiemen vgl. PrOVGSt. bei Bauer 12, 28.

Anm. 26. 6. Über Rückzahlung, wenn sich die Bilanz nachträglich als falsch herausstellt, vgl. Anm. 24 zu § 217.

Anm. 27. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Die Vorschrift des § 237 hat zwingenden Charakter (Anm. 10): schließt daher entgegenstehende Statutenbestimmungen und Verträge, die unter der Herrschaft des jetzt geltenden HGB. abgeschlossen werden, aus. Sie ist aber lediglich eine Zweckmäßigkeitsmaßnahme, nicht eine einem sittlichen Empfinden Ausdruck gebende Rechtsnorm. Sie hat daher rückwirkenden Charakter nicht (so RG. in JW. 02, 255[22]; Goldmann Anm. 9; Pinner bei Gruchot 44, 657; Rehm in DJZ. 01, 491 gegen Rießer, Neuerungen 26; Riesenfeld, Einfluß 104; Lehmann-Ring Nr. 6). Sowohl Statutenbestimmungen aus der Zeit vor dem Gesetz (anders 6./7. Aufl.), als bestehende Dienstverträge bleiben daher in Kraft.

Für letztere greift hier die Vorschrift der Art. 170 und 171 EG. z. BGB. Platz, nach denen auf die bestehenden Dienstverhältnisse das frühere Recht zur Anwendung kommt bis zu dem Zeit-

punkt, in dem infolge der Unterlassung einer nach dem früheren Recht zulässigen Kündigung das Vertragsverhältnis sich unter dem neuen Recht fortsetzt. Bei Vorstandsmitgliedern, die, wie so häufig, ohne bestimmte Vertragsdauer oder ohne besondere Kündigungsfrist angestellt waren, kam von Anfang des Jahres 1900 an das neue Recht zur Anwendung. Bei Vorstandsmitgliedern, die auf längere Zeit über den 1. Januar 1900 hinaus fest angestellt waren, kommt zunächst für die Vertragsdauer noch das alte Recht zur Anwendung. § 237.

§ 238.

Sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein Anderes bestimmt ist, darf der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsraths bestellen. Diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine Wirkung. § 238.

Der Paragraph handelt von der Möglichkeit der Prokuristenbestellung für die Aktiengesellschaft. Einleitung.

In der folgenden Erläuterung soll jedoch, damit alle hinsichtlich dieses Gegenstandes wichtigen Punkte zur Erörterung gelangen, **die Prokura bei Aktiengesellschaften vollständig behandelt werden.**

1. **Der Begriff der Prokura, die Art ihrer Entstehung und der Sonderfall der Gesamtprokura.** Anm. 1.

a) Der Begriff der Prokura ist hier selbstverständlich unverändert (Anm. 2 zu § 48). Der Unterschied des Prokuristen vom Vorstande liegt darin, daß der letztere gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft und deshalb zu allen Rechtshandlungen befugt ist, ersterer nur zu einem begrenzten Kreise von Geschäften, wenn auch diese Grenzen sehr weit gezogen sind.

Der Prokurist vertritt, wie festzuhalten ist, nicht den Vorstand, sondern die Gesellschaft.

b) Die Erteilung der Prokura. Sie erfolgt auf dieselbe Weise, wie im § 48 vorgesehen. Es ist aber im vorliegenden Paragraphen eine Sondervorschrift gegeben, deren Sinn und Tragweite hier zu erörtern ist. Diese Vorschrift geht dahin, daß, wenn Gesellschaftsvertrag oder Generalversammlung nichts anderes bestimmen, der Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats Prokuristen bestellen kann. Die Vorschrift hat jedoch Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung. Anm. 2.

Diese Vorschrift ist erstens rein dispositiv, zweitens eine lediglich nach innen wirkende.

α) Die Vorschrift ist rein dispositiv. Sie gilt nur, wenn der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung nicht anders bestimmen. Der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung aber können den Vorstand von dieser Beschränkung auch befreien, oder auch umgekehrt ihm andere Beschränkungen auferlegen, z. B. die Zustimmung der Generalversammlung, oder die Prokuraerteilung ganz untersagen. Die Privatautonomie ist hier in keiner Weise beschränkt. Anm. 3.

β) Die Vorschrift wirkt nur nach innen. Nach außen ist der Vorstand auch in dieser Hinsicht gesetzlicher Vertreter mit schrankenloser Befugnis. Hat der Vorstand auf die im § 48 bezeichnete Art jemandem Prokura erteilt, so ist dieser Prokurist mit allen Rechtswirkungen nach außen (§ 235). Ob die Prokuraerteilung aus inneren Gründen zu Unrecht geschah, d. h. dem Gesellschaftsvertrage oder einer Anordnung der inneren Organe zuwiderlief, hat der Vorstand nach innen zu verantworten. Nach außen ist seine Rechtshandlung jedenfalls wirksam. Insbesondere hat auch der Registerrichter eine solche Prokura zu respektieren (unten Anm. 8). Anm. 4.

c) **Die Gesamtprokura.** Darüber vgl. Anm. 9 ff. zu § 48. Zu bemerken ist, daß der Gesamtprokurist auch zum Handlungsbevollmächtigten bestellt werden kann (RG. bei Bauer 8, 123).

2. **Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht.** Der im § 49 vorgesehene Umfang der Prokura ist hier begrifflich nicht der gleiche, wie sonst. Der Zusammenhang der Gesetze ergibt, daß er hier ein weiterer ist. Denn nach § 49 ermächtigt die Prokura im allgemeinen nur zu solchen Rechtsgeschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich Anm. 5.

§ 238. bringt. Die Aktiengesellschaft ist nun aber Handelsgesellschaft auch dann, wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt (§ 210 Abs. 2). Als Wille des Gesetzgebers muß hieraus gefolgert werden, daß hier die Prokura zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die das von ihr betriebene Gewerbe, es mag ein Handelsgewerbe sein oder nicht, mit sich bringt (außer natürlich zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken, KG. bei Bauer 10, 201). Ebenso ermächtigt die Prokura zu allen die Erledigung ihrer Vermögensangelegenheiten mit sich bringenden Geschäften, wenn sie überhaupt kein Gewerbe betreibt (z. B. wenn eine Loge, eine Studentenverbindung für ihre Zwecke ein Grundstück erwirbt und auf dieser Grundlage eine Aktiengesellschaft gründet). — S. auch Pinner, 152.

Anm. 6. *Bei der Aktiengesellschaft ist es aber fraglich, ob der Prokurist auch die Gesellschaft gegenüber den Aktionären vertreten kann.* Soweit dies zum Betriebe des Gewerbes oder ihrer sonstigen Vermögensangelegenheiten gehört, ist er hierzu berechtigt. Eine Ausnahme machen die internen Akte, die dem Vorstande als solchem obliegen, also insbesondere die für die Aktionäre bestimmten Bekanntmachungen. Der Prokurist kann daher nicht die Generalversammlung einberufen, auch nicht die Veröffentlichung wegen Einforderung der rückständigen Einlagen erlassen. Wohl aber kann er die eingeforderten Einzahlungen einziehen.

Anm. 7. 3. **Die Unbeschränkbarkeit der Prokura** gilt auch hier als Grundsatz (vgl. § 50). Und auch hier gilt, was im § 50 über die Zulässigkeit von Ausnahmen gesagt ist, insbesondere auch über die Prokura für eine Zweigniederlassung.

Die Kenntnis des Dritten von einer gleichwohl festgesetzten Beschränkung macht diese auch hier nicht wirksam, wohl aber Kollusion, die aber in bloßer Kenntnis der Beschränkung nicht liegt (RG. 22, 75). Über Kollusion s. Anm. 15 zu § 126.

4. **Die Vorschriften über die Form der Prokurazeichnung** gelten hier unverändert (vgl. § 51).

Anm. 8. 5. **Die Eintragung der Prokura und ihres Erlöschens** (vgl. § 53).

a) *Die Eintragung der Prokura* ist auch hier nicht wesentlich für ihre Erteilung und Existenz. Hat der Vorstand — gleichviel ob mit oder ohne Genehmigung der Organe, an deren Zustimmung er gebunden ist — auf irgendwelche Weise die Prokura erteilt, so ist sie anzumelden. Nicht nur, daß der Registerrichter bei der Anmeldung nicht zu prüfen hat, ob der Vorstand bei der Erteilung innerhalb der statutarischen Beschränkungen gehandelt hat, sondern er muß die Prokura sogar dann eintragen, wenn er in dieser Beziehung das Gegenteil weiß. Denn auch dann liegt eine nach außen wirksame Prokura vor, und das ist allein für den Registerrichter entscheidend (ebenso Lehmann-Ring Nr. 3; Biberfeld in ZgA. 11, 211; Rehsner in ZHR. 53, 216; Lehmann II 333 Anm. 2; Pinner 152; LG. Breslau bei Holdheim 3, 325; Schultze-Görlitz in DNotVZ. 4, 152; dagegen Goldmann Anm. 15 und KGJ. 22 A S. 111. Die Gründe des Kammergerichts sind nicht überzeugend. Der Registerrichter hat lediglich zu prüfen, ob eine nach außen rechtsgültige Handlung vorliegt; ob der Vorstand die Beschränkungen gegenüber der Gesellschaft innegehalten hat, ist interne Gesellschaftsangelegenheit). Die Zustimmung des Aufsichtsrats ist hiernach dem Registerrichter nicht beizubringen. Ganz unbegründet ist es, wenn der Registerrichter die Eintragung dann versagt, wenn die Statuten über die Bestellung der Prokura nichts enthalten; denn dann greift eben die gesetzliche Bestimmung Platz (LG. I Berlin in KGBl. 93, 68). Das gleiche gilt, wenn die Statuten die Bestimmung enthalten, daß die Gesellschaft durch ein oder mehrere Vorstandsmitglieder vertreten wird. Denn damit ist nur die *gesetzliche* Vertretung geregelt, nicht aber ausgeschlossen, daß die Gesellschaft durch Prokuristen als gewillkürte Vertreter vertreten werden kann. Ja, selbst wenn die Statuten die Bestimmung enthielten, daß Prokuristen *nicht* bestellt werden dürfen, wäre das nach außen nicht gültig, denn darin läge nur eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes dahin, daß er Prokuristen nicht bestellen könne, und diese Beschränkung wäre eben nach außen nicht wirksam (§ 235 und Anm. 13 dazu).

Anm. 9. b) *Die Anmeldung der Prokura* ist vom Vorstande zu bewirken, und zwar in der Zusammensetzung, in der er auch sonst die Gesellschaft vertritt. Der Vorstand tritt hier an die

Stelle des Inhabers des Handelsgewerbes nach § 53. Der Vorstand kann nach § 14 durch **§ 238.** Ordnungsstrafen zur Anmeldung angehalten werden.

c) Das **Erlöschen der Prokura** ist in gleicher Weise anzumelden, und zwar wiederum vom Vorstande; Generalversammlung und Aufsichtsrat können nur durch die ihnen zustehenden Machtmittel auf den Vorstand einwirken, daß er die Löschung bewirke. Selbst können sie die Anmeldung nicht bewirken. Anm. 10.

6. **Die Grundsätze über die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung des Erlöschens der Prokura** (Anm. 5 ff. zu § 53) gelten hier unverändert. Anm. 11.

7. **Die Rechtswirkungen der auf Grund der Prokura abgeschlossenen Rechtsgeschäfte** (Anm. 1 ff. im Erl. zu § 58; Anm. 1 im Erl. zu § 53) treffen hier die Gesellschaft, nicht etwa den Vorstand. Denn der Prokurist ist Vertreter der Gesellschaft, nicht des Vorstandes, **das gleiche gilt vom vertraglichen Versehen.** Anm. 12.

Bei außervertraglichen Versehen haftet die Gesellschaft in der Regel nicht, weil der Prokurist nicht ihr gesetzlicher Vertreter ist (näheres Anm. 44 zu § 232 und Anm. 32 im Erl. zu § 58).

Es kann aber die Frage aufgeworfen werden, ob für Versehen der Prokuristen nicht auch der Vorstand schlechthin haftet. Eine Bemerkung der Motive zum AGes. von 1884 (I 349) deutet darauf hin, als ob deren Autor diese Auffassung hätte. Denn es heißt dort, „daß durch die Bestellung von Prokuristen die Verantwortlichkeit des Vorstandes für deren Handlungen weder der Gesellschaft, noch den Gläubigern gegenüber beseitigt werde". Allein eine ganz allgemeine Haftung des Vorstandes für die Versehen der Prokuristen ist aus keinem Gesetze und Rechtsgrundsatze herzuleiten. Vielmehr haftet der Vorstand nicht anders wie sonst, d. h. für eigene Pflichtverletzung (§ 241). Daraus folgt, daß er für Versehen des Prokuristen schlechthin verantwortlich ist, wenn er ihn ohne die vorgeschriebene Genehmigung bestellt hat, sonst nur bei culpa in eligendo aut custodiendo (§ 664 Abs. 1 BGB.). Im ersteren Falle liegt eine vorsätzliche Pflichtverletzung vor, für deren schädliche Folgen er haftet, auch wenn er diese nicht voraussah (Behrend § 126 Anm. 14; Förtsch Anm. 6 zu Art. 234. Vgl. Dernburg II § 63 II 1; auch bei uns Anm. 13 ff. zu § 114). Anm. 13.

8. **Der Widerruf der Prokura** ist hier ebenfalls stets gestattet (§ 52). Es fragt sich aber, **wer die Prokura widerrufen kann.** Nach innen wird man annehmen müssen, daß die Organe, die zur Erteilung ihre Zustimmung erteilen müssen, auch vom Vorstande verlangen können, daß er die Prokura widerrufe (dagegen Goldmann Anm. 19). Außerdem aber muß man den Vorstand stets für befugt erachten, die Prokura zu widerrufen. Mit Wirkung nach außen sicherlich. Aber auch nach innen ist er selbst dann selbständig zu widerrufen befugt, wenn andere Organe zur Erteilung der Prokura ihre Zustimmung geben müssen, es sei denn, daß ihm der Widerruf ausdrücklich untersagt wurde. Denn das für die Prokurenbestellung aufgestellte Zustimmungserfordernis hat seinen besonderen gesetzgeberischen Grund und leidet keine entsprechende Ausdehnung auf den Prokurenwiderruf (Behrend § 126 Anm. 2; Förtsch Anm. 5 zu Art. 234; Pinner 153). Anm. 14.

9. **Im Liquidationsstadium** findet die Bestellung von Prokuristen nicht statt. Anm. 15.

Zusatz. Daß die Aktiengesellschaft auch durch sonstige Bevollmächtigte vertreten werden kann, hat der frühere Art. 236 ausdrücklich hervorgehoben. Er ist als überflüssig gestrichen, weil er sich aus §§ 6 und 54 von selbst ergibt. **Der Bevollmächtigte der Aktiengesellschaft wird regelmäßig vom Vorstande bestellt.** Soweit die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats reicht, kann auch dieser einen Bevollmächtigten bestellen, z. B. einen Prozeßbevollmächtigten im Falle des § 247. Die Befugnis des Vorstandes (und auch des Aufsichtsrats, soweit dessen Vertretungsbefugnis reicht) zur Bestellung von Bevollmächtigten kann nach innen beschränkt werden, nach außen nicht, nach außen ist der Vorstand berechtigt, Bevollmächtigte im weitesten Umfange, auch Generalbevollmächtigte, zu bestellen (vgl. RG. 22, 75). **Aber auch die Bevollmächtigten selbst können, soweit dies den Rahmen ihrer Vollmacht nicht überschreitet, Bevollmächtigte mit der Wirkung bestellen, daß diese die** Anm. 16.

§ 238. Aktiengesellschaft direkt vertreten. So kann z. B. der Prokurist Handlungsbevollmächtigte bestellen, ebenso der Generalhandlungsbevollmächtigte. Der Umfang der jedesmal erteilten Vollmacht richtet sich nach den anderweit entwickelten Grundsätzen (vgl. Anm. 17 ff. zu § 54; auch Bolze 19 Nr. 301 und RG. in JW. 00, 664[18]).

Anm. 17. Der Widerruf steht jedenfalls dem Vorstand zu, auch dann, wenn die Bestellung durch ein anderes Organ erfolgt ist, auch dann, wenn das Widerrufsrecht des Vorstandes nach innen beschränkt sein sollte. Dem Dritten gegenüber gelten solche Beschränkungen nicht, und der Bevollmächtigte ist in dieser Hinsicht ein Dritter (Behrend § 127a Anm. 4).

Anm. 18. Auch Beamte (Handlungsgehilfen oder sonstige Gehilfen) kann natürlich die Aktiengesellschaft haben. Für deren Dienstverhältnis gelten die anderweit entwickelten Grundsätze. Für ihr Tantiemeberechnung kommen weder die Vorschriften des § 237, noch des § 245, also weder die Beschränkungen für die Vorstandsmitglieder, noch die für die Aufsichtsratsmitglieder, in Betracht.

§ 239.

§ 239. **Der Vorstand hat Sorge dafür zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden.**

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph legt dem Vorstande die Verpflichtung auf, für die Führung der erforderlichen Bücher Sorge zu tragen.**

1. **Daß jede Aktiengesellschaft Bücher zu führen hat,** sie mag ein Handelsgewerbe betreiben oder nicht, folgt aus anderen Bestimmungen (§ 210 Abs. 2; § 6 Abs. 2). Für Versicherungsgesellschaften gelten besondere Bestimmungen, vgl. § 55 PrivVersUntGes.

Anm. 2. 2. **Die verpflichteten Personen.** Der Vorstand (auch der stellvertretende, § 242) hat Sorge zu tragen, sagt das Gesetz. Es handelt sich um eine gesetzliche Verpflichtung, die dem Vorstande als solchem obliegt. Statuten, Dienstverträge oder Generalversammlungsbeschlüsse vermögen an dieser gesetzlichen Verpflichtung insoweit nichts zu ändern, als die strafrechtliche Verantwortlichkeit in Frage ist. Diese verbleibt vielmehr immer bei allen Mitgliedern des Vorstandes (Plenar-Urteil des RGSt. 13, 235; ebenda 358). Auch eine im gegebenen Falle vielleicht zulässige Suspension vom Amte kann an dieser gesetzlichen Verpflichtung nichts ändern, woraus umgekehrt folgt, daß das im übrigen suspendierte Vorstandsmitglied zu allen jenen Tätigkeiten zugelassen zu werden verlangen kann, die erforderlich sind, um seine gesetzliche Pflicht wegen der Buchführung zu erfüllen (vgl. Anm. 7 zu § 231). Doch wird eine Geschäftsverteilung nicht immer ohne Einfluß sein, indem einem Vorstandsmitgliede unter Umständen der Entschuldigungsbeweis offen steht, daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen ist, der gesetzlichen Verpflichtung zu genügen. Ist z. B. das von der Buchführung entlastete Vorstandsmitglied über die ordnungsmäßige Buchführung getäuscht worden, so kann dies unter Umständen Straffreiheit zur Folge haben (vgl. Anm. 4 zu § 38). Es muß eine schuldhafte Verletzung der Pflicht vorliegen (RGSt. 29, 308). Überall ist hier festzuhalten, daß dem Vorstande nicht etwa zur Pflicht gemacht ist, die Bücher eigenhändig zu führen, sondern nur dafür Sorge zu tragen, daß sie ordnungsmäßig geführt werden (ROHG. 18, 397).

Der Aufsichtsrat hat zwar die Überwachungspflicht, aus der sich zivilrechtliche Haftbarkeit ergeben kann, nicht aber die strafrechtliche Verantwortung.

Anm. 3. 3. **Die erforderlichen Bücher** hat der Vorstand zu führen, und, wie nach dem Zusammenhange der gesetzlichen Bestimmungen als selbstverständlich zu ergänzen ist, **die mit der Buchführung im Zusammenhange stehenden Verpflichtungen zu erfüllen** (Zurückbehaltung von Abschriften nach § 38 Abs. 2; Aufbewahrung der Bücher nach § 44; sonstige erforderliche Aufzeichnungen nach § 43 usw.). Neben der Sorge für die Buchführung steht die aus § 241 folgende Prüfungspflicht der Bücher und sonstigen Unterlagen, soweit diese Prüfung für die Aufstellung einer richtigen Bilanz erforderlich ist (RG. bei Holdheim 13, 135).

Anm. 4. Neben der Pflicht zur Buchführung und Bilanzvorlegung gibt es eine besondere Pflicht zur Rechnungslegung für den Vorstand nicht (OLG. Posen bei Bauer 12, 155).

Im einzelnen sind die Vorschriften der §§ 38ff. hierher zu übertragen. § 239.
Hierzu ist zu bemerken: Anm. 5.

a) § 38 (Pflicht zur ordnungsmäßigen Buchführung überhaupt und zur Zurückbehaltung der Briefabschriften). Diese Vorschrift ist voll anwendbar. Über Zahl und Art der Geschäftsbücher ist auch hier nichts besonderes vorgeschrieben. Allein da den Aktiengesellschaften eine Gewinn- und Verlustrechnung zur Pflicht gemacht ist, diese aber nur bei doppelter Buchführung möglich ist, so liegt hierin implicite das Gebot der doppelten Buchführung (vgl. Anm. 6 zu § 38; anders Behrend 129).

Über die Gewinn- und Verlustrechnung vgl. zu § 260. Anm. 6.

b) § 39 (Pflicht zu jährlicher Bilanzziehung und zur Ziehung der Eröffnungsbilanz).

Über die alljährliche Bilanzziehung s. Anm. 3 zu § 39; über den materiellen Inhalt der jährlichen Bilanz § 261. Die Vorschriften dieses Paragraphen gelten auch für die Eröffnungsbilanz.

Was aber die **Eröffnungsbilanz bei den Aktiengesellschaften**, die übrigens nicht von der Generalversammlung genehmigt zu werden braucht (RGSt. 29, 223), anbelangt, so ist diese für den Augenblick aufzustellen, in dem die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft beginnt, d. h. für den Tag der Eintragung (vgl. RGSt. 29, 223). Den Stand des Vermögens an diesem Tage muß die Eröffnungsbilanz ersehen lassen. Eine frühere Bilanz der Vorbesitzer oder Gründer entbindet nicht von dieser Verpflichtung (RGSt. 29, 223). Hiergegen fehlen die Aktiengesellschaften oft, z. B. wenn das Geschäft schon im Stadium der Gründung begonnen war (vgl. RGSt. 29, 223), oder auch, wenn das Geschäft erst später beginnt; auch dann ist die Eröffnungsbilanz sofort nach Eintragung zu ziehen. § 39 („bei Beginn des Handelsgewerbes") ist hier deswegen nicht wörtlich anzuwenden, weil eine Aktiengesellschaft Kaufmann ist, auch ohne daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, also auch, bevor sie dies tut. Anm. 7.

Ferner kommt in der Praxis sehr häufig folgender Fehler vor: In Einbringungs- und Übernahmeverträgen wird oft ein bestehendes Geschäft derart erworben, daß es als von einem früheren Zeitpunkte an für Rechnung der Gesellschaft geführt gilt (vgl. Anm. 21 zu § 186). Z. B. der Erwerbsvertrag wird am 1. Juni 1891 abgeschlossen, aber auf Grundlage der Bilanz per 31. Dezember 1890. Von da ab soll das Geschäft als für Rechnung der künftigen Gesellschaft geführt gelten. Die in solchen Fällen in dem Prospekt veröffentlichte und demnächst in die Bücher eingetragene Einstandsbilanz schließt sich nach der Übung der Aktiengesellschaften an die Bilanz des Geschäftsvorgängers per 31. Dezember 1890 und wird so aufgestellt, als wenn die Gesellschaft am 31. Dezember 1890 begonnen hätte. Das ist nicht richtig. Vielmehr muß am Tage der Eintragung ein neues Inventar und eine neue Bilanz aufgenommen werden, die dann die Eröffnungsbilanz bildet. Es kann dies im Einzelfall wesentliche Unterschiede besonders für die Gewinnverteilung zur Folge haben. Es kann z. B. in der Zwischenzeit zwischen dem 1. Januar bis zum 1. Juli, an welchem Tage die Gesellschaft eingetragen wird, ein Gewinn erzielt sein. Dieser darf aber nicht als Gewinn gebucht werden. Nur was die Gesellschaft selbst während ihrer Existenz an Gewinn erzielt hat, kann als solcher gebucht und verteilt werden. Die Bilanz per 31. Dezember 1890 hat in solchem Falle nur die Grundlage der Preisberechnung abgegeben. Das verkaufte Geschäft ist in Wahrheit das Geschäft, wie es sich zur Zeit der Übergabe stellt. Ist diesem Objekte in der Zwischenzeit etwas zugewachsen, so ist eben das Objekt wertvoller, billiger geworden, aber es darf nur zu dem vertragsmäßig vereinbarten Erwerbspreise in die Bilanz eingestellt werden (überall zust. OLG. Jena bei Holdheim 2, 219; desgleichen Pinner 197; Lehmann-Ring Nr. 9 zu § 260). Anm. 8.

Diese Ausführungen müssen auch gegenüber den Angriffen Simons (105ff.) aufrechterhalten werden. Sie sind die klare und logische Folge der gesetzlichen Vorschriften. Die Aktiengesellschaft entsteht erst durch Eintragung. In diesem Augenblick beginnt ihre rechtliche Existenz und ihr Gewerbebetrieb. Wie jeder Kaufmann „beim Beginne seines Handels-

§ 239. gewerbes", so hat auch sie bei der Eintragung die Eröffnungsbilanz zu machen (§ 39, § 6). Diese wird durch den Vorstand als solchen aufgenommen (§ 239), und zwar in der Weise, daß die in diesem Augenblick vorhandenen Vermögensobjekte und Schulden genau verzeichnet und nach ihrem Werte angegeben werden (§ 39). Nicht, was die Gesellschaft gehabt hätte, wenn sie am 31. Dezember 1890 ihr Handelsgewerbe begonnen hätte, sondern was sie jetzt am 1. Juli 1891 hat, da sie ihr Handelsgewerbe beginnt, ist der Inventarisierung und Abschätzung zugrunde zu legen. Alles das schreibt § 39 klar und bestimmt vor. Die Sonderbestimmungen des Aktienrechts enthalten nichts, was dem entgegenstände. Es ist verfehlt, wenn Simon sagt, es widerspreche dies „den Grundprinzipien des Aktienrechts", weil ja die Einbringungspreise durch das Statut „festgelegt" werden. Denn das Statut legt nur fest, welchen Preis die Gründer und die Prüfungsorgane bewilligt haben und für angemessen hielten. Dieser Preis ist für die Eröffnungsbilanz maßgebend für den Fall, daß die im Augenblick der Eintragung vorhandenen Werte mehr wert sein sollten, als dieser Anschaffungspreis beträgt, weil nach den aktienrechtlichen Bilanzvorschriften ein höherer als der Anschaffungspreis nicht eingestellt werden darf. Wenn aber die vorhandenen Gegenstände weniger wert sind als der Einbringungspreis, so ist dieser geringere Wert allein maßgebend. Wenn durch einen Gründungsvertrag vom 1. Juni 1891 ein Geschäft „nach der Bilanz vom 31. Dezember 1890" eingebracht wird, so bedeutet das nichts anderes als: eingebracht wird ein Geschäft, das am 31. Dezember 1890 soundsoviel Aktiva und soundsoviel Passiva hatte, und das im Gange ist. Darin liegt eine Beschreibung des Geschäfts, die für die Wertsbemessung durch die erwerbenden Gründer und zur Information für die Interessenten geeignet und deshalb auch als genügende Festsetzung der Einlage im Sinne der Gründungsvorschrift des § 186 Abs. 2 betrachtet werden kann. Aber für die Eröffnungsbilanz ist diese Qualitätsbeschreibung nicht maßgebend. Die Eröffnungsbilanz muß die Gegenstände, mit denen in Wahrheit die Gesellschaft ihr Handelsgewerbe beginnt, verzeichnen und den Wert zu dieser Zeit angeben. Sie hat den Vermögensstand wiederzugeben im Augenblick, in dem sie ihr Handelsgewerbe beginnt, nicht den Vermögensstand, wie er gewesen wäre, wenn sie ihr Handelsgewerbe am 31. Dezember 1890 begonnen hätte! Hat das Geschäft seit dem 31. Dezember 1890 Zugang an Vermögensobjekten aufzuweisen, so sind die zugekommenen Gegenstände mit zu verzeichnen, der Gesamtansatz der Bilanz darf sich gegen den Anschaffungspreis nicht vergrößern, weil hier die aktienrechtliche Sondervorschrift des § 261 eingreift; der etwaige Zugang kann nicht als Gewinn erscheinen; soweit aber andrerseits ein Abgang von Vermögensgegenständen oder eine Entwertung derselben stattgefunden hat, muß dies Berücksichtigung finden und es muß dann die geringere Ziffer in die Bilanz eingestellt werden, selbst wenn dadurch die Gesellschaft sofort mit einer Unterbilanz begänne. Die Eröffnungsbilanz wäre sonst falsch, und daß diese Klarheit hervortrete, widerspricht nicht dem Gesetze, sondern grade dies fordert das Gesetz im § 39. Die Angaben, Festsetzungen und Abschätzungen im Stadium der Gründung haben mit dieser vom Vorstande der entstandenen Gesellschaft aufzustellenden Verzeichnung, Festsetzung und Abschätzung im Augenblick des Beginns des Handelsgewerbes nichts zu tun. Der Gesellschaftsvertrag legt nach dieser Richtung nichts anderes fest als die historische Tatsache, daß für gewisse Gegenstände ein bestimmter Preis von den Gründern für angemessen erachtet und bewilligt wurde. Diese statutarischen „Festsetzungen", wie sich § 186 Abs. 3 ausdrückt, sind aber keine Festlegungen, die den Vorstand bei Aufstellung der Eröffnungsbilanz binden könnten. Die Eröffnungsbilanz hat vielmehr der Vorstand selbständig aufzumachen und dabei das aufzunehmen, was er vorfindet, und die Preise, die er für angemessen hält. An jene Festsetzungen ist der Vorstand selbst dann nicht gebunden, wenn sich gar nichts am Bestande ändert. Auch dann hat er selbständig den Wert zu prüfen. Man erwäge doch, daß schon die Gründungsrevisoren den von den Gründern festgesetzten Wert nachprüfen und unter Umständen anders beurteilen können. Und nun sollte der Vorstand an die Bewertungen der Gründer als an eine „festgelegte Sache" bei der Eröffnungsbilanz gebunden sein? Um

wie viel mehr ist eigene Bestandsaufnahme und Abschätzung erforderlich, wenn ein im Gange befindliches Geschäft mit der Chance des Gewinnes und des Verlustes gekauft ist? Da heißt es festzustellen: Was hat denn nun eigentlich die Gesellschaft erworben? Womit beginnt sie ihr Handelsgewerbe, ihre Existenz? Nur so sind ihre Chancen für die Zukunft mit der vom Gesetze gewünschten Klarheit zu übersehen. Ergibt sich hierbei sofort eine Unterbilanz, so ist es gut, daß sie zutage tritt. Ein Gewinn kann dabei nicht zutage treten, weil ja höchstens der Anschaffungspreis einzustellen ist (vgl. auch Anm. 21 zu § 186). § 239.

c) § 40. Daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen ist, gilt auch hier (vgl. über diese Vorschrift Anm. 1 zu § 40). Über die Wertansätze stellt das Aktienrecht Sondervorschriften auf (§ 261); für Versicherungsgesellschaften bestimmt das PrivVersUntGes. §§ 56ff. Besonderes in betreff des Prämienreservefonds. Anm. 9.

d) § 41. Die Pflicht zur Unterzeichnung der Bilanz liegt hier den Vorstandsmitgliedern ob, und zwar sämtlichen (vgl. oben Anm. 2 und Anm. 1 zu § 41; insbesondere die Entsch. des RGSt. 7, 87; 8, 424). Anm. 10.

e) § 43 ist sinngemäß anwendbar. Zu den sonst erforderlichen Aufzeichnungen ist auch das Aktienbuch (bei Namensaktien) zu rechnen (vgl. über dieses bei Namensaktien Anm. 1 zu § 222 und bei Inhaberaktien Anm. 16 zu § 223). Anm. 11.

f) § 44. Die Pflicht zur Aufbewahrung ist hier anwendbar (vgl. Anm. 3). Anm. 12.

g) §§ 45 und 46 greifen auch hier Platz.

§ 240.

§ 240. **Erreicht der Verlust, der sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, die Hälfte des Grundkapitals, so hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen.**

Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen; dasselbe gilt, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.

Der vorliegende Paragraph setzt die Pflichten des Vorstandes bei eintretenden Schwierigkeiten der Gesellschaftsverhältnisse fest. Dabei hat Abs. 1 das Interesse der Aktionäre, Abs. 2 das Interesse der Gesellschaftsgläubiger im Auge.

1. (Abs. 1.) **Im Interesse der Aktionäre ist angeordnet, daß der Vorstand einen Bilanzverlust in Höhe der Hälfte der Grundkapitalsziffer unverzüglich der Generalversammlung anzeigen muß.** Anm. 1.

a) Bei Aufstellung einer Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz muß sich der Verlust ergeben haben. Aus welchem Anlaß die Zwischenbilanz aufgestellt ist, ist gleichgültig. Eine gesetzliche Verpflichtung zu Zwischenbilanzen, etwa Semestralbilanzen, besteht nicht. Sie können statutarisch angeordnet, auch von der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrat kraft seiner statutarischen Befugnisse gefordert oder aus eigener Initiative des Vorstandes aufgestellt sein.

b) Ein bilanzmäßiger Verlust muß vorhanden sein. Ein Geschäftsverlust im Laufe des Jahres ist gleichgültig, wenn der Saldo der Bilanz keinen Verlust in der hier gemeinten Höhe ergeben hat. Für die Aufstellung der Bilanz, auf Grund deren die Anzeige nach Abs. 1 dieses Paragraphen zu machen ist, gelten die Regeln des § 261 Nr. 1 und 2 nicht. Es ist dies im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich gesagt; es ist aber aus dem Sinn und Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften zu folgern. Die bezeichneten Vorschriften in § 261 bezwecken, die Verteilung von Gewinnen, die noch nicht sicher sind, zu verhindern. Ist ein Gegenstand für 40 gekauft, jetzt aber 100 wert, so darf er nur mit 40 in die Bilanz Anm. 2.

§ 240. aufgenommen werden, der Überschuß von 60 soll nicht eher verteilt werden, als bis durch den Verkauf des Gegenstandes die 60 verdient sind; im Vermögen der Gesellschaft aber befinden sich die 60 schon jetzt. Die Vorschrift kann daher lediglich für die Gewinnverteilungsbilanz d. h. die Bilanz in Betracht kommen, auf Grund deren die Generalversammlung die Dividende beschließt. Der Zweck der dem § 240 Abs. 1 zugrunde liegenden Bilanz aber ist der, festzustellen, wie groß das Vermögen der Gesellschaft ist; es würde dem Zweck des Gesetzes, sowie den tatsächlichen Verhältnissen widersprechen, wollte man auch hier nicht den wirklichen Wert einsetzen, sondern den für die Gewinnverteilung vorgeschriebenen Maßstab anwenden. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber die Vorschriften ausschließen wollte (vgl. die Entstehungsgeschichte bei Simon 464 und die D. 151, die zwar den Worten nach nur von Abs. 2 des § 240 spricht, sinngemäß aber von beiden Absätzen verstanden sein will). Das Gesetz sagt daher auch nicht, wie in dem früheren Art. 240 „aus der ... Bilanz", sondern „bei der Aufstellung der ... Bilanz". Diese Fassung ist, wie die D. erweist, gerade gewählt, um der Auffassung vorzubeugen, daß die Vorschriften des § 261 Nr. 1 und 2 anwendbar sind. Endlich ist es nicht angängig, die Vorschriften in Abs. 1 und 2 des § 240, bei denen die Worte „bei Aufstellung" usw. völlig gleichlautend sind, in dem einen Falle so, im anderen anders auszulegen; und daß in Abs. 2 die Vorschriften des § 261 Nr. 1 und 2 nicht anwendbar sind, ist unbestritten (so gegen 6./7. Aufl. Rehm 2, 26; Cosack § 118 VII 3; Simon 469; Goldmann Anm. 1; Lehmann-Ring Nr. 2; Pinner 154).

Die Vorschrift des § 261 Nr. 3 dagegen ist, da es sich bei ihr um nicht zum Verkauf bestimmte Gegenstände handelt, zu berücksichtigen (Simon 469; Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 3. c) Der Bilanzverlust muß ziffernmäßig so viel betragen, als die Hälfte der Ziffer des Grundkapitals beträgt, d. h. des gezeichneten, nicht etwa des eingezahlten Grundkapitals (Lippold in BuschA. 30, 244). Alsdann ist der Verlust so erheblich, daß die Aktionäre davon verständigt werden müssen, um zu beraten, was nun geschehen soll.

Anm. 4. d) Der Vorstand hat diese Verpflichtung, d. h. der Vorstand in seiner Gesamtheit oder vielmehr in der Zusammensetzung, in der er zur Geschäftsführung befugt ist. Doch muß jedes Mitglied auf die Erfüllung dieser Verpflichtung hinwirken und nötigenfalls dem Aufsichtsrat davon Anzeige machen, da auch dieser die Verpflichtung hat, über die Erfüllung dieser Pflicht zu wachen (auf Grund des § 246).

Anm. 5. e) Das Statut kann den Vorstand von dieser Verpflichtung nicht befreien. Wenn auch die Vorschrift im Interesse der Aktionäre gegeben ist (vgl. die Einleitung) und an die Zuwiderhandlung eine Strafe nicht geknüpft ist, so folgt doch daraus nicht, daß die Bestimmung keinen öffentlich rechtlichen Charakter hat. Sie hatte nur nicht eine so hohe Bedeutung, um auch strafrechtliche Mittel anzuordnen.

Anm. 6. f) Der Vorstand muß. Er kann durch Ordnungsstrafe dazu angehalten werden (§ 319). Außerdem ist er für Erfüllung dieser Pflicht zivilrechtlich haftbar (§ 241), jedoch nicht strafrechtlich. Die D. 151 meint ferner, daß die neue Fassung ergebe, daß es dem Vorstande niemals zur Entschuldigung gereiche, wenn die Bilanz falsch aufgestellt und demzufolge der Verlust des halben Grundkapitals oder die Überschuldung aus der Bilanz nicht zu ersehen sei. Darauf ist zu erwidern, daß eine veränderte Fassung gegen den früheren Art. 240 nicht vorliegt, und ferner, daß die Bemerkung auch sachlich nicht zutrifft. Für die Erfüllung der hier festgestellten Pflicht haftet der Vorstand, wie immer, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Das ist im Gegenteil durch das neue HGB. klarer hingestellt, da der dem vorliegenden § 240 unmittelbar folgende § 241 es ist, der diesen Haftungsgrundsatz ausspricht. Ist also die Bilanz zwar objektiv unzutreffend, aber mit der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleute aufgestellt, so ist der Vorstand entschuldigt.

Anm. 7. g) Die Generalversammlung muß unverzüglich („ohne schuldhaftes Zögern"; vgl. § 121 BGB.) berufen und ihr Anzeige gemacht werden. Aus § 256 folgt die fernere Verpflichtung, bei der Berufung den Zweck der Generalversammlung bekannt zu machen. Der

Zweck ist aber die Anzeige von dem Verlust des Grundkapitals. Dieser Zweck muß auch dann bekannt gegeben werden, wenn sich der Verlust aus der ordentlichen Jahresbilanz ergibt. Es ergibt dies die Tendenz der Vorschrift, die bezweckt, daß die Aktionäre auf die drohende Gefahr hingewiesen werden. Deshalb muß die bekannt gemachte Tagesordnung die Mitteilung als einen der Verhandlungspunkte enthalten. Eine Verhüllung oder Verschleierung dieses Zwecks, wenn auch in wohlmeinender Absicht, ist unstatthaft, und insbesondere entspricht die von Völderndorff (711) vorgeschlagene Tagesordnung: „Beratung und Beschlußfassung über Beschaffung weiterer Mittel zum Betriebe des Unternehmens" nicht der gesetzlichen Vorschrift. Andererseits wird mit der bloßen Anzeige des Bilanzverlustes wenig geholfen sein, da die Generalversammlung ohne vorherige Ankündigung sachliche Beschlüsse nicht fassen kann. Es wird sich daher empfehlen, daß der Vorstand gleichzeitig seine Vorschläge zur Abhilfe des Übelstandes veröffentlicht. Auch können die Aktionäre Anträge nach dieser Richtung zur Bekanntmachung anmelden (§ 254). **§ 240.**

b) Die Generalversammlung nimmt die Anzeige entgegen und erörtert die einschlägigen Gesichtspunkte. Sachliche Beschlüsse kann sie aber, wie eben ausgeführt ist, nur dann fassen, wenn die Tagesordnung entsprechend veröffentlicht ist. Sonst muß für eine neue Generalversammlung Sorge getragen werden. Ihre Maßnahmen können sehr verschiedenartig sein: Liquidation der Gesellschaft; Absetzung des Vorstandes; Aufnahme von Anleihen; Erhöhung des Grundkapitals; Herabsetzung desselben usw. Sie kann natürlich auch von Maßnahmen absehen und der Sache ihren Lauf lassen; der Vorstand hat mit der Ankündigung seine Pflicht getan. Ob er Konkurs anzumelden hat, regelt sich nach der Vorschrift des Abs. 2. Die in Kaufmannskreisen weit verbreitete Ansicht, daß bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals unter allen Umständen Konkurs anzumelden ist, ist natürlich unrichtig. Anm. 8.

2. (Abs. 2.) **Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist hier angeordnet, daß der Vorstand bei eintretender Zahlungsunfähigkeit oder bei einer bei Aufstellung einer Bilanz sich ergebenden Überschuldung die Konkurseröffnung beantragen muß.** Lit.: Goldstein in Hirths Ann. 01, 721; Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung 04). Für Versicherungsgesellschaften gilt die besondere Vorschrift des § 68 PrivVersUntGes. Anm. 9.

a) Die eine der alternativen Voraussetzungen der Konkursantragspflicht ist die Zahlungsunfähigkeit. Dieser Begriff ist zivil- und strafrechtlich viel erörtert und durch die Rechtsprechung wohl hinlänglich klargestellt. Die Zahlungsunfähigkeit ist das Fehlen bereiter Mittel zur Tilgung fälliger Schulden, doch so, daß sich dieser Zustand nach außen fühlbar gemacht hat (RGSt. 3, 195; 3, 295; 4, 61). Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung vorliegt (§ 102 KO.). Dies ist der Zustand, in dem der Schuldner aufhört, seine fälligen Verbindlichkeiten in der Allgemeinheit zu erfüllen (RG. 6, 95; RGSt. 14, 222), oder, wie das RG. (50, 41) sagt, wenn der Schuldner entweder ausdrücklich seine Zahlungen einzustellen erklärt, oder seinen Zahlung verlangenden Gläubigern zu einem wesentlichen Teil ihrer Ansprüche aus dem zur äußeren Erscheinung gelangenden Grunde der Insolvenz Befriedigung werden zu lassen aufhört, wobei der Umstand, daß einzelnen Gläubigern Zahlung geleistet wird, gleichgültig ist. Zu unterscheiden hiervon ist die Zahlungsstockung, bei der der Schuldner erwarten kann, innerhalb eines Zeitraumes, der den Mangel an bereiten Mitteln als einen vorübergehenden erscheinen läßt, seinen Gläubigern gerecht zu werden (RG. eb. und in JW. 06, 92[15]). Die Pflicht des Vorstands fällt auch dann nicht fort, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Konkurses von anderer Seite gestellt ist (RG. in JW. 05, 551[7]).

b) Die andere der alternativen Voraussetzungen ist die Überschuldung, sofern sie sich aus der Jahres- oder aus einer Zwischenbilanz ergibt. Anm. 10.

α) Die Überschuldung. Sie ist vorhanden, wenn das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt, wie unser Paragraph wörtlich sagt. Bei Feststellung dieses Begriffes ist von den für die Aktiengesellschaftsbilanz geltenden Sondervorschriften abzusehen. Es gilt für die Aktiva das Anm. 2 Gesagte (Goldstein 726; Bett 21 ff.).

§ 240. Anm. 11. β) Als Passiva kommt das in Betracht, was allein so genannt werden sollte: die Schulden, und nur diese. Was sonst in der Aktienbilanz auf der Passivseite steht, sind keine Schulden, sondern sind Beträge, die der lebenden Gesellschaft aus irgendeinem Grunde erhalten werden müssen. Die sämtlichen übrigen Reservekonten, einschließlich der Grundkapitalsziffer, fallen also fort und bleiben außer Ansatz. Natürlich fallen nur die echten Reservekonten fort. Der Erneuerungs-Delkredere- und andere Fonds soweit sie nur Korrektivposten gegen zu hohe Bewertung der Aktiven sind, bleiben selbstverständlich nicht außer Ansatz. Festgestellte Dividendenansprüche sind wirkliche Schulden, müssen daher berücksichtigt werden (Anm. 12 zu § 213).

Anm. 12. e) Der Vorstand hat Konkurs anzumelden, **sobald** die Voraussetzungen des § 240 Abs. 2 eintreten (vgl. hierüber Anm. 3 zu § 315).

Anm. 13. f) **Die hier aufgestellte Verpflichtung** ist unter Strafe gestellt (§ 315 Nr. 2). Außerdem treffen den Vorstand selbstverständlich die zivilrechtlichen Folgen jeder Pflichtverletzung (§ 241). Auch der Aufsichtsrat hat die Pflicht, darüber zu wachen, daß der Vorstand diese Pflicht erfüllt, und haftet sonst nach § 249. Ebenso haben die Liquidatoren die in § 240 festgesetzten Pflichten (§ 298 Abs. 2).

Anm. 14. g) **Die Jahresbilanz oder eine sonstige Bilanz** muß auch hier die Überschuldung ergeben haben, um die Verpflichtung existent werden zu lassen. Eine sonst bekannt gewordene Überschuldung **berechtigt** wohl den Vorstand zum Konkursantrag nach § 208 KO., **verpflichtet ihn aber nicht** dem Gesetze gegenüber und macht ihn nicht nach § 315 im Fall der Unterlassung strafbar. Es ist allerdings schwer einzusehen, wie die Überschuldung anders, als durch eine Bilanz, festgestellt werden kann.

Anm. 15. **Zusatz.** **Der Konkursantrag kann nicht nur vom Vorstande gestellt werden,** sondern auch von den Gläubigern der Gesellschaft, vom Einzelaktionär dann, wenn er wirklicher Gläubiger ist, z. B. wegen eines fälligen Dividenanspruchs (vgl. Anm. 12 zu § 213). Der Antrag kann nicht von der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrat gestellt werden, diese können aber auf den Vorstand wirken, daß er den Antrag stelle. Der Aufsichtsrat hat darüber zu wachen, daß der Vorstand ihn pflichtgemäß stelle. Ferner ist aber gemäß § 208 KO. **jedes Mitglied des Vorstandes** und jeder Liquidator zum Antrage **berechtigt**, nicht aber der Prokurist (Goldstein 729). Wird der Antrag nicht von sämtlichen Vorstandsmitgliedern, oder sämtlichen Liquidatoren gestellt, so muß Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft gemacht werden (§ 208 Abs. 2 KO.).

§ 241.

§ 241. Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuches:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnantheile gezahlt,
3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden,
5. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,

6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat. **§ 241.**

In den Fällen des Abs. 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.

Die Ansprüche auf Grund dieser Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

Der vorliegende Paragraph regelt die Pflichten des Vorstandes in bezug auf die Geschäftsführung. Abs. 1 gibt das Maß der anzuwendenden Sorgfalt an, Abs. 2—5 die Folgen der Pflichtverletzung. Einleitung.

I. (Abs. 1.) **Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt** ist als die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bezeichnet, ein Begriff, der in den aktienrechtlichen Vorschriften des HGB. wiederholt vorkommt und schon anderweit Erklärung gefunden hat (Anm. 9 zu § 202). Dieses Maß kann durch den Gesellschaftsvertrag verschärft, aber nicht gemildert werden (KB. z. AGes. v. 1884, 23 und RG. 46, 61). Zwar kann nach § 276 Abs. 2 BGB. die Haftung wegen Versehens durch Vertrag aufgehoben werden, allein die vorliegende Vorschrift hat zwingenden Charakter, sie hat im allgemeinen Interesse das Gedeihen der Aktiengesellschaften im Auge. Unzulässige Handlungen (sei es, daß sie dem Gesetz oder den Statuten oder einer zu befolgenden Anweisung der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats widersprechen) verpflichten übrigens ohne weiteres zum Schadensersatz, denn sie sind vorsätzliche Pflichtverletzungen. Hier entschuldigt nicht der Nachweis, daß die schädlichen Folgen nicht vorausgesehen werden konnten; selbst nicht die Darlegung, daß man das Beste der Gesellschaft gewollt habe; nötig ist nur, daß der Vorstand schuldhafterweise die Rechtsverletzung, d. h. die gesetz-, statuten- oder anweisungswidrige Handlung begangen hat (vgl. Dernburg II § 63 II 1; s. auch bei uns Anm. 13 zu § 114; vgl. auch § 678 BGB.). Sonst ist zu untersuchen, ob die vorgeschriebene Sorgfalt angewendet ist (Behrend 850). Anm. 1.

Was die Beweislast betrifft, so ist dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitgliede nachzuweisen, daß durch sein Verhalten ein Schaden entstanden ist. Daß es in concreto seine Pflicht erfüllt habe, und zwar mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, hat dann das Vorstandsmitglied einredeweise darzutun. Es hat, wie sich das aus dem Wesen des Mandats und der mandatsartigen Verhältnisse ergibt, Rechenschaft abzulegen, „sich zu verantworten, d. h. sein Verhalten derartig nachzuweisen, daß sich daraus die Erfüllung seiner Pflichten ergibt" (vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 70 Nr. 2; derselbe, Bürgerliches Recht II § 70 Anm. 6; Cosack § 121 II 1; Pinner 157; ROHG. 6, 215; 17, 239; RG. 13, 46; 20, 269; 35, 86; vgl. §§ 666 u. 675 BGB.). Wenn Hagen (bei Gruchot 42, 358 und Küntzel, Aufsichtsrat 57) dem entgegen vom Kläger den Nachweis verlangt, daß der Beklagte durch sein pflichtwidriges Verhalten den Schaden herbeigeführt hat, und von dem Beklagten nur einen Exkulpationsbeweis verlangt, durch den er die Verabsäumung der Sorgfalt entschuldigt, so wird diese Regelung der Beweislast den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen nicht gerecht. — Daß Rechtsirrtum nicht entschuldigt, kann so allgemein nicht gesagt werden. Bei bestrittenen Rechtssätzen, Zweifelhaftigkeit der Gesetzesworte, besonders aber bei Einholung von Rechtsgutachten kann Rechtsirrtum sehr wohl entschuldigen, besonders dann, wenn der Vorstand einer Lage gegenüberstand, die ihm in irgendeiner Weise zu handeln gebot (RG. 39, 98). Anm. 2.

Aus Pflichtverletzungen gegen die Gesellschaft hat im allgemeinen nur diese einen Anspruch, in einzelnen, im Abs. 2 aufgezählten Fällen auch die Gläubiger der Gesellschaft. Die Ansprüche der Gesellschaft sind in diesem Paragraphen ausschließlich geregelt: Anm. 3.

§ 241. soweit daher hier eine Schadensersatzpflicht nicht bestimmt ist, besteht sie der Gesellschaft gegenüber nicht. Über die Ansprüche Dritter und der einzelnen Aktionäre s. Anm. 20 ff.

Anm. 4. Der Schadensanspruch der Gesellschaft wird beseitigt durch Berufung auf einen Beschluß der Generalversammlung. Beruht die Handlung auf einem solchen, so wäre es dolus von seiten der Gesellschaft, wenn sie ihre Organe für die Ausführung ihres Beschlusses schadensersatzpflichtig machen würde. Sie kann sich weder auf die Schädlichkeit noch auf die angebliche Ungültigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren eigenen Organen berufen (vgl. Abs. 4 arg. e contrario; auch Mot. z. AGes. v. 1884 I 226, 364; Pinner 157; RG. bei Bauer 8, 19; OLG. Hamburg in OLGR. 6, 190; dagegen nur Hagen bei Gruchot 42, 361). Der Umstand, daß der Beschluß angefochten und im Prozeßwege für ungültig erklärt ist, ändert hieran nichts (vgl. zu § 271). Indessen folgt doch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß das Mitglied des Vorstandes sich auf den ungültigen Beschluß dann nicht berufen kann, wenn die Ungültigkeit durch seinen eigenen dolus verursacht ist. Seinem auf den Beschluß der Generalversammlung gestützten Einwande setzt die Gesellschaft die replica doli entgegen (so zutreffend Behrend § 126 Anm. 21). Solcher dolus verpflichtet ihn zum Schadensersatz, sowohl auf Grund seines Dienstvertrages, als auf Grund des § 826 BGB. (wegen der idealen Konkurrenz von Delikt und Vertragsverletzung siehe Dernburg II § 64 II). Ebenso kann sich der Vorstand nicht auf Beschlüsse berufen, die gegen öffentliches Recht verstoßen oder deren Ungültigkeit so offensichtlich war, daß er sie erkannte oder erkennen mußte. So z. B. wenn ein Beschluß zur Gültigkeit der Eintragung bedurfte, und nicht eingetragen war. So ferner, wenn ein offenbar ungültiger Beschluß von einem Aktionär angefochten wurde und der Vorstand den Beschluß ausführte, ohne den Erfolg der Anfechtung abzuwarten. Aber auch wenn kein Aktionär angefochten hatte, befreit ihn dies bei einem offenbar ungültigen, der Gesellschaft zum Schaden gereichenden Beschlusse nicht, denn in diesem Falle hatte er das Recht und der Gesellschaft gegenüber die Pflicht zur Anfechtung.

Anm. 5. Die Berufung auf einen Beschluß des Aufsichtsrats befreit den Vorstand nur dann, wenn er verpflichtet war, dessen Weisungen Folge zu leisten (RG. in JW. 00, 186[15]); aber auch in letzterem Fall dann nicht, wenn der Beschluß gegen öffentlichrechtliche Normen verstößt, oder wenn er offensichtlich zum Schaden der Gesellschaft gereicht (vgl. Anm. 7 und 8 zu § 235 und Dernburg I § 86 Anm. 7). Wenn der Vorstand den Weisungen des Aufsichtsrats nicht zu folgen verpflichtet war, befreit ihn der Beschluß in keinem Falle.

Anm. 6. Der Schadensanspruch der Gesellschaft wird endlich beseitigt durch Vergleich, giltige Entlastung usw. (über letztere vgl. Erl. zu § 260).

Anm. 7. II. (Abs. 2—5.) **Die Folgen der Pflichtverletzung.**

A. **Der Gesellschaft gegenüber.** Die Vorstandsmitglieder sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, ihr allen Schaden zu ersetzen, der durch die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes der Gesellschaft erwachsen ist. Bei geteilter Geschäftsführung (vgl. Anm. 8 zu § 231) haftet jedes Mitglied nur für sein Versehen, die andern nur, soweit sie nicht genügend kontrolliert haben. Soweit aber ein gemeinsames Handeln vorliegt, z. B. bei falscher Berichterstattung, haften alle (RG. in JW. 00, 664[19] für den Aufsichtsrat, doch auch für den Vorstand anwendbar).

Sie haften hierbei als Gesamtschuldner, d. h. nicht etwa in der Weise, daß alle Vorstandsmitglieder für das Versehen eines haften, sondern derart, daß die, aus deren schuldhaftem Verhalten ein Schaden entstanden ist, solidarisch haften. — Die Haftpflicht ist eine prinzipale, die Gesellschaft braucht nicht zunächst anderweit Ersatz zu suchen.

Besonders hervorgehoben sind mehrere Fälle, die unter Nr. 1—6 vom Gesetze aufgezählt sind.

Über diese besonders hervorgehobenen Fälle ist folgendes zu sagen:

Anm. 8. 1. Allen gemeinsam ist das in Abs. 1 aufgestellte Erfordernis des schuldhaften Verhaltens. Es genügt aber, daß der Vorstand sich des Widerspruchs seiner Handlung mit den gesetzlichen Vorschriften bewußt war oder bewußt sein mußte (vgl. Anm. 1).

2. Zum Ersatze sind die Vorstandsmitglieder verpflichtet. Wenn das Gesetz etwas lakonisch die Verpflichtung zum „Ersatze" ausspricht, so kann damit nichts anderes gemeint sein, als die Verpflichtung zum Ersatze des durch die rechtswidrige Handlung erwachsenen Schadens. Der Zusammenhang der Absätze 2 und 3 läßt darüber keinen Zweifel. Nachdem der Abs. 2 angeordnet hat, daß die Vorstandsmitglieder bei Pflichtverletzungen für einen daraus entstehenden Schaden haften, fährt der Abs. 3 fort, daß sie „insbesondere zum Ersatze verpflichtet sind, wenn" usw. Auch versteht der Sprachgebrauch des Lebens und der Gesetze unter dem „Ersatze" nichts anderes, als die Hergabe dessen, was ein anderer verloren hat, oder was ein anderer erlangen konnte und nicht erlangt hat. Es muß hiernach einerseits der volle Schaden ersetzt werden, auch insoweit er die Beträge übersteigen sollte, um die das Grundkapital verkürzt ist; andererseits tritt die Ersatzpflicht nur dann ein, wenn und soweit durch jene Handlungen ein Schaden entstanden ist. Nur ist aus der Fassung des Gesetzes zu folgern, daß, wenn die Gesellschaft den Ersatz aus § 241 Abs. 3 fordert, dem Vorstandsmitglied der Beweis obliegt, daß kein Schade entstanden ist (so Lehmann II 273 Anm. 2; Lehmann-Ring Nr. 5; Pinner 157; Künzel, Aufsichtsrat 61; dagegen Hagen bei Gruchot 42, 346; Goldmann Anm. 10 und wohl auch RG. in JW. 04, 43[18], welche Ersatz ohne Rücksicht auf entstandenen Schaden zusprechen). **§ 241.** Anm. 9.

3. Zu den einzelnen besonders hervorgehobenen Verfehlungen ist nichts weiter zu bemerken, als daß die Nr. 5 auch dann Platz greift, wenn für wiederkehrende Leistungen der Aktionäre (§§ 212, 216) trotz des Mangels eines bilanzmäßigen Gewinnes eine den Wert der Leistungen übersteigende Vergütung gezahlt wird (D. 152). Anm. 10

Zu Nr. 2 ist zu bemerken, daß die Verteilung von Tantieme aus nicht vorhandenem oder falsch berechnetem Reingewinn nicht besonders hervorgehoben worden ist, woraus folgt, daß der Gesellschaft gegenüber diese Haftung aus den allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1 stattfindet, den Gesellschaftsgläubigern dagegen ein Haftungsanspruch aus diesem Rechtsgrunde nicht zusteht.

B. **Den Gläubigern gegenüber.** Aus den im Abs. 3 hervorgehobenen hauptsächlichsten Pflichtverletzungen entsteht nicht nur ein Ersatzanspruch für die Gesellschaft, sondern dieser kann auch unter bestimmten Voraussetzungen von den Gläubigern geltend gemacht werden. Es ist dadurch in den hier hervorgehobenen bestimmten Fällen ein direktes Verhältnis zwischen den Gläubigern und den Vorstandsmitgliedern hergestellt. Sonst besteht dies nicht (Anm. 20ff.). Anm. 11.

Nach den Bestimmungen des Gesetzes sind die Gläubiger unter folgenden Bedingungen selbständig klageberechtigt:

Es müssen im allgemeinen die Voraussetzungen vorhanden sein, unter denen die Gesellschaft nach Abs. 3 klagen könnte. Es muß außerdem noch der Nachweis erbracht werden, daß der Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Alsdann hat der Gläubiger ein selbständiges Recht zur Klage.

1. Erste Voraussetzung ist, daß die Gesellschaft nach Abs. 3 klageberechtigt wäre (vgl. daher die Erl. zu Abs. 3 Anm. 7ff.). Sollte indessen das Klagerecht der Gesellschaft deshalb nicht vorliegen, weil die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht, so wird die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern dadurch nicht beseitigt. Anm. 12.

Der Anspruch des Gläubigers wird ferner nicht durch einen von der Gesellschaft ausgesprochenen Verzicht beseitigt. Ein solcher Verzicht hat hiernach nur beschränkte Gültigkeit, nur gegenüber der Gellschaft, und ist gegenüber den Gläubigern unwirksam.

2. Fernere Voraussetzung ist, daß der Gläubiger von der Gesellschaft nicht befriedigt werden kann. Klage und Zwangsvollstreckung gehören zu diesem Nachweis nicht. Es ist auch nicht Voraussetzung, daß die Forderung schon zur Zeit der Pflichtverletzung oder zur Zeit der Entstehung des Schadens vorhanden war: auch der Gläubiger, der es nach der Pflichtverletzung wurde, hat einen Anspruch, außer wenn er zu dieser Zeit die Pflichtverletzung kannte (RG. 19, 111). Anm. 13.

§ 241. 3. Alsdann kann der Gläubiger den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend

Anm. 14. machen, d. h. der Gläubiger kann seine Forderung gegen das Vorstandsmitglied bis zur Höhe des Regreßanspruchs geltend machen, den die Gesellschaft an das Vorstandsmitglied hat. Es entsteht eine direkte Haftung des Vorstandsmitgliedes gegen die Gläubiger in Höhe des von ihm angerichteten Gesellschaftsschadens, vergleichbar der Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Kommanditgesellschaft und des Aktionärs nach § 217 in Höhe der rechtswidrig erhaltenen Zahlungen für die Schulden der Aktiengesellschaft. Im allgemeinen ist dazu auch Voraussetzung, daß die Gesellschaft einen Anspruch hat (vgl. M. z. AGes. von 1884 I 226), aber in den beiden zu 1 erwähnten Hinsichten wird von dieser Voraussetzung abgesehen. In den Fällen, in denen auch die Gesellschaft einen Anspruch hat, besteht eine Gesamtgläubigerschaft zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger der Gesellschaft nach §§ 428 ff. BGB. Sonst besteht lediglich ein Gläubigeranspruch; dieser Gläubigeranspruch hat zur Voraussetzung, daß — abgesehen von dem Verzicht oder Generalversammlungsbeschluß — die Gesellschaft klagen könnte. Der Regreßpflichtige hat insoweit die Einreden, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen (Pinner 168).

Anm. 15. Neben dem Gläubigeranspruch besteht also der Anspruch der Gesellschaft fort, sofern diese überhaupt forderungsberechtigt ist, auch dann, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird. Es gehen die Regreßansprüche der Gesellschaft nicht etwa in diesem Augenblicke auf die Gläubiger über (auf welche? auf alle?). Vielmehr sagt das Gesetz, der Anspruch könne auch von den Gläubigern geltend gemacht werden. Es kann daher auch nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft der Schuldige den Ersatz noch direkt an die Gesellschaft leisten (RG. 39, 64; Hagen bei Gruchot 42, 355). Sowohl die Gesellschaft, als jeder einzelne Gläubiger können den Anspruch geltend machen, von den Gläubigern jeder in Höhe seiner Forderung. Durch Zahlung an einen Gläubiger ist das Vorstandsmitglied gegenüber allen Gläubigern und der Gesellschaft befreit. Er kann auch dem zweiten, der sich an ihn wandte, bezahlen und dann die Zahlung dem ersten, der sich an ihn wandte, entgegenhalten (§ 428 BGB.). Bestreitet er die Regreßforderung und wird er von mehreren Seiten auf denselben Betrag verklagt, so kann er zwar nicht Rechtshängigkeit einwenden, wohl aber Aussetzung des zweiten Prozesses beantragen (vgl. Anm. 19 zu § 171).

Anm. 16. Im Konkurse der Gesellschaft macht der Konkursverwalter, und nur dieser, nicht der einzelne Gläubiger, die Forderung geltend. Zwar ist das hier nicht gesagt, aber es ist in den §§ 171 und 217 gesagt, und das RG. (39, 64 und in JW. 00, 661 [15]) folgert hieraus mit Recht, daß das neue HGB. diese Legitimation des Konkursverwalters als die der gesetzlichen Konsequenz entsprechende betrachtet hat. Wir können zwar nicht anerkennen, daß diese Legitimation in der Tat der gesetzlichen Konsequenz entspricht; allein auch wir nehmen an, daß der Schöpfer des neuen HGB. davon ausgegangen ist, und das entscheidet (so auch Hagen bei Gruchot 42, 356; ferner Goldmann Anm. 18; Lehmann-Ring Nr. 9; dagegen Cosack § 121 Anm. 29; Jaeger KO. Anm. 20 zu § 208. Wieland in ZHR. 55, 469 gibt neben dem Verwalter dem einzelnen Gläubiger das Klagerecht, jedoch nur auf Zahlung an die Masse). Dabei ist aber zu erwähnen, daß der Konkursverwalter den Anspruch insoweit geltend machen kann, als diese Geltendmachung den Gläubigern zusteht, nicht nur insoweit, als sie der Gesellschaft zustehen würde. Wie dies zu konstruieren ist, darüber s. Anm. 8 zu § 171.

Schließt der Konkursverwalter einen Vergleich, so ist dieser natürlich für die Gläubiger bindend, weil er die Gläubiger hierbei vertritt (RG. 39, 65). Selbstverständlich ist der Vergleich aber auch der Gesellschaft gegenüber bindend; die Gesellschaftsorgane können während der Dauer des Konkurses weder den Abschluß des Vergleichs verhindern, noch können sie dem abgeschlossenen Vergleich gegenüber noch weitere Regreßansprüche geltend machen (Sievers in DJZ. 03, 87; LG. Leipzig bei Bauer 12, 125; bestätigt vom OLG. Dresden bei Bauer 13, 100).

Demgemäß hat auch der Konkursverwalter das Recht, in jeden, sei es von der Gesellschaft, sei es von einem einzelnen Gläubiger angestellten Regreßprozeß einzutreten.

Nach der Konkursbeendigung steht der Regreßanspruch wieder der Gesellschaft zu und kann wieder von jedem einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden, soweit er nicht durch Vergleich, Zahlung oder sonst während des Konkurses erledigt ist. **§ 241.**

Im Anschluß an obige Ausführungen über die Gestaltung der Regreßrechte im Konkurse mag darauf hingewiesen werden, daß bei Gelegenheit des Zusammenbruchs der Leipziger Bank, in dem Bestreben, für die Aktionäre gegenüber den Gläubigern etwas zu retten, eine eigenartige juristische Konstruktion versucht worden ist. Burkas (Aktionär und Gläubiger im Konkurse der AG. 1902) will nicht nur den Reservefonds den Aktionären vorbehalten, sondern auch die Regreßansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat. Diese ständen nicht der Aktiengesellschaft als juristischer Person, sondern den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zu; sie seien kein Teil des Grundkapitals, daher dem Zugriff der Gläubiger entzogen, soweit sie nicht diesen ausdrücklich in §§ 241, Nr. 1—6, 249 zugesprochen sind. Diese Theorie, die allseitigen Widerspruch hervorgerufen hat (Sievers in DJZ. 03, 85; Goldstein ebenda 02, 528; Breit bei Holdheim 12, 90; Bondi ebenda 11, 256; Königs im Recht 04, 25; Fuld ZgA. 12, 205; Bett Konkurs der Aktiengesellschaft 65), scheitert ohne weiteres daran, daß es neben der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft keine „Gesamtheit der Gesellschafter" als Rechtssubjekt gibt und daß das Vermögen der Gesellschaft einheitlich ist und in allen seinen Bestandteilen der juristischen Person gehört (so auch OLG. Dresden bei Bauer 13, 100). Diese wird im Konkurse durch den Verwalter vertreten, der daher auch die Forderungen einschließlich der Regreßforderungen einzuziehen hat und berechtigt ist, über sie Vergleiche zu schließen (vgl. vorige Anm. und Anm. 1 zu § 300). Anm. 17.

C. (Abs. 5.) **Die Verjährung.**

1. Sie bezieht sich auf alle Ansprüche aus diesem Paragraphen, auch aus Abs. 1. Die Verjährung betrifft die Ansprüche „aus diesen Vorschriften", also, da in Abs. 1 die Verletzung der Sorgfalt der Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung behandelt wird, alle Ansprüche auch aus dieser allgemeinen Bestimmung; insbesondere damit auch alle Ansprüche, die die Gesellschaft aus der Verletzung der im Anstellungsvertrag den Vorstandsmitgliedern auferlegten Pflichten hat. Die Verjährung bezieht sich ferner auf alle Ansprüche aus schuldhaftem Verhalten, mag Fahrlässigkeit oder dolus vorliegen (vgl. Staub GmbH. Anm. 20 zu § 43). Anm. 18.
2. Beginn der Verjährung. Hier ist nicht § 852 BGB. maßgebend, da es sich nicht um außervertragliche, sondern um vertragliche Ansprüche handelt. Die Verjährung beginnt also nach § 198 BGB. mit der Entstehung des Anspruchs (der pflichtwidrigen Handlung und dem Schaden), auf die Kenntnis der Gesellschaft kommt es nicht an (so auch Pinner 160, 161; Hagen bei Gruchot 42, 361; RG. 39, 52). Zugunsten der Gläubiger besteht keine andere Verjährung (RG. 39, 52). Denn die direkte Haftung gegenüber den Gläubigern besteht (von zwei Punkten abgesehen, in denen die Haftung einen selbständigen Charakter hat, s. Anm. 12) nur, sofern und solange ein Anspruch der Gesellschaft besteht. Die Vorstandsmitglieder müssen das an den Gläubiger zu dessen Befriedigung zahlen, was sie der Gesellschaft infolge ihrer Pflichtverletzung zu zahlen schuldig sind. Mit dem Aufhören dieser Schuld hört auch die Haftung gegenüber den Gläubigern auf (im Ergebnis übereinst. Hagen bei Gruchot 42, 360). Unterbrochen wird die Verjährung zugunsten aller Berechtigten durch Akte der Gesellschaft und gegenüber der Gesellschaft, außerdem durch Akte jedes einzelnen Gläubigers zu seinen eigenen Gunsten. Nicht aber kann sich ein Gläubiger auf Akte stützen, die ein anderer Gläubiger unternommen hat, und nicht die Gesellschaft auf Akte, die ein Gläubiger unternommen hat. Anm. 19.

Zusatz 1. Haftung der Gesellschaftsorgane (Vorstand und Aufsichtsrat) Dritten gegenüber. Nach §§ 241 und 249 haften die Gesellschaftsorgane für den der Gesellschaft entstandenen Schaden nur der Gesellschaft, in einigen bestimmten Fällen auch den Gläubigern. Daraus folgt: Anm. 20.

§ 241. 1. Auch den Gläubigern haften die Gesellschaftsorgane wegen Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht, wenn nicht einer der hier hervorgehobenen sechs Fälle vorliegt, also z. B. nicht, wenn sie eine Unterschlagung schuldhaft geschehen lassen oder gar selbst verüben (Bolze 16 Nr. 490; Behrend § 126 Anm. 29), und auch in den bestimmten Fällen haften sie nur auf Auszahlung des Gesellschaftsschadens, nicht auf Erstattung etwaigen weiteren, den Gläubigern erwachsenen Schadens (RG. 22, 137). In Band 36, 27 nimmt das RG. allerdings an, daß im Falle des Konkurses einer Aktiengesellschaft den Gläubigern Schadensansprüche über die Fälle des Abs. 3 hinaus zustehen können. Allein wenn man hier nicht ins Uferlose geraten und alte befestigte Rechtsgrundsätze verlassen will, so kann dies, da der § 241 die Schadensersatzpflicht auch den Gläubigern gegenüber ausschließlich regelt, nicht als richtig zugegeben werden (zust. Pinner 159). Die Bestimmungen des BGB. können für diesen Fall, in dem die Gläubiger wegen Schädigung des Gesellschaftsvermögens, also nicht aus eigenem Recht, klagen, wegen des ausschließlichen Charakters des § 241 nicht angewendet werden.

Anm. 21. 2. Es ist ferner Anm. 3 bereits hervorgehoben, daß auch die Gesellschaft weitere Rechte nicht hat, als die in § 241 ihr gegebenen; ferner Anm. 17, daß die Aktionäre in ihrer Gesamtheit oder als einzelne neben der Gesellschaft als solcher Rechte wegen Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht geltend machen können. Für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft ist dies unstreitig (RG. 28, 71). Für die Zeit nach Beendigung der Liquidation kommt das RG. (29, 4; dagegen RG. 28, 73) für Ansprüche, die sich erst später herausgestellt haben, zum entgegengesetzten Resultat, da dann die Gesellschaft die Rechte nicht mehr wahrnehmen könne. Nach dem jetzt geltenden HGB. ist die Ansicht schon um deswillen hinfällig, weil ein endgültiger Schluß der Liquidation jetzt überhaupt nicht mehr stattfindet (§ 302 Abs. 4; vgl. Lehmann-Ring Nr. 10; Cosack § 421 IV 1 c; Pinner 158). Die Regel, daß Aktionäre als solche die Ansprüche aus § 241 nicht wahrnehmen können, gilt daher ausnahmslos.

Anm. 22. 3. Bei den Anm. 20 und 21 hervorgehobenen Fällen handelt es sich um Verletzung der den Vorstandsmitgliedern gegen die Gesellschaft obliegenden Pflichten; diese können nur die Gesellschaft und in den § 241 genau vorgeschriebenen Fällen die Gläubiger verfolgen. Eine weitere, praktisch überaus wichtige, im HGB. nicht geregelte Frage ist die, inwieweit die Gesellschaftsorgane Aktionären und Dritten gegenüber aus selbständigem Schuldgrunde haften. Sie spielt bei allen Zusammenbrüchen von Aktiengesellschaften in Perioden wirtschaftlichen Niedergangs eine große Rolle, sie hat gerade in den letzten Jahren eine bedeutende Anzahl von Prozessen gezeitigt; eine allseitig befriedigende, allgemein als richtig anerkannte Lösung hat sie aber noch nicht gefunden.

Es sind hierbei folgende Fälle zu unterscheiden:

Anm. 23. a) Tritt das Organ der Gesellschaft für seine Person in direkte Rechtsbeziehung zum Aktionär oder zum Dritten, so bestimmt sich seine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen, so z. B., wenn er Aktien seiner Gesellschaft empfiehlt, zum Kreditgeben an sie verleitet usw.

Anm. 24. b) Tritt das Organ in Rechtsbeziehungen zu Aktionären oder Dritten, aber nicht für sich, sondern für die Gesellschaft, indem er also z. B. namens der Gesellschaft den Ankauf der Aktien empfiehlt, so kann er aus seinen Erklärungen die Gesellschaft vertragsmäßig und außervertraglich haftbar machen; ihn selbst aber trifft eine vertragliche Verantwortung nicht: eine außervertragliche nur, insoweit sie durch die Vorschriften des BGB. begründet ist. Dies ist aber der Fall, insofern er dolos handelt, dann haftet er aus § 826 BGB.; ein fahrlässiges Handeln dagegen würde ihn, da es eine allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit nach dem BGB. nicht gibt (RG. 51, 93), nur dann verantwortlich machen, wenn § 823 zur Anwendung käme.

Anm. 25. c) Die bei weitem wichtigste Frage für die Praxis ist aber die, ob eine gegen die Gesellschaft begangene Rechtsverletzung zugleich eine Verletzung des Rechts der Aktionäre oder Dritter in sich schließen kann und wieweit dies schadensersatzpflichtig macht. Der Vorstand macht eine falsche Bilanz; er legt dieselbe der Generalversammlung vor, um eine Kapitalserhöhung durchzusetzen; haben die Aktionäre, die daraufhin zeichnen,

Ansprüche gegen den Vorstand? Oder hat der, der eine Gesellschaft auf Grund der veröffentlichten Bilanz für gut hält und daraufhin Aktien kauft, das Recht, die Organe der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, wenn die Bilanz sich als falsch herausstellt? Kann der, dessen Aktien entwertet werden, weil der Vorstand dolos oder fahrlässig durch schlechte Geschäfte die Gesellschaft ruiniert hat, diesen in Anspruch nehmen?

Alle diese und ähnliche Fälle haben das Gemeinsame, daß zunächst eine Pflichtwidrigkeit gegen die Gesellschaft vorliegt, daß aber durch sie indirekt Dritte getroffen werden. Bei ihnen tritt eine Schadensersatzpflicht unter folgenden Voraussetzungen ein:

α) Es muß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem zugefügten Schaden vorhanden sein (der „daraus" entstehende Schade in §§ 823 ff. BGB.). Diesen Zusammenhang hat der zu beweisen, der geschädigt ist (JW. 03 Beil. S. 126 Nr. 281). Anm. 26.

β) Es muß eine gegen die Kläger begangene Rechtsverletzung vorliegen; es genügt nicht, wenn, wie z. B. in dem oben erwähnten Fall, der Vorstand durch leichtsinnige Geschäfte die Gesellschaft geschädigt hat; in diesem Fall hat der Aktionär, dessen Aktien hierdurch entwertet werden, der also nur mittelbar geschädigt ist, kein Recht auf Schadensersatz (vgl. Goldmann-Lilienthal 886, 4; 889, 4). Anm. 27.

γ) Die Handlung muß einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Geschädigten enthalten. Dieser liegt zunächst vor im Falle des § 826 BGB.; wenn also das Gesellschaftsorgan in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Dritten vorsätzlich Schaden zugefügt hat. Hat der Vorstand wissentlich gefälschte Bilanzen vorgelegt, um zur Zeichnung auf neue Aktien zu veranlassen; hat er in der Generalversammlung die Verhältnisse der Gesellschaft wider besseres Wissen falsch dargestellt, so haftet er allen denen, die im Vertrauen auf seine Erklärungen Aktien gezeichnet oder erworben haben. Anm. 28.

Liegt dagegen eine dolose Schädigung nicht, vielmehr nur Fahrlässigkeit vor, so tritt eine Haftung nur ein, soweit bestimmte gesetzliche Vorschriften für fahrlässiges Handeln verantwortlich machen. Denn, wie bemerkt, gibt es eine allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit nicht (RG. 51, 93). In Betracht kommt hier hauptsächlich § 823 Abs. 2 BGB, der den ersatzpflichtig macht, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Daß unter Gesetzen im Sinne dieses Paragraphen auch Zivilrechtsnormen fallen, ist an sich unbestritten (vgl. z. B. RG. 51, 177). Es wird nun vielfach angenommen (z. B. 6./7. Aufl.), daß die aktienrechtlichen Vorschriften, insbesondere die hauptsächlich hier in Betracht kommende über die Bilanzen und deren Veröffentlichung, derartige Schutzgesetze sind, deren auch nur fahrlässige Verletzung demnach den Vorstand und Aufsichtsrat auch Dritten gegenüber haftbar machen würde. In dieser Allgemeinheit kann dies nicht für richtig anerkannt werden. Die aktienrechtlichen Vorschriften sind gegeben, um die Aktionäre und Gläubiger (über diese letzteren vgl. Anm. 20) zu schützen; sie „bezwecken" nur dies und nicht den Schutz von Personen, die außerhalb des Aktionärkreises stehen. Weder aus den Worten noch aus dem Zweck des Gesetzes ist eine derartige weite Auslegung zu begründen. Soweit daher durch Außerachtlassung der Vorschriften Aktionäre geschädigt werden, haben diese Ersatzansprüche, nicht aber sind derartige Ansprüche denen gegeben, die nicht Aktionäre sind. Daraus folgt, daß wenn Aktionäre durch die Vorlegung von Bilanzen, die fahrlässigerweise falsch aufgestellt sind, über die Verhältnisse der Gesellschaft getäuscht, bei Kapitalserhöhungen ihr Bezugsrecht ausüben, oder Aktien zeichnen, sie Regreßansprüche haben; nicht aber Dritte, die Aktien zeichnen oder kaufen. Die weitergehende, allerdings nicht nach neuem Recht begründete Ansicht des RG. (DJZ. 96, 57) ist daher nicht zu billigen (vgl. auch OLG. Karlsruhe in DJZ. 00, 304).

δ) Zu berücksichtigen ist hierbei, daß leicht eine Doppelhaftung der Gesellschaftsorgane durch die Anwendung dieser Vorschriften eintreten kann. Ein Vorstand, der dolos eine falsche Bilanz aufgestellt und die Gesellschaft geschädigt hat, haftet der Gesellschaft auf vollen Schadensersatz; er haftet aber auch jedem Aktionär, nachdem dieser ihn vergeblich aufgefordert Anm. 29.

§ 241. hat, den früheren Zustand durch Ersatz des Schadens an die Gesellschaft wiederherzustellen (§§ 249, 250 BGB.), auf Ersatz des Minderwerts seiner Aktie. Beträgt das Aktienkapital 200000 Mk. und stehen die Aktien pari, hat ferner der Vorstand die Gesellschaft um 100000 Mk. geschädigt, so hat die Gesellschaft einen Anspruch auf 100000 Mk., jeder Aktionär einen Anspruch auf Ersatz von 50% seiner Aktie; sie insgesamt also ebenfalls einen Anspruch von 100000 Mk., so daß der Vorstand, wenn er von der Gesellschaft und den Aktionären verklagt wird, 200000 Mk. zu zahlen hätte. Ein Gesamtgläubigerverhältnis, wie im Fall der Anm. 14 liegt nicht vor, da die Ansprüche nicht denselben Rechtsgrund haben. Man wird aber, um die offenbare Unbilligkeit zu beseitigen, jedenfalls annehmen müssen, daß, wenn die Gesellschaft befriedigt ist, die Ansprüche der Aktionäre erledigt sind, da ja dann der Schade auch für die Aktionäre fortfällt; dies tritt jedoch nur insoweit ein, als der Schade wirklich beseitigt ist; ein Vergleich bindet (anders als im Fall der Anm. 16) die Aktionäre nicht, da sie selbständige Rechte haben; sie müssen nur anteilig auf ihren Schaden verrechnen, was durch den Vergleich gezahlt ist.

Schwerer zu konstruieren ist die Rechtslage, wenn der Vorstand einzelne oder alle Aktionäre befriedigt hat. Diese Befriedigung beseitigt den Schaden der Gesellschaft, die ein selbständiges Rechtssubjekt gegenüber den Aktionären ist, nicht. Es gibt daher in diesem Fall kein Mittel, um der Doppelzahlung zu entgehen, als daß der Vorstand die Gesellschaft befriedigt und damit auch die Ansprüche der Aktionäre beseitigt. Zu erwägen ist allerdings, ob der Vorstand, der die Aktionäre befriedigt hat und dann der Gesellschaft den Schaden ersetzen muß, nicht gemäß § 812 BGB., da der Rechtsgrund, aus dem er den Aktionären gezahlt hat, nämlich der Ersatz des Schadens, später fortgefallen ist, nunmehr das Gezahlte von den Aktionären zurückfordern kann.

Anm. 30. **Zusatz 2.** Der **Regreß** mehrerer solidarisch haftender Vorstandsmitglieder untereinander richtet sich nach §§ 426, 840 BGB.; sie haften danach, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, zu gleichen Teilen. Dasselbe gilt, wenn sie zusammen mit Aufsichtsratsmitgliedern haften. Letztere haften nicht etwa deswegen geringer, weil deren Pflicht lediglich eine kontrollierende ist.

Anm. 31. **Zusatz 3. Steuermäßig** ist das seitens eines Verpflichteten aus einem Regreßanspruch oder zur Beseitigung eines solchen Geleistete als eine Einnahme anzusehen, die der Gesellschaft zufließt, daher den Verlust vermindert, nicht etwa als eine direkte Zuwendung an die Aktionäre (OVGSt. 10, 322).

Anm. 32. **Zusatz 4. Gerichtsstand** für die Klagen gegen den Vorstand ist, soweit die Klage auf eine unerlaubte Handlung gestützt wird, das Gericht des Orts, an dem diese Handlung begangen ist (§ 32 CPO.). Wird die Klage dagegen lediglich auf Verletzung der gesetzlichen, statutarischen oder vertraglichen Pflichten gestützt, so kann auch bei Klagen der Gesellschaft nicht § 22 CPO. (Gesellschaftssitz) zur Anwendung kommen, da es sich nicht um eine Klage gegen ein Mitglied als solches handelt. Wohl aber kann aus § 29 CPO. bei dem Gericht des Erfüllungsorts geklagt werden, der, wenn der Vorstand seine Tätigkeit am Gesellschaftssitzort auszuüben hat, mit diesem identisch ist. Wird sowohl aus unerlaubter Handlung, wie aus Pflichtverletzung geklagt, so ist für jedes Fundament die Frage des Gerichtsstandes gesondert zu prüfen (RG. 27, 385). Vgl. über die gleiche Frage bei Klagen gegen den Aufsichtsrat Bondi in DJZ. 03, 397.

§ 242.

§ 242. **Die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften finden auch auf die Stellvertreter von Mitgliedern Anwendung.**

Anm. 1. 1. Die Vorschrift dieses Paragraphen bezieht sich auf jeden Fall der Stellvertretung (nicht nur auf den Fall des § 248 Abs. 2; KGJ. 24 A S. 196).

Inhaltlich ist die Vorschrift selbstverständlich. Denn das stellvertretende Vorstandsmitglied ist eben Vorstandsmitglied. Es kann daher auch nicht als Zeuge vernommen werden (RG. in JW. 00, 622[8]).

2. Daß die für die Vorstandsmitglieder geltenden Vorschriften auch für die stellvertretenden Vorstandsmitglieder gelten, bedeutet z. B., daß auch die letzteren unter Beifügung ihrer Legitimationen zum Handelsregister anzumelden sind und ihre Unterschrift zu zeichnen haben; daß auch sie im Zweifel nur Gesamtbefugnis haben. Sie werden eingetragen als „stellvertretende Vorstandsmitglieder" (vgl. KG. in Anm. 1). Treten sie an die Stelle eines gesamtberechtigten Vorstandsmitgliedes, so müssen mit ihnen so viele Vorstandsmitglieder zusammenwirken, als nach dem Statut erforderlich ist, außer selbstverständlich dem Vorstandsmitgliede, das ersetzt werden soll. Auch ihre Haftung ist die gleiche, wie die der ordentlichen Vorstandsmitglieder, nur ist der Umstand, daß sie nur stellvertretend in Aktion treten, auf die Frage, ob sie die vorgeschriebene Sorgfalt angewendet haben, von Einfluß. § 242. Anm. 2.

3. Insbesondere findet auch die Vorschrift des § 235 auf die stellvertretenden Vorstandsmitglieder Anwendung und daraus wird mit Recht die Schlußfolgerung gezogen, daß **ihre Legitimation Dritten gegenüber nicht davon abhängig ist, daß der Vertretungsfall wirklich vorlag.** Nur der Gesellschaft gegenüber sind sie verpflichtet, nicht vor Eintritt desselben tätig zu werden. Es liegt eben eine Beschränkung dahin vor, daß sie „nur unter gewissen Umständen" vertretungsbefugt sind (RG. 24, 82 und KG. bei Anm. 1). Anm. 3.

4. Ist dem Aufsichtsrat die Bestellung von Vorstandsmitgliedern übertragen, so kann er auch stellvertretende ernennen (KG. bei Anm. 1). Anm. 4.

5. In den Fällen, in denen alle Vorstandsmitglieder eine Anmeldung zu unterzeichen haben, müssen dies auch die Stellvertreter tun. Bei Anmeldungen zum Handelsregister, bei denen nur die Unterschrift von zur Vertretung berechtigten Vorstandsmitgliedern nötig ist, genügt die Mitwirkung von Stellvertretern. Auch das Gericht ist nicht befugt, zu untersuchen, ob der Fall der Behinderung der ordentlichen Vorstandsmitglieder vorlag. Anm. 5.

§ 243.

Der Aufsichtsrath besteht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine höhere Zahl festsetzt, aus drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern. § 243.

Die Wahl des ersten Aufsichtsraths gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, welche nach dem Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird.

Später kann der Aufsichtsrath nicht für eine längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Generalversammlung gewählt werden, welche über die Bilanz für das vierte Geschäftsjahr nach der Ernennung beschließt; das Geschäftsjahr, in welchem die Ernennung erfolgt, wird hierbei nicht mitgerechnet.

Die Bestellung zum Mitgliede des Aufsichtsraths kann auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für den das Mitglied gewählt ist, durch die Generalversammlung widerrufen werden. Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, bedarf der Beschluß einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Lit.: Bauer, Der Aufsichtsrat, 00; Küntzel, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften, 02; Mankiewicz, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 99; weitere Literatur, insbesondere zur Frage der Reorganisation des Aufsichtsrats bei Stier-Somlo ZHR. 53, 20, in erweiterter Form 05 unter dem Titel: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Reformfragen und Bedenken erschienen (die Zitate beziehen sich auf die Abhandlung in ZHR.).

§ 243. Einleitung. **Der Paragraph stellt Grundsätze für die Zusammensetzung und Amtsdauer des Aufsichtsrats auf,** und zwar

1. Ernennungsart und Zahl der Mitglieder derselben (Abs. 1).
2. Amtsdauer (Abs. 2 und 3).
3. Erlöschen des Amtes durch Widerruf (Abs. 4).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Ernennungsart und Zahl der Mitglieder.**

a) **Ernennungsart.** Das Gesetz kennt nur eine solche: das ist die Wahl in der Generalversammlung, und es herrscht darüber Einigkeit, daß sich dies auf alle Aufsichtsratsmitglieder, nicht bloß auf die Mindestzahl von drei Mitgliedern bezieht; Kooptation und Delegation sind absolut ausgeschlossen (M. z. AGes. von 1884, 213; Behrend § 127 Anm. 21). Auch eine Kooptation unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Generalversammlung ist unzulässig. Die Wahl erfordert einen gehörigen Generalversammlungsbeschluß nach ordnungsmäßiger Bekanntmachung der Wahl als Gegenstand der Tagesordnung; stillschweigende Zustimmung gibt es nicht (Bolze 3 Nr. 808). Ist der Generalversammlungsbeschluß nicht gültig, so kann er angefochten werden. Einstweilen aber können die Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt verwalten. Denn die Gesellschaft kann dem von ihrer Generalversammlung gewählten Organ nicht entgegenhalten, daß ihr eigener Beschluß ungültig war (vgl. zu § 271). Wird der Beschluß nicht angefochten, so wird er dadurch gültig (§ 271) Fällt die Wahl auf eine Person, deren Wahl das Statut ausschließt, so wird die Wahl durch unterlassene Anfechtung gültig (vgl. Anm. 11 zu § 231; vgl. unten Anm. 4). Ist die Wahl erfolgt für den Fall der Eintragung einer Statutenänderung, so tritt der Wahlbeschluß erst mit der Eintragung in Kraft. Vorher können die Aufsichtsratsmitglieder nicht tätig sein (RG. 24, 54 ff.). Es ist aber zulässig, das Statut zu ändern und gleichzeitig die durch die Statutenänderung nötigen Neuwahlen vorzunehmen (KGJ. 28 A S. 224 im Hiberniafall).

Anm. 2. Durch die Annahme der Wahl tritt der Gewählte in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft (RGSt. 7, 280), nicht auch zu den Aktionären (ROHG. 22, 239; RG. 28, 72; OLG. Stuttgart in ZHR. 37 555). Die Annahme der Wahl und die daran sich schließende Aktienhinterlegung kann, auch wenn kein Entgelt gezahlt wird, Handelsgeschäft sein (RG. 19,123).

Eine Pflicht zur Annahme der Wahl besteht nicht, selbst nicht für den Aktionär, unserer Ansicht nach kann sie auch statutarisch nicht auferlegt werden (vgl. Anm. 5 zu § 212). Ein Vertrag, durch den im Interesse einzelner Aktionäre einer von ihnen verpflichtet sein soll, die Wahl in den Aufsichtsrat nicht anzunehmen, oder das Amt nach gewisser Zeit niederzulegen, verstößt gegen die guten Sitten (RG. 57, 205). Dagegen dürfte eine Vereinbarung, nach der sich Aktionäre verpflichten, eine bestimmte Person in den Aufsichtsrat zu wählen, gültig sein, soweit sie nicht gegen § 317 verstößt.

Anm. 3. b) **Zahl der Mitglieder.** Das Gesetz bestimmt nur eine Mindestzahl. Das Statut (und zwar sowohl das ursprüngliche, als das abgeänderte, RG. 24, 56; vgl. Anm. 1) kann nicht nur eine höhere Zahl festsetzen, sondern auch eine bewegliche Zahl, was sich empfiehlt, damit nicht durch jeden Austritt eines Mitgliedes der Aufsichtsrat beschlußunfähig und eine Neuwahl nötig wird (OLG. Dresden und ObLG. München in ZHR. 35, 238). Meist bestimmen denn auch die Statuten eine Mindest- und eine Höchstgrenze, z. B. mindestens drei und höchstens neun Mitglieder.

Anm. 4. c) **Eigenschaft der Mitglieder.** In dieser Hinsicht sagt der vorliegende Paragraph nichts. Aber aus seinem Schweigen folgt, daß von Gesetzes wegen keine anderen Erfordernisse, als die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden, gelten (vgl. aber § 248). Aktionäre brauchen sie von Gesetzes wegen nicht zu sein. Es gelten daher dieselben Erfordernisse, wie bei den Vorstandsmitgliedern (vgl. deshalb Anm. 10—12 zu § 231; insbesondere ob Minderjährige, Frauen, Ausländer Aufsichtsratsmitglieder sein können; ob die Statuten Beschränkungen auferlegen können, und welche Folgen es hat, wenn ungeeignete Personen gewählt sind oder die Gewählten nachträglich ihre Eigenschaft verlieren). Zulässig ist z. B. auch die statutarische Bestimmung, daß ein Mitglied des Aufsichtsrats nur

ein Besitzer der Aktien Nr. 1—500 sein könne. Hierdurch können sich bestimmte Personen die Wahl in den Aufsichtsrat sichern. Fällt die Wahl auf eine andere Person, so ist sie ungültig. **§ 243.**

2. (Abs. 2 u. 3.) **Amtsdauer.** In dieser Beziehung unterscheidet das Gesetz den ersten und jeden folgenden Aufsichtsrat. Anm. 5.

a) (Abs. 2.) Der erste Aufsichtsrat hat die Vermutung gegen sich, daß er unter dem Einflusse der Gründer steht, und soll daher nur auf kurze Zeit gewählt werden. Andererseits soll dieser Zeitraum auch nicht so kurz bemessen werden dürfen, daß gerade dies wieder bewirken könnte, was verhindert werden soll, nämlich daß auch der zweite Aufsichtsrat unter dem Einflusse der Gründer erwählt wird. Daher die Sonderbestimmung des Gesetzes, die also weder eine kürzere, noch eine längere Amtsdauer des ersten Aufsichtsrats gestattet und zwingenden Rechts ist (Mot. z. AGes. v. 1884, 216; RG. 24, 57), so daß auch das Statut daran nichts ändern kann und eine im Widerspruch hiermit stehende Wahl zwar nicht ungültig ist, aber doch eben nur für die hier gesetzlich festgesetzte Zeit gilt („die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt"), nicht länger und nicht kürzer. Die hier getroffene Sonderbestimmung schließt nicht aus, daß der erste Aufsichtsrat durch nachträgliche Wahlen verstärkt wird. Der so verstärkte Aufsichtsrat ist aber immer noch der erste Aufsichtsrat, von dem die Bestimmung dieses Absatzes in vollem Umfange gilt (RG. 24, 55 ff.). Das gleiche gilt, wenn der zuerst gewählte Aufsichtsrat während seiner Amtsdauer niederlegt oder abberufen wird und an seine Stelle ganz oder zum Teil ein anderer tritt. — Zu beachten ist die Neuerung, daß die Wahl bis zur Generalversammlung nach Ablauf eines Jahres gilt; es braucht infolgedessen kein Interregnum zu entstehen.

b) (Abs. 3.) Amtsdauer jedes folgenden Aufsichtsrats. Der zweite und jeder folgende Aufsichtsrat dürfen höchstens bis zu der Generalversammlung, die über die Bilanz des vierten Geschäftsjahres nach der Ernennung beschließt, das Ernennungsjahr nicht mitgerechnet, gewählt werden. Für die überschießende Zeit ist die Wahl ungültig, und erlischt dies Amt eo ipso. Für kürzere Zeit darf jeder folgende Aufsichtsrat gewählt werden, auch so, daß seine Amtsdauer vor der ordentlichen Generalversammlung endet. Erfolgen solche kürzere Wahlen auf bestimmte Jahre, so wird die Amtsdauer entsprechend dem Abs. 3 unseres Paragraphen ausgelegt werden müssen. Aber nicht zutreffend ist es, wenn Riesenfeld (Einfluß des neuen Aktienrechts 85) meint, das Amtsjahr müsse stets von Generalversammlung zu Generalversammlung gerechnet werden, eine solche Vorschrift ist in unserem Paragraphen nicht enthalten, vielmehr bestimmt er lediglich die zulässige Höchstdauer der Amtszeit und stellt für diese eine Berechnung als zwingend auf (zust. Pinner 163). Allgemein anerkannt ist jetzt, daß das übliche turnusmäßige Ausscheiden einzelner Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich zulässig ist. Der Gebrauch des Wortes „Aufsichtsrats" in Abs. 3 sollte eine derartige Abänderung eines lange geübten und für die fortlaufende Entwicklung der Gesellschaft segensreichen Gebrauchs nicht bezwecken; § 243 Abs. 4 und § 244 ergeben, daß auch in Abs. 3 nur von den Mitgliedern des Aufsichtsrats die Rede ist (so Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 16; Küntzel 19; Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 88; dagegen nur Katz-Dyhrenfurth, Aktiengesellschaft 61). Anm. 6.

Auch jeder folgende Aufsichtsrat kann während seiner Amtsdauer verstärkt werden, auch über die statutarische Höchstzahl hinaus, wenn gleichzeitig die Statuten entsprechend geändert werden. Ein solcher Beschluß lautet dahin, daß die Wahl erfolgt für den Fall der Eintragung der Statutenänderung. Geschieht letzteres, so wird damit die Wahl gültig. Aber bis dahin gilt sie als noch nicht erfolgt, und die so gewählten Aufsichtsräte dürfen bis dahin nicht tätig sein. Tun sie es dennoch, so sind ihre Handlungen ungültig (RG. 24, 54 ff.; vgl. zu § 277 und Anm. 1 zu diesem Paragraphen). Anm. 7.

3. (Abs. 4.) **Erlöschen des Amts durch Widerruf.** Der Generalversammlung steht das jederzeitige Widerrufsrecht zu. Dazu gehört zunächst ein ordnungsmäßiger Generalversammlungsbeschluß mit allen seinen Voraussetzungen, außerdem aber eine Mehrheit, deren Aktienbesitz Anm. 8.

§ 243. Einleitung. **Der Paragraph stellt Grundsätze für die Zusammensetzung und Amtsdauer des Aufsichtsrats auf**, und zwar

1. Ernennungsart und Zahl der Mitglieder derselben (Abs. 1).
2. Amtsdauer (Abs. 2 und 3).
3. Erlöschen des Amtes durch Widerruf (Abs. 4).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Ernennungsart und Zahl der Mitglieder.**

a) **Ernennungsart.** Das Gesetz kennt nur eine solche: das ist die Wahl in der Generalversammlung, und es herrscht darüber Einigkeit, daß sich dies auf alle Aufsichtsratsmitglieder, nicht bloß auf die Mindestzahl von drei Mitgliedern bezieht; Kooptation und Delegation sind absolut ausgeschlossen (M. z. AGes. von 1884, 213; Behrend § 127 Anm. 21). Auch eine Kooptation unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Generalversammlung ist unzulässig. Die Wahl erfordert einen gehörigen Generalversammlungsbeschluß nach ordnungsmäßiger Bekanntmachung der Wahl als Gegenstand der Tagesordnung; stillschweigende Zustimmung gibt es nicht (Bolze 3 Nr. 808). Ist der Generalversammlungsbeschluß nicht gültig, so kann er angefochten werden. Einstweilen aber können die Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt verwalten. Denn die Gesellschaft kann dem von ihrer Generalversammlung gewählten Organ nicht entgegenhalten, daß ihr eigener Beschluß ungültig war (vgl. zu § 271). Wird der Beschluß nicht angefochten, so wird er dadurch gültig (§ 271) Fällt die Wahl auf eine Person, deren Wahl das Statut ausschließt, so wird die Wahl durch unterlassene Anfechtung gültig (vgl. Anm. 11 zu § 231; vgl. unten Anm. 4). Ist die Wahl erfolgt für den Fall der Eintragung einer Statutenänderung, so tritt der Wahlbeschluß erst mit der Eintragung in Kraft. Vorher können die Aufsichtsratsmitglieder nicht tätig sein (RG. 24, 54 ff.). Es ist aber zulässig, das Statut zu ändern und gleichzeitig die durch die Statutenänderung nötigen Neuwahlen vorzunehmen (RGJ. 28 A S. 224 im Hiberniafall).

Anm. 2. Durch die Annahme der Wahl tritt der Gewählte in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft (RGSt. 7, 280), nicht auch zu den Aktionären (ROHG. 22, 239; RG. 28, 72; OLG. Stuttgart in ZHR. 37 555). Die Annahme der Wahl und die daran sich schließende Aktienhinterlegung kann, auch wenn kein Entgelt gezahlt wird, Handelsgeschäft sein (RG. 19, 123).

Eine Pflicht zur Annahme der Wahl besteht nicht, selbst nicht für den Aktionär, unserer Ansicht nach kann sie auch statutarisch nicht auferlegt werden (vgl. Anm. 5 zu § 212). Ein Vertrag, durch den im Interesse einzelner Aktionäre einer von ihnen verpflichtet sein soll, die Wahl in den Aufsichtsrat nicht anzunehmen, oder das Amt nach gewisser Zeit niederzulegen, verstößt gegen die guten Sitten (RG. 57, 205). Dagegen dürfte eine Vereinbarung, nach der sich Aktionäre verpflichten, eine bestimmte Person in den Aufsichtsrat zu wählen, gültig sein, soweit sie nicht gegen § 317 verstößt.

Anm. 3. b) **Zahl der Mitglieder.** Das Gesetz bestimmt nur eine Mindestzahl. Das Statut (und zwar sowohl das ursprüngliche, als das abgeänderte, RG. 24, 56; vgl. Anm. 1) kann nicht nur eine höhere Zahl festsetzen, sondern auch eine bewegliche Zahl, was sich empfiehlt, damit nicht durch jeden Austritt eines Mitgliedes der Aufsichtsrat beschlußunfähig und eine Neuwahl nötig wird (OLG. Dresden und ObLG. München in ZHR. 35, 238). Meist bestimmen denn auch die Statuten eine Mindest- und eine Höchstgrenze, z. B. mindestens drei und höchstens neun Mitglieder.

Anm. 4. c) **Eigenschaft der Mitglieder.** In dieser Hinsicht sagt der vorliegende Paragraph nichts. Aber aus seinem Schweigen folgt, daß von Gesetzes wegen keine anderen Erfordernisse, als die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden, gelten (vgl. aber § 248). Aktionäre brauchen sie von Gesetzes wegen nicht zu sein. Es gelten daher dieselben Erfordernisse, wie bei den Vorstandsmitgliedern (vgl. deshalb Anm. 10—12 zu § 231; insbesondere ob Minderjährige, Frauen, Ausländer Aufsichtsratsmitglieder sein können; ob die Statuten Beschränkungen auferlegen können, und welche Folgen es hat, wenn ungeeignete Personen gewählt sind oder die Gewählten nachträglich ihre Eigenschaft verlieren). Zulässig ist z. B. auch die statutarische Bestimmung, daß ein Mitglied des Aufsichtsrats nur

ein Besitzer der Aktien Nr. 1—500 sein könne. Hierdurch können sich bestimmte Personen die Wahl in den Aufsichtsrat sichern. Fällt die Wahl auf eine andere Person, so ist sie ungültig. **§ 243.**

2. (Abs. 2 u. 3.) **Amtsdauer.** In dieser Beziehung unterscheidet das Gesetz den ersten und jeden folgenden Aufsichtsrat. Anm. 5.

a) (Abs. 2.) Der erste Aufsichtsrat hat die Vermutung gegen sich, daß er unter dem Einflusse der Gründer steht, und soll daher nur auf kurze Zeit gewählt werden. Andererseits soll dieser Zeitraum auch nicht so kurz bemessen werden dürfen, daß gerade dies wieder bewirken könnte, was verhindert werden soll, nämlich daß auch der zweite Aufsichtsrat unter dem Einflusse der Gründer erwählt wird. Daher die Sonderbestimmung des Gesetzes, die also weder eine kürzere, noch eine längere Amtsdauer des ersten Aufsichtsrats gestattet und zwingenden Rechts ist (Mot. z. AGes. v. 1884, 216; RG. 24, 57), so daß auch das Statut daran nichts ändern kann und eine im Widerspruch hiermit stehende Wahl zwar nicht ungültig ist, aber doch eben nur für die hier gesetzlich festgesetzte Zeit gilt („die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt"), nicht länger und nicht kürzer. Die hier getroffene Sonderbestimmung schließt nicht aus, daß der erste Aufsichtsrat durch nachträgliche Wahlen verstärkt wird. Der so verstärkte Aufsichtsrat ist aber immer noch der erste Aufsichtsrat, von dem die Bestimmung dieses Absatzes in vollem Umfange gilt (RG. 24, 55 ff.). Das gleiche gilt, wenn der zuerst gewählte Aufsichtsrat während seiner Amtsdauer niederlegt oder abberufen wird und an seine Stelle ganz oder zum Teil ein anderer tritt. — Zu beachten ist die Neuerung, daß die Wahl bis zur Generalversammlung nach Ablauf eines Jahres gilt; es braucht infolgedessen kein Interregnum zu entstehen.

b) (Abs. 3.) Amtsdauer jedes folgenden Aufsichtsrats. Der zweite und jeder folgende Aufsichtsrat dürfen höchstens bis zu der Generalversammlung, die über die Bilanz des vierten Geschäftsjahres nach der Ernennung beschließt, das Ernennungsjahr nicht mitgerechnet, gewählt werden. Für die überschießende Zeit ist die Wahl ungültig, und erlischt dies Amt eo ipso. Für kürzere Zeit darf jeder folgende Aufsichtsrat gewählt werden, auch so, daß seine Amtsdauer vor der ordentlichen Generalversammlung endet. Erfolgen solche kürzere Wahlen auf bestimmte Jahre, so wird die Amtsdauer entsprechend dem Abs. 3 unseres Paragraphen ausgelegt werden müssen. Aber nicht zutreffend ist es, wenn Riesenfeld (Einfluß des neuen Aktienrechts 85) meint, das Amtsjahr müsse stets von Generalversammlung zu Generalversammlung gerechnet werden, eine solche Vorschrift ist in unserem Paragraphen nicht enthalten, vielmehr bestimmt er lediglich die zulässige Höchstdauer der Amtszeit und stellt für diese eine Berechnung als zwingend auf (zust. Pinner 163). Allgemein anerkannt ist jetzt, daß das übliche turnusmäßige Ausscheiden einzelner Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich zulässig ist. Der Gebrauch des Wortes „Aufsichtsrats" in Abs. 3 sollte eine derartige Abänderung eines lange geübten und für die fortlaufende Entwicklung der Gesellschaft segensreichen Gebrauchs nicht bezwecken; § 243 Abs. 4 und § 244 ergeben, daß auch in Abs. 3 nur von den Mitgliedern des Aufsichtsrats die Rede ist (so Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 16; Künzel 19; Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 88; dagegen nur Katz-Dyhrenfurth, Aktiengesellschaft 61). Anm. 6.

Auch jeder folgende Aufsichtsrat kann während seiner Amtsdauer verstärkt werden, auch über die statutarische Höchstzahl hinaus, wenn gleichzeitig die Statuten entsprechend geändert werden. Ein solcher Beschluß lautet dahin, daß die Wahl erfolgt für den Fall der Eintragung der Statutenänderung. Geschieht letzteres, so wird damit die Wahl gültig. Aber bis dahin gilt sie als noch nicht erfolgt, und die so gewählten Aufsichtsräte dürfen bis dahin nicht tätig sein. Tun sie es dennoch, so sind ihre Handlungen ungültig (RG. 24, 54 ff.; vgl. zu § 277 und Anm. 1 zu diesem Paragraphen). Anm. 7.

3. (Abs. 4.) **Erlöschen des Amts durch Widerruf.** Der Generalversammlung steht das jederzeitige Widerrufsrecht zu. Dazu gehört zunächst ein ordnungsmäßiger Generalversammlungsbeschluß mit allen seinen Voraussetzungen, außerdem aber eine Mehrheit, deren Aktienbesitz Anm. 8.

§ 243. ³/₄ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beträgt (für die Berechnung dieser Mehrheit vgl. zu § 275). Dieses Abstimmungserfordernis gilt aber nur, soweit nicht das Statut ein anderes bestimmt. Das Statut kann also schwerere oder geringere Erfordernisse aufstellen. Aber ein Generalversammlungsbeschluß ist unbedingt erforderlich. Der Vorstand kann aus eigener Initiative den Widerruf nicht aussprechen, auch nicht, wenn nach seiner Auffassung und nach objektiver Beurteilung der Sachlage wichtige Gründe vorliegen, die die sofortige Kündigung rechtfertigen würden. Dies hat den Mißstand, daß, wenn der Aufsichtsrat genügend Rückhalt in der Generalversammlung hat, er auch dann nicht abberufen werden kann, wenn er die Gesellschaft schädigt; auch richterlichen Schutz hiergegen gibt es nicht. Ebensowenig kann der Aufsichtsrat eines seiner Mitglieder abberufen; Statutenbestimmungen, die dies gestatten, sind ungültig. Die Bestimmung ist auch im übrigen zwingend. Sie kann nicht durch Statut oder Vertrag abgeändert werden oder an Bedingungen geknüpft werden, insbesondere auch nicht an die Bedingung, daß der Widerruf nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe zulässig sei. Die Anberaumung der erforderlichen Generalversammlung kann eventuell erzwungen werden nach § 254. Darüber, ob das abzuberufende Mitglied mitstimmen darf, vgl. zu § 252. Die Widerrufsmöglichkeit gilt übrigens auch gegen den ersten Aufsichtsrat (RG. 24, 56). — Die Wirkung des Widerrufs ist, daß das Verhältnis aufhört und die Vergütung nicht weiter bezogen wird. Es folgt dies schon daraus, daß hier nicht, wie in § 231 der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung vorbehalten ist, das Gesetz also hier die Frage der Entlassung ausschließlich regeln wollte (so Lehmann-Ring Nr. 9; Küntzel 26; Pinner 165 gegen Hagen bei Gruchot 42, 266; Goldmann Anm. 28; vgl. auch Anm. 16 zu § 245).

Anm. 9. **Ob das Aufsichtsratsmitglied sein Amt auch niederlegen kann,** beantwortet sich aus der Natur des betreffenden Vertragsverhältnisses (vgl. hierüber Zitelmann in ZHR. 52, 31; Bernau in IheringsJ. 44, 225 und LZ. 29 A S. 100). Es liegt entweder Auftrag oder Dienstvertrag, der sich als Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB.) darstellt, vor, je nachdem das Amt ohne Besoldung oder gegen Besoldung übernommen ist. Liegt Auftrag vor, so kann das Aufsichtsratsmitglied jederzeit sein Amt kündigen (§ 671 BGB.), es muß nur, wenn es dies ohne wichtigen Grund zur Unzeit tut, die Gesellschaft entschädigen. Im Falle des Dienstvertrages kann es regelmäßig nur aus wichtigen Gründen (Beispiele für wichtige Gründe Bernau 248; Zitelmann 58) niederlegen (§ 626 BGB.), ohne wichtigen Grund nur ausnahmsweise unter zwei kumulierten Voraussetzungen, wenn es

a) Dienste höherer Art leistet, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen,
b) nicht in dauerndem Verhältnisse mit festen Bezügen steht.

Das Erfordernis zu a wird immer vorliegen. Denn unter Diensten höherer Art sind nicht etwa bloß künstlerische oder wissenschaftliche Dienste zu verstehen, da § 627 insbesondere die Dienste der Erzieher, Privatbeamten und Gesellschafterinnen dazu rechnet. Die Dienste der Aufsichtsratsmitglieder fallen daher (ebenso wie die der Vorstandsmitglieder) stets darunter. Da in § 627 nur Gewicht darauf gelegt wird, daß die Dienste auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden *pflegen*, so kommt es auf die Untersuchung des Einzelfalls nicht an.

Allein das negative Erfordernis zu b wird meist nicht vorliegen. Vielmehr wird gerade umgekehrt meist ein dauerndes Verhältnis mit festen Bezügen vorliegen. Ein dauerndes Verhältnis wird meist vorliegen, weil das Aufsichtsratsmitglied ja meist auf eine längere Zeit (ein oder mehrere Jahre) gewählt wird, nur selten auf kurze Zeit, Wochen oder Monate, obwohl dies allerdings auch vorkommt, so z. B., wenn für ein ausscheidendes, kurz vor dem Ende seiner Amtszeit stehendes Aufsichtsratsmitglied ein Ersatzmann gewählt wird (über den Begriff des dauernden Verhältnisses s. Anm. 13 zu § 66). Ebenso wird nach der Entwicklung, die die Dinge jetzt nehmen, meist auch ein Verhältnis mit festen Bezügen vorliegen (vgl. auch Anm. 29 zu § 231). Ein solches liegt nicht nur dann vor, wenn nur eine feste Vergütung gewährt wird, sondern auch dann, wenn eine feste Vergütung neben

Tantieme gewährt wird oder eine Tantieme mit garantiertem Mindestbetrag. Denn auch dann muß man sicherlich von einem Verhältnis „mit festen Bezügen" sprechen (anders für den Fall des Mindesteinkommens Oertmann Anm. 2 zu § 627 BGB.). In den neueren Statuten wird aber meist eine feste Vergütung allein oder neben Tantieme versprochen. In diesem Fall liegt das negative Erfordernis zu b nicht vor, vielmehr gerade umgekehrt ein dauerndes Verhältnis mit festen Bezügen. Wohl aber ist das Erfordernis zu b vorhanden, wenn das Aufsichtsratsmitglied nur gegen Tantieme angestellt ist. § 243.

Demnach muß man zu folgendem Schluß kommen: Erhält das Aufsichtsratsmitglied keine Vergütung oder nur Tantieme, so kann es jederzeit sein Amt niederlegen und haftet nur, wenn dies zur Unzeit geschieht, auf Schadensersatz (§§ 627, 671 BGB.); erhält das Aufsichtsratsmitglied neben oder statt der Tantieme feste Bezüge, so ist eine Kündigung nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe gestattet.

(Das LG. Hannover in ZgA. 14, 252 hat angenommen, daß für die Amtsniederlegung lediglich § 671 BGB. zur Anwendung kommt, gleichviel ob Besoldung vorliegt oder nicht, eine Ansicht, die im Gesetz eine Begründung nicht findet.)

Anm. 10. Erklärt das Aufsichtsratsmitglied die Niederlegung seines Amtes, ohne nach vorstehendem hierzu berechtigt zu sein, so ist diese Erklärung wirkungslos. Es bleibt Aufsichtsratsmitglied, bis etwa seine Stellung von der Generalversammlung widerrufen oder sein Rücktritt von dieser genehmigt wird (worin ein Widerruf liegt) oder sein Amt durch Zeitablauf endet (ebenso Bernau 264; Zitelmann in ZHR. 52, 68; dagegen Lehmann-Ring Nr. 104 und Künzel 24; vgl. Anm. 21 zu § 231). Aber der Vorstand oder der Aufsichtsrat kann nicht etwa den Austritt eines Aufsichtsratsmitgliedes gültig annehmen; denn bei den Aufsichtsratsmitgliedern hat nur die Generalversammlung durch förmlichen Beschluß das Recht zu wählen und abzuberufen. Erwächst der Gesellschaft aus der Nichtausübung des Amts ein Schade, so ist das Aufsichtsratsmitglied ersatzpflichtig.

Anm. 11. Eine Statutenbestimmung, daß die Niederlegung jederzeit auch ohne wichtigen Grund geschehen kann, ist zulässig, denn die fragliche Vorschrift des BGB. ist nicht zwingenden Rechts (ebenso Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse Anm. 40; anders Oertmann Anm. 4 zu § 627 BGB., weil sonst die Zweckbestimmung des Paragraphen vereitelt werden könnte, ein Grund, der nicht ausreicht, um zwingendes Recht anzunehmen; denn jede Gesetzesvorschrift hat eine Zweckbestimmung, die durch die entgegenstehende Abrede vereitelt wird).

Anm. 12. Die hier vorgesehenen Niederlegungserklärungen geschehen gültigerweise an den Vorstand der Gesellschaft (RGZ. 29 A S. 100), aber auch an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, der für diese Art von Erklärungen wohl das legitimierte geschäftsführende Organ sein dürfte (vgl. Anm. 14 zu § 246).

Anm. 13. Der Widerruf ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Ist er der Gesellschaft zugegangen, so kann er nicht mehr zurückgezogen werden, auch nicht mit Genehmigung des Vorstands oder Aufsichtsrats, da durch den Widerruf, soweit er rechtsgültig ist, das Amt erloschen ist, eine Neu- bezüglich Wiederwahl daher nur die Generalversammlung vornehmen kann (RGZ. 29 A S. 101).

Anm. 14. **Zusatz 1. Übergangsfrage.** Die neue Vorschrift über die Dauer der Amtsperiode bezieht sich zwar auf ältere Gesellschaften, aber nicht auf frühere Wahlen (Anm. 1 ff. zu § 178). Wenn die frühere Wahl nur dem früheren Recht entsprach, so ist sie gültig und ihre Dauer bestimmt sich nach bisherigem Recht. Die neue Bestimmung will nur eine praktische Hilfe gewähren, ohne daß ein öffentlich-rechtliches Interesse dafür besteht, daß von ihr alsbald Gebrauch gemacht wird. Die Absichten des Gesetzes können auch unter Beobachtung der früheren Vorschriften erreicht werden (vgl. auch Pinner 166). Der Abs. 4 Satz 2 enthält eine Erleichterung, von der natürlich auch die älteren Gesellschaften vorkommenden Falles Gebrauch machen können.

Anm. 15. **Zusatz 2. Die Rechte und Pflichten eines zu Unrecht tätigen Aufsichtsrats** lassen sich mit einem Worte nicht bestimmen. Seine Rechte ergeben sich daraus, daß er zu Unrecht gewählt war, also in Wahrheit ein Geschäftsführer ohne Auftrag war. Seine Pflichten sind,

§ 243. solange es noch nicht entschieden ist, daß er zu Unrecht tätig ist, zivilrechtlich und gegenüber der Gesellschaft die eines ordnungsmäßigen Aufsichtsrats. Öffentlich-rechtliche Vorschriften dagegen, die ihn z. B. den Gläubigern zivilrechtlich haftbar machen oder deren Verletzung unter Strafe steht, treffen ihn nicht.

§ 244.

§ 244. Jede Aenderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsraths ist von dem Vorstand unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Der Vorstand hat die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Bekanntmachung und Einreichung der Bekanntmachung an, wenn im Aufsichtsrat eine Personalveränderung eintritt (der erste Aufsichtsrat wird vom Registergericht bekannt gemacht; § 199 Nr. 4).

1. Die Vorschrift ist neu und entspricht einem dringenden Bedürfnisse. Früher blieben solche Personalveränderungen ein Internum der Gesellschaft, besonders, wenn das Generalversammlungsprotokoll über die Annahme der Wahl nichts enthielt, und stets, wenn es sich um die Niederlegung des Amtes handelte.

   Eine Eintragung der jeweiligen Zusammensetzung des Aufsichtsrats in das Handelsregister ist nicht angeordnet.

   Bei Wiederwahl ist Bekanntmachung nicht nötig, da keine Änderung im Personenbestand eintritt.

2. Die Vorschrift hat nach der Absicht des Gesetzes zur Folge, daß für Aktionäre und Dritte die Personen, die nach dem Inhalt der zum Handelsgericht eingereichten Bekanntmachung die Aufsichtsratsmitglieder sind, es wirklich sind und die einzigen sind, bis ihnen nachgewiesen werden kann, daß sie von einer solchergestalt noch nicht bekannt gemachten Veränderung des Personalbestandes sonstige Kenntnis hatten. Das kann wichtig werden für die Anfechtungsklage nach § 271 und für Rechtsgeschäfte, die mit dem Aufsichtsrat als Vertreter der Gesellschaft abgeschlossen werden, soweit er überhaupt dazu legitimiert ist.

3. Zur Einreichung der Bekanntmachung kann der Vorstand durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 14).

4. Die Anmeldung hat auch zum Register der Zweigniederlassungen zu erfolgen, da eine ausdrückliche Ausnahme von der Regel des § 13 nicht gemacht ist (so KGJ. 28 A S. 47; Marcus im Recht 04, 357; dagegen LG. Essen in DJZ. 03, 504; Goldmann Anm. 4; Lehmann-Ring Nr 2).

§ 245.

§ 245. Erhalten die Mitglieder des Aufsichtsraths für ihre Thätigkeit eine Vergütung, die in einem Antheil am Jahresgewinne besteht, so ist der Antheil von dem Reingewinne zu berechnen, welcher nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen sowie nach Abzug eines für die Aktionäre bestimmten Betrags von mindestens vier vom Hundert des eingezahlten Grundkapitals verbleibt.

Ist die den Mitgliedern des Aufsichtsraths zukommende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt, so kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, durch welche die Vergütung herabgesetzt wird, von der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.

Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsraths kann eine Vergütung für ihre Thätigkeit nur durch einen Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden. Der Beschluß kann nicht früher als in derjenigen Generalversammlung gefaßt

werden, mit deren Beendigung die Zeit, für welche der erste Aufsichtsrath gewählt ist, abläuft. § 245.

Lit. zu § 243 und § 237.

Der vorliegende Paragraph enthält mehrere Einzelvorschriften über die Vergütungen des Aufsichtsrats. Es empfiehlt sich aber, die ganze Lehre von der Vergütung des Aufsichtsrats im Zusammenhange zu entwickeln. Einleitung.

I. **Die Vergütung des ersten Aufsichtsrats.** Mag diese in einem Anteil am Jahresgewinne oder in einer bestimmten Summe bestehen, stets kann sie nur durch einen Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden, und nicht früher, als in der Generalversammlung, mit der die Amtsperiode des ersten Aufsichtsrats abläuft. Eine im Widerspruch mit dieser Vorschrift bewilligte Vergütung ist ungültig und kann zurückgefordert werden (KB. zum Aktiengesetz von 1884). Die Gesellschaftsorgane, die die Auszahlung bewirkt haben, haften nach §§ 241 und 249 auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Besteht die Vergütung in einem Anteil am Jahresgewinne, so unterfällt sie außerdem der Vorschrift des Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen. Anm. 1.

II. **Die Vergütung jedes folgenden Aufsichtsrats.** Anm. 2.

1. **Barauslagen** sind den Aufsichtsratsmitgliedern zu erstatten, soweit sie sie nach den Umständen für erforderlich halten durften (§§ 670, 675 BGB.), also auch dann, wenn sie in Wirklichkeit nicht erforderlich waren. — Auch ist nicht zweifelhaft, daß ein Aufsichtsratsmitglied, das der Gesellschaft **besondere, über den Rahmen der Aufsichtsratstätigkeit hinausgehende Dienste** leistet, hierfür besondere Vergütung beanspruchen kann (ein Rechtsanwalt führt Prozesse, ein Baumeister führt Bauten auf usw. — Pinner 167).

2. **Auf eine Vergütung seiner Tätigkeit über die Erstattung der baren Auslagen hinaus hat das Aufsichtsratsmitglied nur Anspruch, wenn dies vereinbart ist.** Die Vereinbarung kann durch besonderen Vertrag mit der Generalversammlung erfolgen, oder es kann im Statut die Bestimmung getroffen sein. Die Bewilligung in den Statuten ist nicht die einzige Voraussetzung, wie Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen ergibt. Es ist auch eine Vereinbarung möglich. Mit Rücksicht aber darauf, daß § 243 die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder und damit auch die Einzelheiten der Bestellung, Zeit, Vergütung usw. lediglich der Generalversammlung überträgt, muß (entgegen der 6./7. Aufl.) angenommen werden, daß ein Vertrag über die Vergütung mit anderen Organen unzulässig ist. Auch der Vorstand ist trotz seiner unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis nicht zum Abschluß solcher Verträge berechtigt, da hier eine gesetzliche Zuweisung gewisser Verträge an ein anderes Organ, die Generalversammlung, vorliegt, damit also die Vertretungsbefugnis gesetzlich beschränkt ist (vgl. Anm. 10 zu § 235). Anm. 3.

In der Annahme des Amtes ohne besondere Vereinbarung und ohne Statutenbestimmung und Generalversammlungsbeschluß, durch die eine Vergütung festgesetzt wurde, ist im Zweifel die Absicht unentgeltlicher Amtsführung zu erblicken (vgl. § 612 BGB.). Es kann aber aus den Umständen geschlossen werden, daß die Übernahme der Stellung nur gegen Vergütung erfolgen soll, z. B. wenn ein Bankier, der kein eigenes Interesse an der Gesellschaft hat, oder ein Anwalt Aufsichtsrat wird. Aber auch hier ist zu berücksichtigen, daß die Vermutung für die Unentgeltlichkeit spricht und nur aus der Gesamtheit der Umstände entkräftet werden kann (vgl. Zitelmann ZHR. 52, 50; Goldmann Anm. 2; Lehmann-Ring Nr. 1; Pinner 167 gegen 6./7. Aufl.).

Auch bei unentgeltlicher Übernahme kann die Generalversammlung nachträglich eine Vergütung bewilligen (ROHG. 22, 281); es sei denn, daß die Vergütung im Statut verboten ist, in welchem Fall die Gewährung eine Statutenänderung voraussetzt.

Beruht die Festsetzung der Vergütung auf den Statuten, so kann nach Abs. 2 **eine Abänderung der Statuten, die die Vergütung herabsetzt,** mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Diese Bestimmung ist zwingenden Rechts und eine Statutenbestimmung, die hier erschwerende Erfordernisse aufstellte (z. B. Einstimmigkeit) würde un- Anm. 4.

§ 245. gültig sein. (Es ist daran zu erinnern, daß sich diese Vorschrift im Gegensatz zu Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen auf jede Art der Vergütung, nicht nur auf die Tantieme bezieht, aber andererseits nur auf die im Gesellschaftsvertrag festgesetzte.) Ein solcher Herabsetzungsbeschluß hat natürlich zunächst nur Wirkung nach innen, d. h. unter den Gesellschaftern und als Anweisung an den Vorstand. Mittelbar aber wirkt er auch nach außen. Beruht nämlich der Anspruch der zur Zeit des Beschlusses im Amt befindlichen Aufsichtsratsmitglieder nicht auf besonderen Abmachungen, sondern lediglich auf dem Gesellschaftsvertrag, so ist anzunehmen, daß sich ihr Anspruch auf die Vergütung gemäß dem Herabsetzungsbeschlusse ohne weiteres vermindert, weil die Annahme des Amtes als Aufsichtsrat ohne besondere Vergütungsabrede dahin zu verstehen ist, daß als Vergütung immer das zu zahlen ist, was das Statut als Vergütung bestimmt, wie dies im vorigen Absatze ausgeführt ist. Anders liegt die Sache, wenn die Vergütung des Aufsichtsrats durch einen mit der Generalversammlung (vgl. Anm. 3) geschlossenen Vertrag festgesetzt ist. Der Gesetzestext will nur die statutarisch festgesetzte Vergütung der Herabsetzung unterwerfen, nicht die vertragliche. Auch innere Gründe nötigen nicht zu dieser Ausdehnung. Wer eine Stelle als Aufsichtsrat ohne besondere Abrede über die Vergütung übernimmt, gibt damit zu erkennen, daß er sich der jeweiligen statutarischen Festsetzung unterwirft; wer eine besondere Abrede trifft, will die Vergütung dauernd und, ohne vom Willen der Mehrheit abhängig zu sein, beziehen. Praktisch ist die Frage allerdings insofern ohne Bedeutung, als die Gesellschaft es in der Hand hat, die Bestellung des Mitgliedes, das sich eine Herabsetzung seiner Bezüge nicht gefallen lassen will, zu widerrufen, wodurch die weiteren Bezüge fortfallen (Anm. 8 zu § 243).

Wird die Vergütung herabgesetzt, so liegt darin nicht ohne weiteres ein Grund für das Aufsichtsratsmitglied zur sofortigen Kündigung; es kommt auf die Umstände an, ob dies als „wichtiger Grund" anzusehen ist.

Für die Erhöhung der statutarisch festgesetzten Vergütung gilt Abs. 2 nicht, für diese gelten die allgemeinen Grundsätze über Statutenänderungen.

Anm. 5. 3. **Die Art der Vergütung** ist regelmäßig entweder eine feste Vergütung oder ein Anteil am Reingewinn (Tantieme). Außerdem kommt hin und wieder andere Vergütung vor (z. B. freies Entree in das Theater der Gesellschaft, freie Beköstigung, freie Wohnung usw.). Über die Höhe der festen Vergütung sind keine Vorschriften gegeben. Diese ist daher gesetzlichen Schranken nicht unterworfen. Lediglich das Interesse der Gesellschaft, das absichtlich nicht geschädigt werden darf, ist hier die gesetzliche Grenze. Es kann auch eine feste Vergütung mit der Maßgabe vereinbart werden, daß sie auf die Tantieme in Anrechnung kommt oder auch neben der Tantieme, oder auch so, daß die Tantieme in bestimmter Höhe garantiert wird. Auch Umsatzprovisionen, Präsenzgelder usw. können vereinbart werden, und man wird solche Art von Vergütung überall dort wählen, wo die Gesellschaft noch zu geringe Erträge abwirft, um angesichts der Bestimmung des § 245 die Gewährung einer Vergütung in Form von Anteilen am Reingewinn überhaupt zu ermöglichen (vgl. über die verschiedenen Arten der zulässigen festen Vergütung Anm. 5 ff. zu § 237).

Für die Tantiemeberechnung ist nun in der Vorschrift des Abs. 1 eine im früheren HGB. nicht enthaltene Vorschrift gegeben, über welche folgendes zu bemerken ist:

Anm. 6. a) **Die Vorschrift ist zwingender Natur.** Schon die kategorische Fassung ergibt dies, und sowohl der Antragsteller, als der Befürworter des Antrages und der Vertreter der verbündeten Regierungen haben dies als ihre Meinung im Plenum des Reichstages ausgesprochen (StenBer. 113—115). Sie kann daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden, noch weniger durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß oder gar durch einfache Verwaltungsmaßregel des Vorstandes. Derartige Abänderungen wären ungültig mit allen Folgen einer auf zwingendem Rechte beruhenden Ungültigkeit. Es tritt also unheilbare Nichtigkeit der betreffenden Bestimmung ein und diese wirkt unter Umständen auch auf die Gültigkeit des ganzen Vertrages ein (§ 139 BGB.). Das bezieht sich aber nur auf Abänderungen, die eine dem Aufsichtsrat günstigere Berechnung zum Gegenstande haben.

Abänderungen nach der entgegengesetzten Richtung sind zulässig (vgl. Abs. 2 und Anm. 3). **§ 245.**
Über die Folgen einer gesetzwidrigen Zahlung von Tantiemen vgl. Anm. 20 zu § 237.

b) **Der Inhalt der Vorschrift über die Berechnung der Tantieme.** Der Tantiemeberechnung ist der Reingewinn nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen und nach Abzug von mindestens 4% des eingezahlten Grundkapitals zugrunde zu legen. (Durch den Abzug der 4% unterscheidet sich die Vorschrift von der entsprechenden Vorschrift für die Vorstandsmitglieder im § 237.) Anm. 7.

α) **Der Reingewinn.** Hierunter ist der sich aus der Bilanz ergebende Reingewinn zu verstehen, nicht etwa der Betriebsgewinn des betreffenden Jahres. Ein Verlustvortrag aus früheren Jahren schmälert die Höhe dieses Reingewinns (näheres hierüber Anm. 11 zu § 237). Andererseits ist nach unserer Ansicht auch ein Gewinnvortrag aus früheren Jahren nicht in Abzug zu bringen (näheres hierüber Anm. 11 zu § 237).

β) **In Abzug zu bringen sind sämtliche Abschreibungen und Rücklagen und 4% des eingezahlten Aktienkapitals.** Sämtliche Abschreibungen, auch die außerordentlichen, d. h. die, die gemacht werden, obgleich sie durch eine tatsächliche Wertverminderung nicht bedingt werden. Anm. 8.

Sämtliche Rücklagen, wiederum auch die, die durch die Sachlage nicht geboten sind, also auch die sogenannten unechten Reservekonten (näheres hierüber Anm. 13—16 zu § 237), auch der Gewinnvortrag, der in das nächste Jahr herübergenommen wird (auch hierüber näheres Anm. 15 zu § 237). Die Tantieme des Vorstands, die aus dem Reingewinn gezahlt wird, ist nicht in Abzug zu bringen (vgl. Anm. 18 zu § 237). Anm. 9.

4% für die Aktionäre und zwar mindestens 4%. Eine Tantiemeberechnung, die den Aktionären ein höheres Vorzugsrecht für die Dividende sichert, ist natürlich zulässig. Die 4% berechnen sich vom eingezahlten Grundkapital, was wohl zu beachten ist, aber vom ganzen eingezahlten Aktienkapital, was ebenfalls zu beachten ist (vgl. Anm. 11). Oft liegt die Sache so, daß nur für die Vorzugsaktien, nicht für die Stammaktien eine Dividende gezahlt werden kann. Gleichwohl erhält der Aufsichtsrat nur Tantieme nach Abzug von 4% des ganzen Aktienkapitals (vgl. folgende Anm.). Anm. 10.

Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, von denen die eine ein Dividendenvorzugsrecht hat, so erfolgt auch in diesem Falle der Abzug in Höhe von 4% des ganzen Aktienkapitals. Die Verteilung dieses Prozentsatzes unter die Aktionäre erfolgt nach Maßgabe der statutarischen Bestimmungen über die Vorrechte der Vorzugsaktien. Bestimmt z. B. § 6 der Statuten, daß die Vorzugsaktien eine Vorzugsdividende von 5% erhalten, der Rest des Reingewinnes aber gleichmäßig unter die Vorzugs- und Stammaktien verteilt werden soll, so kann der Statutenparagraph über die Verteilung des Reingewinnes unter die Tantieme- und unter die Dividendenbezieher dahin lauten: „alsdann werden 4% des eingezahlten Kapitals in Abzug gebracht und nach Maßgabe des § 6 unter die Aktionäre verteilt; von dem verbleibenden Reingewinne erhält der Aufsichtsrat eine Tantieme von 5%, der Rest des Reingewinns wird wiederum nach § 6 verwendet, und zwar zunächst zur Ergänzung der den Vorzugsaktionären zustehenden Vorzugsdividende". Anm. 11.

γ) **Anderen Beschränkungen ist die Tantiemeberechnung nicht ausgesetzt.** Insbesondere ist also der Prozentsatz des zu gewährenden Anteils am Reingewinne seiner Höhe nach unbeschränkt (vgl. hierzu, wie überall bei dieser Vorschrift, die Erl. zu § 237). Anm. 12.

4. **Teilung des Anspruchs auf die Vergütung beim Vorhandensein mehrerer Aufsichtsratsmitglieder.** Wenn die Vereinbarungen nicht ergeben, welcher Teil der Vergütung dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede zufällt, so teilt sich der Anspruch des Aufsichtsrats auf die Tantieme in gleichmäßige Anteile (§ 420 BGB.), die demgemäß von jedem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede direkt gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können. Anm. 13.

Auf das Maß der von jedem einzelnen Mitglied entwickelten Tätigkeit kommt es dabei nicht an. Insbesondere ist es gleichgültig, ob es sämtlichen Sitzungen Anm. 14.

§ 245. beigewohnt hat (OL. Dresden in BuschA. 47, 76). Doch können die Statuten natürlich hier Abweichendes bestimmen. Oft bestimmen die Statuten, daß der Vorsitzende zwei Teile erhalten soll.

Anm. 15. 5. **Stirbt ein Aufsichtsratsmitglied** während der Dauer der Amtsperiode, so erhält es seine Tantieme anteilig (vgl. Anm. 16). Die Zahlung ist an die Erben zu leisten.

Anm. 16. 6. **Tantiemeanspruch für den Fall, daß im Laufe des Geschäftsjahrs das Amt aufhört.** Macht die Generalversammlung von ihrem Widerrufsrechte Gebrauch, so hört damit die Vergütung des Aufsichtsrats für die Folgezeit auf. Die Bestimmung des § 231 Abs. 3 ist hier nicht anwendbar, wie Behrend § 127 Anm. 28 meint. Der Widerruf erfolgt durch einen hinsichtlich seiner Motive nicht nachprüfbaren Mehrheitsbeschluß. Mit der Möglichkeit eines solchen Beschlusses, einer willkürlichen Abberufung, muß jedes Mitglied des Aufsichtsrats bei Annahme seiner Wahl rechnen. Es ist als Wille beider Teile anzunehmen, daß die Wahl auf die statutarische Wahlperiode gelten soll, falls nicht eine Generalversammlung einen vorherigen Widerruf ausspricht, und daß die Aufsichtsratsmitglieder nur solange entschädigt werden sollen, als sie nach dem Willen der organisierten Gesamtheit Aufsichtsratsmitglieder sind (vgl. auch Anm. 8 zu § 243). Die Vergütung kommt den jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedern, im Falle des Widerrufs also fortan den Ersatzmännern zu. Ob die Generalversammlung Grund zum Widerruf hatte oder nicht, kann gar nicht untersucht werden. Jeder Stimmende mag einen anderen Grund gehabt haben, den er niemandem zu verraten braucht. Nach dem Vorstehenden sind diese Gründe gleichgültig. Der Mehrheitswille ist Grund genug. Wesentlich unterstützt wird diese Ansicht durch die Auslassung des Vorbehalts von Entschädigungsansprüchen in diesem Paragraphen im Gegensatz zu § 231 Abs. 3, wo beim Widerruf der Bestellung des Vorstandes dieser Vorbehalt gemacht ist. Bei der festen Vergütung gilt übrigens dasselbe. — Bei Niederlegung des Amtes durch das Aufsichtsratsmitglied aus wichtigem Grunde gilt das entsprechende. Auch hier sind die Vergütungsvereinbarungen dahin zu deuten, daß der jeweilige Aufsichtsrat die Vergütung erhält. Der § 628 Abs. 2 BGB. kommt insoweit nicht zur Anwendung. Bei Niederlegung ohne wichtigen Grund auf Grund des § 627 BGB. (vgl. Anm. 9 zu § 243) besteht ebenfalls kein weiterer Entschädigungsanspruch. — Über die Berechnung der Tantieme pro rata temporis s. Anm. 23 zu § 237.

Anm. 17. 7. **Die Tantieme wird fällig mit rechtsgültiger Fassung des Beschlusses auf Dividendenverteilung.** Ja selbst dann, wenn dieser Beschluß nicht gefaßt sein sollte, weil zwar ein Reingewinn vorhanden, aber die flüssigen Mittel zur Verteilung nicht ausreichen, würde doch der Tantiemeanspruch fällig werden, und zwar mit rechtsgültiger Fassung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses (RG. 11, 163). — Über Rückzahlung, wenn sich herausstellt, daß Gewinn zu Unrecht verteilt ist, vgl. Anm. 24 zu § 217.

Anm. 18. 8. Im **Konkurse** haben die Aufsichtsratsmitglieder nicht das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO. Man kann nicht annehmen, daß der Ausdruck „verdungen" in der bezeichneten Gesetzesbestimmung, der ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit voraussetzt, auf die Stellung der Aufsichtsräte paßt (vgl. Staub GmbH. Anm. 25 zu § 252 und Jaeger KO. Anm. 11 zu § 61).

Übergangsfrage. Vgl. hierüber Anm. 27 zu § 237.

§ 246.

§ 246. Der Aufsichtsrath hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Werthpapieren und Waaren untersuchen. Er hat die Jahres-

rechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten. § 246.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsraths werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht Anderen übertragen.

Einleitung.

I. **Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats.** War in den vorhergehenden Paragraphen über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmt und eine Vorschrift über seine Vergütung gegeben, so beschäftigt sich dieser Paragraph mit den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats. **Für den allgemeinen Charakter des Aufsichtsrats** ergibt sich aus den Vorschriften dieses Paragraphen, sowie aus den sonstigen zerstreut vorkommenden Vorschriften des Gesetzes folgendes: Die Gesellschaft hat geschäftsführende und vertretungsberechtigte Organe. Diese Organe sind Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand. Doch ist die Abgrenzung der Befugnisse und Obliegenheiten dieser drei Organe nicht derart, daß es gerechtfertigt wäre, in kurzer Antithese zu sagen, wie das RG. (3, 129) dies tut: die Gesellschaft habe ein Willensorgan, die Generalversammlung, ein ausführendes Organ, den Vorstand, und ein kontrollierendes Organ, den Aufsichtsrat. Denn der Vorstand ist sicherlich auch ein Willensorgan, und der Aufsichtsrat ist nicht nur kontrollierendes Organ.

Vielmehr entspricht folgendes der Lage der Gesetze:

Die geschäftsführenden Organe der Gesellschaft sind Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand; Vertretungsorgan ist hauptsächlich der Vorstand, ausnahmsweise auch der Aufsichtsrat und ganz ausnahmsweise auch die Generalversammlung (vgl. Anm. 4 zu § 250). Bei Versicherungsgesellschaften kommt noch das Aufsichtsamt hinzu, vgl. § 64 Priv.-VersUntGes.

Der Aufsichtsrat ist hiernach geschäftsführendes und ausnahmsweise auch Vertretungsorgan. Seine Geschäftstätigkeit besteht zunächst und unabänderlich in der kontrollierenden Tätigkeit, die ihm im vorliegenden Paragraphen zugewiesen ist. Daneben hat ihm schon das Gesetz anderweite Tätigkeiten, reine Verwaltungsakte, zugewiesen, nämlich im § 238 die Erteilung der Zustimmung zur Bestellung des Prokuristen und im vorliegenden Paragraphen das Recht und die Pflicht, die Generalversammlung einzuberufen, so oft das Gesellschaftsinteresse dies erfordert; vgl. auch § 222 Abs. 4. Und endlich ist nach Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen dem Gesellschaftsvertrage überlassen, ihm weitere Obliegenheiten, also weitere Verwaltungsgeschäfte, zu übertragen.

Ausnahmsweise aber ist der Aufsichtsrat auch Vertretungsorgan nach außen, nämlich nach positiver gesetzlicher Vorschrift bei Anfechtungsklagen gegen die Gesellschaft (§ 271) und bei Klagen der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder, sowie bei Rechtsgeschäften mit ihnen (§ 247). Ferner aber muß mit der allgemeinen Ansicht (im Gegensatz zur 6./7. Aufl.) angenommen werden, daß der Aufsichtsrat die Gesellschaft sowohl dann rechtsgeschäftlich verpflichtet, als auch gemäß § 31 BGB. verantwortlich macht, wenn er kraft seiner gesetzlichen Befugnisse handelnd auftritt, z. B. wenn er zu seinen Revisionen Hilfspersonen anstellt (so Lehmann-Ring Nr. 1; Goldmann Anm. 15; Behrend § 127 Anm. 17; Pinner 171; OLG. Karlsruhe bei Holdheim 1, 58). — Dagegen kann statutarisch nicht dem Aufsichtsrat für andere Fälle Vertretungsmacht eingeräumt werden, und am allerwenigsten ist es statthaft, ihn zum ständigen Vertreter zu machen (Behrend § 127 Anm. 7a; RG. in JW. 97, 349). — Tritt der Aufsichtsrat in der Absicht, namens der Gesellschaft zu handeln, nach außen handelnd auf, so verpflichtet er, soweit ihm die Vertretungsmacht mangelt, sich selbst als falsus procurator gemäß § 179 BGB. (vgl. Anm. 39 ff. im Exk. zu § 58). In den

§ 246. Prozessen, in denen der Aufsichtsrat die Gesellschaft nicht vertritt, kann jedes Aufsichtsratsmitglied als Zeuge vernommen werden.

Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich nicht mit den Ausnahmefällen, in denen der Aufsichtsrat Vertretungsorgan der Gesellschaft ist, sondern befaßt sich nur mit dem Aufsichtsrat als Kontroll- und Geschäftsführungsorgan.

In den vier Absätzen des Gesetzes ist der Gegenstand wie folgt abgehandelt:

1. Gesetzlicher Umfang der Kontrolltätigkeit (Abs. 1).
2. Die Pflicht, erforderlichenfalls die Generalversammlung einzuberufen (Abs. 2).
3. Der Vorbehalt an das Statut zur Aufstellung weiterer Obliegenheiten (Abs. 3).
4. Delegationsverbot (Abs. 4).

II. **Über die Stellung des Aufsichtsrats als Kontrollorgan im allgemeinen:** Das Gesetz bestimmt die Pflicht („hat zu ...") zur Überwachung und zur Unterrichtung, ferner zur Prüfung der Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnverteilung, sowie zur Berichterstattung. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist der Aufsichtsrat berechtigt („kann"), Berichterstattung zu verlangen, Bücher und Bestände zu prüfen.

Bei der Erörterung dieser Bestimmung ist davon auszugehen, daß der Aufsichtsrat nur kontrollierende Tätigkeit haben soll, daß die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht verpflichtet sind, ihre ganze Tätigkeit dem Amt zu widmen, daß der Gesetzgeber nur verlangen kann, daß sie ihre Pflicht innerhalb der Grenze des Möglichen und Üblichen erfüllen. Hierauf weist § 249 hin, der zur Ergänzung des § 246 heranzuziehen ist. Die Mitglieder haben bei Erfüllung ihrer Pflicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Es läßt sich in keiner Weise hiernach eine allgemeine Regel für das Maß der Obliegenheiten des Aufsichtsrats geben. Sie wird je nach Art der Gesellschaft, nach dem Umfang der Geschäfte, nach der Eigenschaft der Beamten der Gesellschaft, insbesondere des Vorstandes, verschieden sein. Keinesfalls liegt es im Sinne des Gesetzes, daß der Aufsichtsrat über jede Einzelheit sich informiert, daß er jede Handlung des Vorstands überwacht, alle Zweige der Verwaltung im einzelnen kontrolliert. Es muß dies gegenüber der zum Teil viel weitergehenden, in der Literatur und vor allem in der Praxis verbreiteten Ansicht, hervorgehoben werden, die schließlich den Aufsichtsrat für jeden Schaden, der der Gesellschaft erwächst und der vielleicht bei einer über das übliche Maß hinausgehenden, jedes Detail berücksichtigenden Prüfung hätte entdeckt werden können, verantwortlich macht (vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Rießer, Zur Aufsichtsratsfrage, in der Festgabe für R. Koch). Man stelle sich nur vor, was ein Aufsichtsratsmitglied bei einem Betriebe, wie z. B. der Deutschen Bank oder der Allgemeinen Elektrizitätsgesellschaft leisten müßte, wenn es eine derartige weitgehende Überwachung vornehmen wollte, um sofort einzusehen, daß hier Unmögliches verlangt wird. Vernunftgemäß kann dies das Gesetz nicht fordern; seiner Pflicht genügt daher der Aufsichtsrat, der die nötigen Revisionen vornimmt, über die wesentlichen Geschäftsvorgänge in Beratung tritt, dafür sorgt, daß ihm genügend Bericht erstattet wird, um den Geschäftsgang zu kontrollieren und, wenn nötig, einzuschreiten, bei der Bilanzprüfung die verkehrsübliche Sorgfalt entfaltet (ebenso im Resultat Rießer a. a. O. und Küntzel, Der Aufsichtsrat 40ff.).

Von diesen Gesichtspunkten wird in der folgenden Darlegung ausgegangen werden.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Gesetzlicher Umfang der Kontrolltätigkeit.** Die dem Aufsichtsrat hier auferlegten Verpflichtungen sind uneinschränkbar. Der Gesellschaftsvertrag kann sie erweitern, aber nicht verringern. Die Kontrolltätigkeit steht ihm nur als geschlossenem Organ zu; nur alle Mitglieder des Aufsichtsrats oder einzelne von diesem delegierte können sie ausüben. Für die Vorweisung der Bücher und die Untersuchung der Bestände ist dies besonders hervorgehoben (vgl. Anm. 6). Die Statuten können hierin Änderungen treffen, können z. B. den Vorsitzenden oder sonstigen Mitgliedern des Aufsichtsrats eine selbständige Kontrolle einräumen.

a) **Der Aufsichtsrat hat den Vorstand zu überwachen.** Das Gesetz hat sich mit Recht **§ 246.** damit begnügt, nur die allgemeine Überwachungspflicht aufzustellen. Was der Aufsichtsrat Anm. 2. im einzelnen zu tun hat, um diese seine Pflicht zu erfüllen, ist Sache seines Ermessens. Jedes Unternehmen, jede Gesellschaft, jede Zusammensetzung des Vorstandes wird in dieser Beziehung verschiedene Pflichten auferlegen. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist überall die Grundlage (§ 249). **Das Recht, dem Vorstande Weisungen zu erteilen,** ist hiernach vom Gesetze nicht gegeben, kann aber durch Statut vorgesehen sein (vgl. Anm. 10). Deshalb kann, soweit dies nicht im Statut vorgesehen ist, der Aufsichtsrat den Vorstand nicht anweisen, vor Ergreifung von Maßregeln oder vor Abschluß von Geschäften seine Genehmigung einzuholen. Daß, sofern der Geschäftsbetrieb durch andere Organe oder Personen besorgt wird, die Aufsicht sich auf diese erstrecken muß, kann nicht bezweifelt werden, zumal die engere Fassung des Art. 225 („hat den Vorstand zu überwachen") fallen gelassen ist. Indessen ist es immer nur der Vorstand, gegen den sich das Kontrollrecht wendet. **Zu den Angestellten des Geschäfts** steht der Aufsichtsrat in keiner direkten Beziehung, ihnen gegenüber hat der Aufsichtsrat bei etwaiger Weigerung, sich der Kontrolle zu unterwerfen, kein direktes Machtmittel.

b) **Er hat sich zu diesem Zwecke vom Gange der Angelegenheiten zu unterrichten.** Anm. 3. Die Worte „zu dem Zwecke" sind mit Absicht hinzugefügt (KB. z. AGes. von 1884, 21). Sie sollen einmal einer Ausdehnung der Informationsbefugnis über den Überwachungszweck hinaus vorbeugen, andererseits andeuten, daß die Informationspflicht so weit geübt werden muß, als jener Zweck es erfordert.

c) **Er kann jederzeit vom Vorstande Berichterstattung fordern und selbst oder** Anm. 4. **durch einzelne vom Aufsichtsrat zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, sowie sämtliche Bestände untersuchen.** Die Stellung, die durch diese Bestimmung dem Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstande eingeräumt ist, ist durch Statut nicht einschränkbar. Zum Gedeihen der Gesellschaft kann sie nur ausgefüllt werden, wenn beide Organe sich entgegenkommen. Fehlt das Entgegenkommen, so ist die Stellung nicht nur tatsächlich schwierig, sondern auch im einzelnen rechtlich so zweifelhaft, daß eine wirksame Ausübung der Befugnisse des Aufsichtsrats nicht möglich ist.

α) Wenn dem Aufsichtsrat das Recht gegeben ist, **jederzeit** Berichterstattung vom Vorstande Anm. 5. zu erfordern, so ist das doch cum grano salis zu verstehen. Es liegt auf der Hand, daß auch hier nur vernünftige Anforderungen gestellt werden können. Der Aufsichtsrat kann nicht Berichterstattung, soweit nicht dringliche Fälle vorliegen, außerhalb der Geschäftsstunden verlangen, oder wenn der Vorstand gerade anderweite unaufschiebbare Geschäfte vor hat, auch nicht zur Chikane wiederholt dieselbe Auskunft erfordern.

β) **Er kann die Einsicht der Bücher und Vorweisung der Bestände nur in corpore oder durch einzelne, besonders hierzu delegierte Mitglieder erfordern.** Anm. 6. Dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede ohne solche Delegation ist dieses Recht versagt, um der Ausbeutung des Geschäfts durch Benutzung der Geschäftsgeheimnisse vorzubeugen (KB. z. AGes. von 1884, 22 und OLG. Hamburg in OLGR. 4, 469).

γ) Innerhalb dieser Grenzen hat der Vorstand die Verpflichtung, die Informierung des Aufsichtsrats zu ermöglichen. Anm. 7. Er unterliegt sonst den Ordnungsstrafen nach § 319. Auch kann der Aufsichtsrat eine Generalversammlung einberufen (Anm. 9). Endlich hat er das Recht zu Klagen und einstweiligen Verfügungen (hierüber § 247).

δ) **Er hat die Jahresrechnungen, Bilanzen und Gewinnverteilungsvorschläge** Anm. 8. **zu prüfen und darüber der Generalversammlung zu berichten.** „Alljährlich" ist nicht gesagt, weil es sich auch um Semestralbilanzen handeln kann. Diese Prüfung wird sich zunächst darauf zu erstrecken haben, ob eine geordnete Buchführung überhaupt stattfindet. Ferner wird die Prüfung dahin gehen müssen, daß eine Übereinstimmung der Bilanz mit den Büchern, insbesondere der Inventur stattfindet. Im übrigen wird, insbesondere bei komplizierten Betrieben, sich der Aufsichtsrat mit Stichproben begnügen können,

§ 246. es sei denn, daß Verdachtsgründe vorliegen, die eine genaue Durchprüfung nötig erscheinen lassen (so Simon 158 Anm. 24; Stier-Somlo in ZHR. 53, 51; Künzel 42). Was die Feststellung der Bestände und ihre Übereinstimmung mit der Inventur betrifft, so ist diese selbst bei kleineren Gesellschaften nicht möglich und liegt nicht innerhalb der vom Aufsichtsrat geforderten Sorgfalt. Auch hier müssen, falls nicht besondere Verdachtsgründe vorliegen, Stichproben genügen (Simon 158 Anm. 24; Goldmann Anm. 9; Künzel 43 Anm. 193; dagegen Rehm 794 und Bauer, Aufsichtsrat 101).

Auch das RG. (Holdheim 13, 135) nimmt an, daß der Aufsichtsrat „in gewissem Umfange" von den Büchern Kenntnis nehmen muß, und falls sich Bedenken ergeben, eine gründliche Prüfung nicht unterlassen darf. Darauf allerdings, ob die Mitglieder des Aufsichtsrats in concreto die genügenden Kenntnisse zur Prüfung der Bücher haben, komme es nicht an. Seien sie hierzu nicht imstande, so hätten sie die Wahl nicht annehmen sollen.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Er hat die Pflicht, eine Generalversammlung einzuberufen, so oft dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.** Diese Pflicht, die zugleich das Recht in sich schließt, ist zur wirksameren Ausübung des Kontrollrechts gegeben, schließt aber einen Akt selbständiger Geschäftsführung in sich (nicht der Vertretung, weil sich ja dieser Akt nur an die Gesellschafter wendet). Es ist dies eine der Tätigkeiten, durch die schon kraft des Gesetzes der Aufsichtsrat aus dem Rahmen einer bloßen Aufsichtsinstanz heraustritt (vgl. die Einleitung). Bei Verletzung dieser Pflicht tritt Schadensersatz ein (RG. 35, 83; vgl. Anm. 5 zu § 235 und Erl. zu § 253). Das Recht, die Generalversammlung zu berufen, tritt selbständig neben das Recht des Vorstandes (§ 253) und ist durch Statut nicht entziehbar. Die Kosten einer vom Aufsichtsrat berufenen Generalversammlung trägt die Gesellschaft (OLG. Köln im „Recht" 04, 579).

Anm. 10. 3. (Abs. 3.) **Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsrats werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt,** nicht aber kann dieser die Obliegenheiten vermindern. Der Gesellschaftsvertrag kann neben seinen Aufsichtspflichten und den wenigen Geschäftsführungspflichten, die dem Aufsichtsrat kraft des Gesetzes obliegen, Geschäftsführungsakte der mannigfachsten Art unter die Zuständigkeit des Aufsichtsrats stellen, und tatsächlich machen die Statuten der Gesellschaften hiervon den umfassendsten Gebrauch. Ja es kann sogar bestimmt werden, daß der Aufsichtsrat über alles, was geschehen soll, Beschluß zu fassen hat und der Vorstand nichts tun darf, als was der Aufsichtsrat anordnet oder vorher genehmigt, oder auch in anderer Form alles das tun muß, was der Aufsichtsrat bestimmt. Es kann ihm somit, was Petersen-Pechmann 461 ohne Grund für unzulässig erklären, die ganze Geschäftsführung übertragen sein, selbstverständlich vorbehaltlich der Rechte der Generalversammlung und vorbehaltlich gewisser dem Vorstande vom Gesetze unentziehbar übertragener Geschäftsführungsakte (vgl. hierüber Anm. 7 zu § 231). Der Vorstand kann auf diese Weise, was seine innere Stellung betrifft, im großen und ganzen, wenn auch nicht ganz und gar zum bloßen Vollziehungsbeamten des Aufsichtsrats herabgedrückt werden (vgl. Anm. 7 zu § 231). In Konfliktsfällen, besonders wenn das an ihn gestellte Verlangen ungesetzlich ist, bleibt den Vorstandsmitgliedern die Berufung der Generalversammlung nach § 253, Abs. 2 als äußerstes Mittel die Amtsniederlegung (OLG. Hamburg in ZHR. 35, 247). Nach außen freilich bleibt auch in solchen besonderen Fällen der Unterordnung des Vorstandes unter den Aufsichtsrat der Vorstand der Vertreter der Gesellschaft, seine Handlungen bleiben nach außen gültig, und umgekehrt wird der Aufsichtsrat auch in solchem Falle nicht Vertreter der Gesellschaft. Über die Frage, inwieweit der Vorstand durch Weisungen des Aufsichtsrats seiner Verantwortung enthoben wird, vgl. Anm. 5 zu § 241.

Anm. 11. 4. (Abs. 4.) **Die Mitglieder des Aufsichtsrats können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht auf andere Personen übertragen.** Damit soll nur gesagt sein, daß die Aufsichtsratsmitglieder die Erfüllung ihrer Pflichten nicht auf andere abwälzen können (KB. z. AGes. von 1884, 22). Insbesondere gilt dies auch für die nach dem Gesetz dem Aufsichtsrat obliegenden Anmeldungen (KGJ. 28 A S. 236).

§ 246.

Nicht untersagt sollte damit sein, innerhalb des Aufsichtsrats zu einzelnen Tätigkeiten Mitglieder aus ihrer Mitte zu delegieren, wie schon Abs. 1 ergibt, insbesondere zu einem Kreise von Tätigkeiten Kommissionen zu bilden. Es steht sogar nichts entgegen, daß der Aufsichtsrat sich allgemein in der Weise organisiert, daß ein Teil seiner Mitglieder die kontrollierende, der andere die geschäftsführende Tätigkeit ausübt. Auf diese Weise kann sich innerhalb des Aufsichtsrats ein Verwaltungsrat abzweigen. Immer ist dabei festzuhalten, daß der Gesellschaft gegenüber der Aufsichtsrat ein einheitliches Organ bildet, dessen sämtliche Mitglieder mit der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsmänner die Pflicht der Überwachung nach Abs. 1 zu erfüllen haben, und ebenso alle die Geschäftsführungspflichten, die ihnen das Statut auferlegt. Ob sie diesen Pflichten im einzelnen Falle genügen, wenn sie eine Tätigkeit nicht selbst, sondern durch ein delegiertes Mitglied oder eine ständige Kommission ausüben, ist Tatfrage; jedoch ist im allgemeinen davon auszugehen, daß, wenn die Mitglieder des Aufsichtsrats zu gewissen Handlungen z. B. Revision der Kasse, Prüfung der Bücher, ein vertrauenswürdiges, sachverständiges Mitglied delegieren und dies ihnen Bericht erstattet, sie ihrer Pflicht genügt haben. Sie haften daher nur für Versehen in der Auswahl und der Beaufsichtigung der Delegierten (vgl. auch Küntzel 54). (Anm. 12.)

Nicht untersagt sollte ferner sein, daß der Aufsichtsrat für die Ausübung seiner Tätigkeit sich sachverständiger Hilfe bedient (Mot. z. AGes. von 1884, 227; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 476). Dabei ist zwischen Zuziehung und Vertretung wohl zu unterscheiden. Zu den Revisionen der Bücher einen gerichtlichen Bücherrevisor zuzuziehen, ist erlaubt, nicht erlaubt aber ist es, daß der Aufsichtsrat allgemein eine fremde Person anstellt, die periodisch und selbständig die Revision der Bücher vornimmt, während er selbst sich darüber nicht einmal einen Bericht erstatten läßt. Der Aufsichtsrat erfüllt auf diese Weise seine Pflicht nicht, und solcher Person braucht der Vorstand die Bücher nicht vorzulegen. Erlaubt ist es, zu den Sitzungen einen juristischen Beirat zuzuziehen, nicht erlaubt, sich bei der Abstimmung durch einen Bevollmächtigten, und sei es auch ein anderes Mitglied des Aufsichtsrats, vertreten zu lassen. Die Kosten derartiger Hilfskräfte trägt die Gesellschaft (vgl. Einl.). (Anm. 13.)

Zusatz 1. Über die Art und Weise, wie der Aufsichtsrat seine Tätigkeit auszuüben hat, sagt das Gesetz nichts. Desto ausführlicher pflegen in diesem Punkte die Statuten zu sein. Das Gesetz bestimmt nicht einmal, daß der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden haben müsse, wie abzustimmen ist, daß Protokolle über die Aufsichtsratssitzungen zu fertigen sind usw. Nach allen diesen Richtungen, insbesondere über die Befugnisse des Vorsitzenden herrscht vollständige Vertragsfreiheit. Eine förmliche Konstituierung des Aufsichtsrats, insbesondere zu notariellem Protokoll, wie dies üblich, ist hiernach von Gesetzeswegen nicht erforderlich. Hat sich aber der Aufsichtsrat konstituiert und einen Vorsitzenden gewählt, so wird man annehmen können, daß der Vorsitzende des Aufsichtsrats zwar nicht legitimiert ist, soweit ihn nicht der Aufsichtsrat hierzu bevollmächtigt hat, im Namen des Aufsichtsrats bindende Erklärungen abzugeben, daß er auch nicht dessen gesetzlicher Vertreter ist (RG. bei Bauer 8, 242), wohl aber daß er legitimiert ist, die gefaßten Beschlüsse den Beteiligten mitzuteilen und umgekehrt Mitteilungen für das Aufsichtsratskollegium entgegenzunehmen (Mitteilungen des Vorstandes, z. B. Urlaubsgesuche der Vorstandsmitglieder, Mandatsniederlegungen — [RG. 13, 50] —; auch Zustellungen Dritter; vgl. Alexander in ZHR. 40, 106). Soweit nicht das Statut anders bestimmt, bedarf es zu Beschlüssen keiner Sitzung; es genügt anderweitige Verständigung; nur muß allen Mitgliedern Gelegenhiet gegeben werden, sich zu äußern. Soll in einer Sitzung Beschluß gefaßt werden, so ist die Einladung aller Mitglieder nötig. Zur Beschlußfähigkeit aber dürfte mit Rücksicht auf die in § 243 vorgeschriebene Mindestzahl sowie auf die allgemeine Übung die Anwesenheit von drei Mitgliedern genügen aber auch erforderlich sein (ebenso Küntzel, Aufsichtsrat 79); es sei denn, daß das Statut anders bestimmt. Mangels anderer statutarischer Bestimmung entscheidet absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen (anders für die Tätigkeit des Aufsichtsrats nach außen RG. in JW. 04, 100[30]; vgl. Anm. 5 zu § 247). (Anm. 14.)

§ 246. Anm. 15. **Zusatz 2. Fraglich ist geworden, ob neben dem Aufsichtsrat auch noch die Bildung eines Verwaltungsrats zulässig ist.** Lehmann-Ring Nr. 8 bejaht dies auf Grund des § 235 Abs. 2, der von der Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsrats, oder eines anderen Organs spricht, welches letztere füglich nur der Verwaltungsrat sein könne. Dem ist zuzustimmen. Einmal ist die Bezugnahme auf § 235 in der Tat beweisend. Aber auch abgesehen davon ist als Absicht des Gesetzes nicht zu erkennen, daß nur die drei Organe, die es nennt, zu dulden seien. Vielmehr steht es mit den Tendenzen des Gesetzes in keinerlei Widerspruch, anzunehmen, daß vom Gesetze nur eine Mindestorganisation aufgestellt sei, und nichts steht dem entgegen, daß eine vorsorgliche Gesellschaft dem Vorstande außer dem Kontrollorgan des Aufsichtsrats noch ein besonderes ständiges geschäftsführendes Organ in einem Verwaltungsrat an die Seite stellt, dessen Aufgabe es ist, in mehr oder weniger ausgedehntem Umfange nach innen anzuordnen, was der Vorstand nach außen auszuführen habe. Übrigens kommt es auf dasselbe hinaus und bedeutet nur einen Unterschied im Namen, nicht in der Sache, wenn Esser Anm. 6 zu § 235 sagt: „Der Verwaltungsrat ist gefallen, aber die Zulässigkeit jedes andern Organs ist aufrechterhalten. Statthaft erscheint es daher, daß die Generalversammlung kraft des Statuts außer dem Aufsichtsrat eine besondere Revisionskommission oder auch ein sonstiges Kollegium aus Aktionären oder Nichtaktionären behufs Vornahme gewisser Funktionen ernennt." Zust. Pinner 172, mit der zutreffenden Einschränkung, daß die gesetzlich notwendigen Funktionen des Aufsichtsrats einem andern Organ nicht übertragen werden können. So auch Holdheim in seiner Zeitschrift 2, 66; Marcus in KGBl. 97, 69; dagegen Goldmann Anm. 14.

§ 247.

§ 247. Der Aufsichtsrath ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen die letzteren die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen.

Handelt es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsraths, so kann dieser ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen.

Vertretungsrecht und Klagerecht des Aufsichtsrats.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Recht des Aufsichtsrats, die Gesellschaft in Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten zu vertreten.** Will der Vorstand mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließen, so kann er zwar, wenn dies nach Lage der Sache als gestattet gilt, mit sich selbst kontrahieren (§ 181 BGB.; ebenso Pinner 172; dagegen Goldmann Anm. 1; Lehmann-Ring Nr. 1). Aber es kann auch der Ausweg gewählt werden, daß der Aufsichtsrat die Vertretung der Gesellschaft übernimmt und es empfiehlt sich, daß zur Vermeidung der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte dieser Ausweg gewählt werde, wenn nach Lage der Sache zweifelhaft ist, ob das Selbstkontrahieren als gestattet gelten kann.

Anm. 2. Eine weitere Vertretungsbefugnis steht ihm zu, wenn es sich um die Führung von Prozessen handelt, die nach Beschluß der Generalversammlung von der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Vorstandes zu führen sind. Dies gilt auch im Fall des § 268 mangels anderweitiger Bestellung eines Vertreters durch die Generalversammlung (vgl. Erl. zu § 268).

Anm. 3. Insoweit hat also der Aufsichtsrat das Recht, die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Darüber, daß dies nur ausnahmsweise der Fall ist, und ob dem Aufsichtsrat noch weitere Vertretungsbefugnisse zustehen oder vom Statut beigelegt werden können, s. die Einl. zu § 246.

Anm. 4. Soweit der Aufsichtsrat Vertretungsbefugnis nach außen hat, richtet sich der Umfang seiner Vertretungsmacht nach dem Inhalt des in Rede stehenden Geschäfts. Beschränkungen nach innen, die ihm etwa von der Generalversammlung auferlegt werden, hat er zwar zu beachten, aber nach außen sind solche Beschränkungen wirkungslos, bis auf

den Fall der Kollusion. Es gelten hier die für die Vertretungsbefugnis des Vorstandes aufgestellten Grundsätze finngemäß (vgl. daher die Anm. zu § 235). § 247.

Zu bemerken ist hierbei, daß der Aufsichtsrat innerhalb seiner Rechtssphäre die Gesellschaft auch durch konkludente Handlungen verpflichten kann; z. B., wenn er ein Vorstandsmitglied im Amte läßt, wissend, daß es von einem an sich nicht befugten Mitglied des Aufsichtsrats angestellt ist. Durch diese Duldung und stillschweigende Genehmigung muß die Gesellschaft den Vertrag gegen sich gelten lassen.

Wenn der Aufsichtsrat nach außen handelnd, als Organ der Gesellschaft auftritt, müssen, soweit nicht statutarisch etwas anders bestimmt ist, die Mitglieder gemeinsam handeln; selbstverständlich kann aber auch der Aufsichtsrat zur Vornahme der Rechtshandlung Vertreter bestellen, insbesondere einzelne Mitglieder bevollmächtigen (RG. in JW. 04, 100[30] und Küntzel, Aufsichtsrat 47 Anm. 160). Anm. 5.

Soweit der Aufsichtsrat im Fall des § 247 klagt, ist er gesetzlicher Vertreter, die Mitglieder können also dann nicht als Zeugen vernommen werden. Anm. 6.

2. (Abs. 2.) **Das selbständige Klagerecht des Aufsichtsrats gegen die Vorstandsmitglieder.** Soweit es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats handelt, kann dieser ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstands klagen. Klägerin ist auch in diesem Fall die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, nicht der letztere als solcher. Es geht dies aus dem Zusammenhang von Abs. 1 und 2 hervor; in ersterem ist der Aufsichtsrat ausdrücklich als Vertreter der Gesellschaft bezeichnet und es ist in keiner Weise ersichtlich gemacht, daß für Abs. 2 etwas anderes gelten soll. Nur muß im Fall des Abs. 2 nachgewiesen werden, daß es sich um einen Fall, in dem die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats in Frage kommt, handeln. Mangels dieses Nachweises ist die Klage abzuweisen (so gegen 6./7. Aufl. und Lehmann-Ring Nr. 2: Goldmann Anm. 10; Pinner 173; Küntzel 48 Anm. 161). Der Aufsichtsrat kann im Fall des Abs. 2 vor und auch trotz eines Beschlusses der Generalversammlung klagen. Denn auch ein Generalversammlungsbeschluß schützt ihn unter Umständen nicht vor seiner Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern, (§§ 241 und 249) und von dieser Klage wird der Aufsichtsrat Gebrauch machen müssen, wenn er nicht nach § 249 den Vorwurf auf sich laden soll, daß er mit seinem Wissen und ohne sein Einschreiten eine der dort vorgesehenen Handlungen hat geschehen lassen. — In den geeigneten Fällen kann der Aufsichtsrat natürlich auch eine einstweilige Verfügung beantragen. — Die Kosten des Prozesses treffen im Unterliegungsfalle die Gesellschaft, als deren Vertreter der Aufsichtsrat klagt. Anm. 7.

§ 248.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können nicht zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern sein, auch nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen. § 248.

Nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum kann der Aufsichtsrath einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstandes bestellen; während dieses Zeitraums und bis zur Entlastung des Vertreters darf der letztere eine Thätigkeit als Mitglied des Aufsichtsraths nicht ausüben. Auf die in solcher Weise bestellten Vertreter finden die Vorschriften des § 236 keine Anwendung.

Scheiden aus dem Vorstande Mitglieder aus, so können sie nicht vor der Entlastung in den Aufsichtsrath gewählt werden.

Lit.: Fuld, Inkomptabilität von Vorstand und Aufsichtsrat in ZgA. 10, 61.

Abgrenzung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand. Nachdem das Gesetz im § 246 den Aufsichtsrat zu dem Organ gemacht hat, das die Geschäfte des Vorstandes zu überwachen Einleitung.

§ 248. hat, trifft es im vorliegenden Paragraphen Vorsorge dafür, daß seine Absichten nicht durch Verschmelzung der beiden Gesellschaftsorgane vereitelt werden. Daher ist hier der Grundsatz aufgestellt: Wer Mitglied des Aufsichtsrats ist, darf nicht zugleich Mitglied des Vorstandes (und auch nicht geschäftsführender Beamter) sein. Von diesem Grundsatz ist jedoch eine Ausnahme gemacht (Abs. 2). Im 3. Absatz ist darüber hinaus noch Vorsorge getroffen, daß ein ausgeschiedenes Mitglied des Vorstandes nicht früher Mitglied des Aufsichtsrates werden kann, als bis es entlastet ist.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 u. 2.) **Ein Aufsichtsratsmitglied darf weder Vorstandsmitglied, noch dauernd Stellvertreter eines solchen, noch Beamter der Gesellschaft sein.**

a) (Abs. 1.) **Der Grundsatz.** Die Vorschrift ist unbedingt. Wird sie verletzt, übernehmen Mitglieder des Aufsichtsrats die Stellung eines Vorstandsmitgliedes, eines dauernden Stellvertreters eines solchen oder eines geschäftsführenden Beamten, so scheiden sie damit aus dem Aufsichtsrat aus (Pinner 174; Behrend § 127 Anm. 19). Das Verbot, geschäftsführender Beamter zu werden, ist nur auf eine ständige Geschäftsführung zu beziehen, so daß den Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht verwehrt ist, die Ausführung einzelner Geschäfte zu übernehmen, tatsächlicher oder rechtlicher Natur, für Rechnung oder auch im Namen der Gesellschaft (Behrend § 127 Anm. 17), mit und ohne Entgelt; ebensowenig ist ihnen aber verwehrt (wie gegen 6./7. Aufl. mit der allgemeinen Ansicht, vgl. Behrend § 127 Anm. 17; Goldmann Anm. 5; Lehmann-Ring Nr. 2; Pinner 174 anzunehmen ist), daß sie beratende Stellungen bei der Gesellschaft als Architekt, Vertrauensarzt, Syndikus usw. übernehmen, denn dies ist keine Geschäftsführung. Die Praxis hat auch an dieser sehr häufig vorkommenden Tätigkeit der Aufsichtsratmitglieder nie Anstoß genommen.

Anm. 2. b) (Abs. 2.) **Die Ausnahme** ist im Interesse kleiner Aktiengesellschaften, denen es für Fälle der Behinderung der Vorstandsmitglieder an geeignetem Vertretungsmaterial fehlen möchte, von der Reichstagskommission der Nov. v. 1884 eingeführt worden. Sie bezieht sich nur auf den Fall, daß ein Vorstandsmitglied eine Zeitlang behindert ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Die Rechte und Pflichten des Behinderten werden dann in vollem Umfange von dem Delegierten wahrgenommen. Nicht ist gemeint die Bestellung eines Gesellschaftsvertreters für Fälle, in denen der seine Tätigkeit ausübende Vorstand wegen Kollision an der Vertretung behindert erscheint. Für solche Fälle kann ja der Aufsichtsrat als Vertreter der Gesellschaft auftreten (§ 247). Die Vorschrift ist nur dispositiv. Die Statuten können dem Aufsichtsrat die hier in Rede stehende Befugnis nehmen (dagegen Behrend § 127 Anm. 20 und Goldmann Anm. 7). Die Befugnis hat der Aufsichtsrat aber auch, wenn das Statut sie ihm nicht besonders verleiht; sie steht ihm kraft Gesetzes auch dann zu, wenn die Wahl des Vorstandes an sich anderen Organen übertragen ist (Pinner 174). Die Ausnahme bezieht sich, wie nicht zu übersehen ist, nur auf Delegation in den Vorstand, Beamte dürfen die Aufsichtsratsmitglieder auf keinen Fall werden, auch nicht für den Fall der Behinderung eines Gesellschaftsbeamten.

Anm. 3. α) **Die ausnahmsweise Delegation setzt voraus:** daß die Delegation im voraus kalendermäßig zeitlich begrenzt ist. Verlängerung ist zulässig. Sehr zweifelhaft ist, ob die Delegation auch für den Fall des Ausscheidens und Ablebens eines Vorstandsmitgliedes zulässig ist. Mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz die Delegation auf diesen Fall ebenfalls anwenden wollte (vgl. Künzel, Aufsichtsrat 30 Anm. 66), daß ferner das Wort „behindert", wenn es auch nicht recht auf den Fall des Ausscheidens paßt, doch die Auslegung nicht ausschließt, daß endlich gerade für diesen Fall bei kleineren Gesellschaften sich häufig das Bedürfnis nach einer Delegation herausstellt, hat sich die allgemeine Ansicht für die Bejahung der Frage entschieden (so gegen 6./7. Aufl. und Biberfeld in ZgR. 10, 85, für die Bejahung Goldmann Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 3; Fuld in ZgR. 10, 81; Künzel 30). Auch das RG. ist dieser Ansicht beigetreten (RGZ. 20 A S. 164). Sie ist daher jetzt als die Praxis beherrschend anzusehen.

Es muß sich stets um einen bestimmten, bereits vorliegenden oder sicher bevorstehenden Behinderungsfall handeln (LG. Bremen bei Holdheim 4, 358), wenn es auch etwas zu

weit geht, unbedingt einen bereits vorliegenden Behinderungsfall zu verlangen, wie dies § 248. vom KG. in KGJ. 15, 30 geschieht. Eine Entsendung in den Vorstand für alle möglichen künftigen Fälle der Behinderung ist, auch wenn die Entsendung auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt ist, unzulässig (KGJ. 15, 30). Auch darf nicht eine Behinderung vorliegen, die von vornherein als eine wiederkehrende gewiß ist z. B., wenn das Mitglied zugleich Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft ist und beide Gesellschaften miteinander in einem Rechtsverhältnis stehen, bei der die Behinderung als dauernd anzusehen ist (LG. Berlin I im Recht 00, 153). Die Ausnahme setzt endlich eine Bestellung durch den Aufsichtsrat voraus, wobei es gleichgültig ist, wie im übrigen die Bestellung der Vorstandsmitglieder nach dem Statut erfolgt (RB. z. AGes. von 1884, 22). Eine fernere, vom Gesetze nicht erwähnte, aber aus dem Sinne des Gesetzes folgende Voraussetzung ist, daß der Aufsichtsrat durch die Delegation nicht aufhört, beschlußfähig zu sein. Dies bestreitet Behrend (§ 127 Anm. 20) mit Unrecht. Die Vorschrift bezweckt, den Erfolg zu erreichen, daß eines der Organe der Gesellschaft nicht aufhöre, so tätig zu sein, wie es im Sinne von Gesetz und Statut liegt. Aber gerade dieser Erfolg würde auf andere Weise wieder eintreten, wenn man der Behrendschen Ansicht folgen würde (zust. Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 174; Förtsch Anm. 3 zu Art. 225a; dagegen Goldmann Anm. 9). Wird hiergegen gehandelt, so tritt die in Note 1 erörterte Rechtsfolge ein.

Alle diese Voraussetzungen sind dem Registerrichter nachzuweisen; sonst Anm. 4. erfolgt die Eintragung nicht (Behrend § 127 Anm. 20; Petersen-Pechmann 465; Pinner 175). Die Eintragung enthält aber nicht die zeitliche Beschränkung und den Behinderungsfall. Wenigstens gehört beides nicht in die Eintragung. Dagegen wird allerdings insofern oft gefehlt, als die Zeit der Amtsdauer des in den Vorstand delegierten Aufsichtsratsmitgliedes eingetragen wird (Holdheim in seiner Wochenschr. 3, 201 ff.). Wohl aber muß der Registerrichter für befugt gehalten werden, von Amts wegen auf Löschung der Eintragung zu dringen, nachdem die Amtsdauer abgelaufen ist (Holdheim ebenda 204; Pinner 175).

β) **Die Delegation hat zur Folge, daß der Delegierte Vorstandsmitglied wird.** Er muß Anm. 5. als solcher nach § 234 eingetragen werden. Aber er ist Vorstandsmitglied von der Bestellung an, nicht erst vom Zeitpunkte der Eintragung, ist Dritten gegenüber durch diese Bestellung als Vorstandsmitglied legitimiert, so daß der Dritte die übrigen Voraussetzungen der Bestellung, wie sie zu α aufgestellt sind, nicht zu prüfen braucht (§ 235 Abs. 2), und bleibt gutgläubigen Dritten gegenüber legitimiert, bis die Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen auch sonst die Legitimation des Vorstandes Dritten gegenüber erlischt, d. h. durch Löschung im Register (LG. I Berlin bei Holdheim 5, 372). Der Delegierte ist Vorstandsmitglied mit derselben Rechtsstellung, wie sie der Behinderte einnahm. Nur von dem Konkurrenzverbote ist er, wie Abs. 2 hervorhebt, befreit. Andererseits hört die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat nicht auf (er kann nur tatsächlich die Tätigkeit nicht ausüben, nicht mitstimmen) und folgeweise hört auch der Tantiemebezug nicht auf (Kayser Anm. 6 zu Art. 225a; Pinner 175).

2. (Abs. 2.) **Die Vorschrift des Abs. 3** will verhüten, daß ein Mitglied des Vorstandes in Anm. 6. die Lage kommt, über seine eigenen Angelegenheiten zu Gericht zu sitzen. Die gleichwohl erfolgte Wahl ist ungültig und bleibt es, da gegen eine zwingende Vorschrift verstoßen ist, auch wenn der Beschluß nicht angefochten wird. Umgekehrt kann aber ein Aufsichtsratsmitglied Vorstandsmitglied werden, ehe dem Aufsichtsrat Entlastung erteilt ist. Das Gesetz hat dies nicht verboten, ebenso nicht, daß Gesellschaftsbeamte Aufsichtsratsmitglieder werden können, wenn sie ihr Amt niederlegen.

Zusatz. Auf ältere Gesellschaften aus der Zeit vor der Novelle v. 1884 findet an sich nach Anm. 7. **§ 6 des Aktiengesetzes** der Paragraph keine Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag abweichende **Bestimmungen** enthält. Dieser § 6 ist zwar nach Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB. nicht ausdrücklich **aufgehoben**; an die Stelle des von ihm in bezug genommenen Art. 225a des alten ist gemäß

§ 248. Art. 3 EG. z. HGB. der § 248 des neuen HGB. getreten. So faßt auch die D. 329 die Rechtslage auf. Jedoch kann dieser (auch in der 6./7. Aufl. vertretenen) Ansicht nicht zugestimmt werden. Es handelt sich um eine Bestimmung über die Organisation, die im öffentlichen Interesse gegeben ist, und deshalb als zwingendes Recht angesehen werden muß. § 248 gilt daher unbeschränkt auch für ältere Gesellschaften (RG. 48, 47 und Lehmann-Ring Nr. 6).

§ 249.

§ 249. Die Mitglieder des Aufsichtsraths haben bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten die im § 241 Abs. 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Auf die Geltendmachung des Ersatzanspruchs finden die Vorschriften des § 241 Abs. 4 Anwendung.

Die Ansprüche auf Grund der Vorschriften der Abs. 1 bis 3 verjähren in fünf Jahren.

Lit. vgl. zu § 243.

Der vorliegende Paragraph enthält das Maß der den Aufsichtsratsmitgliedern obliegenden Sorgfalt und die Folgen ihrer Pflichtverletzung. Es wird im allgemeinen auf die Erläuterungen zu § 241 über die Schadenszufügung und deren Folgen, sowie auf die zu § 246 über das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt verwiesen. In folgendem werden nur die Besonderheiten gegen § 241 hervorgehoben.

Anm. 1. I. **Das Maß der Sorgfalt** ist in derselben Weise geregelt, wie im § 241 (vgl. daher Anm. 1 zu § 241). Das Maß kann auch hier zwar verschärft, aber nicht gemildert werden (vgl. Anm. 1 zu § 241).

Die Beweislast haben die in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitglieder (vgl. Anm. 2 zu § 241).

Der Regreß wird durch die Berufung auf einen Beschluß der Generalversammlung beseitigt (hierüber und wann ausnahmsweise diese Berufung nicht durchschlagend ist, siehe Anm. 4 zu § 241).

Ebenso wird der Anspruch der Gesellschaft durch Vergleich, Entlastung usw. beseitigt.

Die Sorgfaltspflicht bezieht sich auf alle Obliegenheiten des Aufsichtsrats, sie mögen auf Statut oder Gesetz beruhen.

Anm. 2. II. **Die Folgen der Pflichtverletzung.**

1. **Der Gesellschaft gegenüber.** Sie haften mit den Vorstandsmitgliedern (sc. wofern auch diese haften) als Gesamtschuldner (vgl. hierüber §§ 421 ff. BGB.). Sie haften übrigens auch dann, wenn eine Haftbarkeit der Vorstandsmitglieder nicht vorliegt, sei es, daß der Aufsichtsrat allein tätig gewesen ist, oder daß den Aufsichtsrat allein, nicht auch den Vorstand eine Schuld trifft.

Besonders hervorgehoben sind mehrere Fälle, die im § 241 Nr. 1 bis 6 aufgezählt sind.

Über diese ist im einzelnen folgendes zu sagen:

Anm. 3. a) Allen gemeinsam ist, daß hier nicht ein bloßes schuldhaftes Verhalten (anders bei den Vorstandsmitgliedern) vom Gesetze erwähnt ist. Vielmehr ist hier zur Voraussetzung gemacht, daß jene rechtswidrigen Akte mit Wissen und ohne Einschreiten der Aufsichtsratsmitglieder geschehen. Damit ist jedoch nur gesagt, daß sie „insbesondere“ in diesen Fällen

haften. Sie sollen, wenn jene rechtswidrigen Akte geschehen sind, nicht etwa nur unter der Voraussetzung haften, daß sie mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt sind. Vielmehr haften sie, wenn die allgemeine Haftungsvoraussetzung des Abs. 1 vorliegt, ebenfalls für die Folgen dieser rechtswidrigen Akte. Nur sollen sie „insbesondere" haften, wenn jene rechtswidrigen Akte mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten geschehen sind. Die Hervorhebung dieser qualifizierten Fälle beruht auf Gesetzestechnik. Der Verfasser des Gesetzes wollte dadurch zur Aufzählung der Fälle gelangen, in denen die Aufsichtsratsmitglieder nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Gläubigern haften (ebenso RG. in JW. 04, 43[18]; ausführlicher bei Holdheim 13, 132; vgl. auch RG. in JW. 00, 664[19]). § 249.

Die qualifizierten Fälle haben nun folgende Erfordernisse:

α) Mit ihrem Wissen. Bloßes Wissenmüssen genügt nicht (Behrend § 127 Anm. 39; Hagen bei Gruchot 42, 345; Pinner 176). Anm. 4.

β) Ohne ihr Einschreiten. Wie sie einschreiten müssen, sagt das Gesetz nicht. Aber es ergibt sich aus sonstigen Grundsätzen. Anträge auf Ordnungsstrafen, Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung, Absetzung des Vorstandes, auch Klagen und einstweilige Verfügungen (vgl. § 247), insbesondere die Anfechtungsklage des § 271 Abs. 4, sind geeignete Mittel (vgl. RG. 13, 47, 49, wo es mit Recht für ungenügend gehalten wurde, daß sich das Aufsichtsratsmitglied mit Ermahnungen und Bitten begnügte), unter Umständen auch Strafanzeigen (Behrend § 127 Anm. 39). Umgekehrt folgt hieraus, daß sich die Aufsichtsratsmitglieder von der Haftung befreien, wenn sie alles ihnen Mögliche tun, um die Ausführung zu verhindern (KB. z. AGes. von 1884, 18). Anm. 5.

b) Zum Ersatze sind sie verpflichtet. Vgl. hierüber Anm. 9 zu § 241. Anm. 6.

c) Was zum Tatbestande der einzelnen hervorgehobenen Fälle zu bemerken ist, darüber s. Anm. 10 zu § 241. Anm. 7.

2. **Den Gläubigern gegenüber.** Über die Voraussetzungen des Anspruchs der Gläubiger, über die weiteren Einzelheiten dieser Klage und insbesondere über die Besonderheiten für den Fall des Konkurses der Gesellschaft s. Anm. 11 ff. zu § 241. Anm. 8.

III. **Über die Verjährung des Anspruchs** s. Anm. 18 zu § 241. Anm. 9.

Zusatz 1. Über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder aus ihren Amtshandlungen Dritten gegenüber (gegenüber den Gläubigern in anderen, als den oben Anm. 3 erwähnten Fällen, gegenüber den Aktionären und gegenüber den der Gesellschaft fernstehenden Personen) s. Anm. 20 ff. zu § 241. Anm. 10.

Zusatz 2. Über die Ausgleichung untereinander und mit Vorstandsmitgliedern vgl. Anm. 30 zu § 241. Anm. 11.

Zusatz 3. Über den Gerichtsstand vgl. Anm. 32 zu § 241 und den dort zitierten Bondischen Aufsatz. Anm. 12.

§ 250.

Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, zustehen, werden durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt. § 250.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß die Rechte der Aktionäre in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Generalversammlung ausgeübt werden. Die Erläuterung soll sich an die folgenden drei Begriffe anschließen: 1. Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft; 2. die Generalversammlung; 3. die Beschlußfassung. Einleitung.

1. **Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft.** Die Rechte der Aktionäre sind zweierlei: Ansprüche an die Gesellschaft auf vermögensrechtliche Leistungen (allen voran das Dividendenrecht) und gesellschaftliche Herrschaftsrechte, d. h. Rechte, die Schicksale der Anm. 1.

§ 250. Gesellschaft mitzubestimmen, Mitverwaltungsrechte. Von diesen letzteren Rechten wird in dem vorliegenden und in den folgenden Paragraphen gehandelt, nicht nur in dem vorliegenden. Wenn das Gesetz im vorliegenden Paragraphen sagt: Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft werden in der Generalversammlung ausgeübt, so ist damit nicht gesagt, daß die Gesellschaftsrechte allein in der Generalversammlung ausgeübt werden, daß sich im Stimmrecht des Aktionärs sein Herrschaftsrecht erschöpft. Vielmehr soll damit gesagt sein, daß regelmäßig die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte in der Generalversammlung durch gemeinsame Beschlußfassung ausüben (vgl. Behrend § 121 bei Anm. 2). In den Generalversammlungsbeschlüssen kommt der Gesamtwille der Aktionäre zur Geltung. Die Aktionäre haben aber noch andere Rechte, um auf die Schicksale der Gesellschaft, die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bestimmend einzuwirken. In gewissen Fällen gibt das Gesetz den einzelnen Aktionären unter der Voraussetzung eines bestimmten Aktienbesitzes solche Rechte. Dahin gehört das Recht auf Untersuchung von Gesellschaftsvorgängen (§ 266), auf Einberufung einer Generalversammlung (§ 254), auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren (§ 295). Ja, in einem Falle ist ein solches Recht jedem Aktionär, der in der Generalversammlung auch nur mit einer einzigen Aktie gestimmt hat, verliehen, nämlich das Recht, Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten (§ 271). Weitere Minderheitsrechte haben die Aktionäre nicht, insbesondere hat der Einzelaktionär nicht allgemein das Recht, durch Klage oder einstweilige Verfügung die Vornahme oder Nichtvornahme von Rechtshandlungen gegen den Vorstand zu erzwingen. Unzutreffend ist die Ansicht Cosacks (§ 116 I 6), daß jeder Aktionär durch einstweilige Verfügung die Nichtvornahme jeder Maßregel bis zur Entscheidung der Generalversammlung erzwingen könne. Das ist schon deshalb nicht richtig, weil er einen entsprechenden Hauptanspruch nicht hat. Er hat ein Recht zu stimmen, nicht ein Recht auf einen Beschluß bestimmten Inhalts; hierbei muß er sich, soweit Sonderrechte nicht verletzt werden, der Mehrheit fügen (vgl. KG. bei Bauer. 11, 172).

Anm. 2. 2. **Die Generalversammlung.** Regelmäßig werden hiernach die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt. Die Generalversammlung, das heißt nicht eine Versammlung aller Aktionäre, sondern eine Versammlung, an der teilzunehmen allen Aktionären das Recht zusteht und Gelegenheit gegeben wurde, wird gewöhnlich als das oberste Willensorgan der Gesellschaft bezeichnet. Mit dieser abstrakten Bezeichnung ist aber nicht viel gewonnen. Ihre Stellung innerhalb der Organisation der Gesellschaft muß eingehend dargelegt werden.

Anm. 3. Die Aktiengesellschaft als nur gedachte Person kann nur durch physische Personen regiert werden und nur durch physische Personen im Rechtsverkehr nach außen auftreten. Physische Personen müssen ihre gesetzlichen Vertreter sein, um Rechtsbeziehungen nach außen anzuknüpfen, physische Personen müssen nach innen auf die Führung der Geschäfte bestimmend einwirken.

Anm. 4. Die gesetzliche Vertretung nach außen fällt regelmäßig und vorzüglich dem Vorstand zu und nur ausnahmsweise dem Aufsichtsrat (vgl. Einleitung zu § 246), und nur ganz ausnahmsweise der Generalversammlung, die ebenfalls regelmäßig Vertreterin der Gesellschaft nach außen nicht ist (RG. 43, 286).

Anm. 5. Ausnahmsweise vertritt auch die Generalversammlung die Gesellschaft nach außen. Die Anstellungsverträge, die die Generalversammlung mit den Personen schließt, die ihre Organe (Vorstand oder Aufsichtsrat) werden sollen, und die sie in dem Falle sogar schließen muß, wenn ein anderes Vertretungsorgan der Gesellschaft nicht vorhanden ist, sind juristisch nur so konstruierbar, daß in solchen Fällen die Generalversammlung selbst als Kollegium gedacht wird, das, wie in gewissen Fällen das Aufsichtsratskollegium, die Gesellschaft vertritt. Behrends Erklärung (§ 121 Anm. 8) dieser Verträge (gegenüber ihren Organen könne die Gesellschaft durch die Beschlüsse der Generalversammlung unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden) reicht nicht aus, weil es sich ja hier nicht um ein Kontrahieren mit den Organen, sondern mit fremden Personen, die hierdurch Organe werden sollen, handelt. — Bei der Bestellung

der Revisoren nach § 266 und von Prozeßvertretern nach § 268 tritt sie als Vertreterin der Gesellschaft auf: sie bestellt sie namens der Gesellschaft. **§ 250.**

Die Generalversammlung ist hinsichtlich der Geschäftsführung in der Weise tätig, daß sie Beschlüsse faßt, durch die sie auf die Geschäftsführung der andern Organe (veranlassend, hindernd, genehmigend) einwirkt. In anderer Weise ist sie geschäftsführend nicht tätig. Will man die Beschlußfassung Geschäftsführung nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden. Die Beschlüsse der Generalversammlung sind bindend für die Aktionäre und die Gesellschaftsorgane; letztere werden durch diese der Gesellschaft gegenüber entlastet (Behrend § 121 Anm. 4). Umgekehrt verpflichten sie auch die Gesellschaft unmittelbar gegenüber den Aktionären und den Gesellschaftsorganen (Behrend § 121 Anm. 8). Anm. 6.

Der Zuständigkeit der Generalversammlung unterliegen zunächst die Gegenstände, die das Gesetz ihr ausschließlich zuweist (Statutenänderung, Kapitalserhöhung, Kapitalsherabsetzung, Wahl und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern usw.). Außerdem ordnen die Statuten oft ausdrücklich an, daß über diesen oder jenen Gegenstand nur die Generalversammlung Beschluß zu fassen hat. **Überdies kann sie alles bindend beschließen, was ihrer Zuständigkeit nicht durch Statut entzogen ist.** Sie ist das oberste Willensorgan der Gesellschaft und ist in allen Fällen zuständig, in denen nicht gesetzlich ein anderes Organ fungiert (Gierke, Genossenschaftstheorie 691; Pinner 177; mit Unrecht bestritten von Simon ZHR. 49, 17 und in DJZ. 04, 781). Dies wird jetzt auch durch § 32 BGB. bestätigt, der zwar nicht entsprechend anzuwenden ist, wie Anm. 6 zu § 178 dargelegt ist; aber das gleiche für die Vereine bestimmt. Aber Gesetz und Statut muß ihre Beschlußfassung beobachten; sonst ist diese ungültig und anfechtbar. Hiernach bestimmt sich die Frage, inwieweit die Generalversammlung zur Überlassung ihres Betriebs an eine andere Person ohne Statutenänderung (vgl. zu § 274), inwieweit sie zu Schenkungen und Interzessionen befugt ist. Das RG. (3, 134 ff.) erachtet die Generalversammlung hierzu nicht für befugt. Allein die Generalversammlung vermag in jeder Weise über das Vermögen der Gesellschaft zu verfügen, wenn nur der statutarisch vorgesehene Zweck der Gesellschaft dadurch nicht verletzt ist, weil sonst eine Verletzung des Statuts vorläge. Aber Schenkungen können sehr wohl dem Gesellschaftszwecke entsprechen. So z. B. wenn eine Terraingesellschaft eines ihrer Grundstücke einem berühmten Arzte zur Erbauung eines Sanatoriums zur Verfügung stellt, in der Absicht, hierdurch den Wert ihrer Terrains zu erhöhen. Anm. 7.

Die Generalversammlung ist aber nicht insoweit zuständig, als sie dadurch Richter in eigener Sache würde. Eine Vereinbarung, kraft deren sie bei Streitigkeiten der Gesellschaft mit ihren Aktionären Schiedsrichter sein soll, ist daher ungültig (RG. 55, 326); ebenso die Bestimmung, daß sie unter Ausschluß des Rechtswegs über die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses eines Mitgliedes zu entscheiden berechtigt ist (RG. in DJZ. 04, 504; vgl. hierzu Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht 167 ff.). Anm. 8.

Sonderrechte. (Lit.: Laband in HirthsAnn. 74, 1499 ff.; Lehmann in ABürgR. 9, 297; Alexander, Sonderrechte der Aktionäre 92; Bachmann, Sonderrechte der Aktionäre 02). Über diese enthält das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung nicht, doch ist allseitig anerkannt, daß auch für das Aktienrecht die Vorschrift gilt, wie sie § 33 BGB. für die Vereine bestimmt hat: Sonderrechte eines Aktionärs können nicht ohne seine Zustimmung durch die Generalversammlung beeinträchtigt werden. Dagegen ist eine bestimmte, allseitig befriedigende Feststellung des Begriffs der Sonderrechte bisher nicht gelungen und kann auch nicht in der Weise gelingen, daß eine festbestimmte Abgrenzung des Begriffs der Sonderrechte, die für alle Fälle gilt, gegeben wird. Anm. 9.

An sich herrscht bei der Aktiengesellschaft das Mehrheitsprinzip. Nach diesem kann, soweit nicht ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen oder das Statut entgegenstehen, die Generalversammlung mit Wirkung gegen die Minderheit nach freiem Belieben Bestimmungen treffen. Es ist klar, daß die schrankenlose Durchführung dieses Grundsatzes dem Wesen der Gesellschaft, bei der alle präsumtiv gleichberechtigt sind, nicht entspricht; es wäre sonst möglich, daß ein

§ 250. Aktionär, der die Mehrheit besitzt, nach seinem Gutdünken über alle Rechte der Minderheit verfügen könnte.

Es kann daher der Ansicht derer, die das Bestehen von Sonderrechten im Sinne von allgemeinen Mitgliedschaftsrechten leugnen, und als Sonderrechte nur die Rechte anerkennen, die einem Mitglied zum Unterschied vor den übrigen zustehen (besonders Laband, Bachmann; Cosack § 117 IV 2; Lehmann-Ring Nr. 5; letztere beide allerdings mit erheblichen Einschränkungen; vgl. ferner RG. 49, 151), nicht beigestimmt werden (vgl. hierüber Lehmann II 202). Es ist vielmehr davon auszugehen, daß Sonderrechte Rechte sind, die den Aktionären als einzelnen, vor anderen oder allen, als allgemeine Mitgliedschaftsrechte zustehen (vgl. RG. bei Holdheim 13, 137 und RG. 41, 99).

Damit ist allerdings für die Begriffsbestimmung nur das eine gewonnen, daß alle derartige Rechte Sonderrechte sein **können**; festzustellen ist noch, welche von ihnen es sind. Die Begriffsbestimmung der 6./7. Aufl., daß es die sind, die unentziehbar sind, führt nicht weiter, da die Unentziehbarkeit die Wirkung der Eigenschaft als Sonderrecht ist, nicht aber die Frage entscheidet, welche Rechte sich als Sonderrechte darstellen.

Die Definitionen, die bisher gefunden sind, können, wie oben bemerkt, eine für alle Fälle sicher entscheidende Begriffsbestimmung nicht geben; sie umschreiben meist den Begriff dahin, daß es sich um eine für die Aktionäre wesentliche Vorschrift handeln muß („es ist aus dem Wesen und dem Zweck des einzelnen Vereins, sowie aus Art und Zweck des betreffenden Rechts, und dem besonderen Inhalt der Satzung zu entnehmen" Planck zu § 35 BGB.: „ein Satz des Statuts der von fundamentaler Wichtigkeit für den Kontrahenten ist" Lehmann in ABürgR. 9, 344; „der für den Durchschnittsaktionär von solcher Wichtigkeit ist, daß er ohne sie der Gesellschaft nicht beigetreten wäre"; Lehmann, Aktienrecht II 206). Diese Definitionen gehen einesteils zu weit; der Durchschnittsaktionär beteiligt sich an einer Gesellschaft, um möglichst hohen Verdienst aus seiner Beteiligung zu erzielen. Wird ein Vertrag von der Gesellschaft abgeschlossen, bei dem nach seiner, vielleicht auch objektiv richtigen Überzeugung Geld verloren werden wird, so verletzt dieser Vertrag den für ihn fundamentalen Zweck, hohe Dividende zu erlangen; und doch kann er diesem Vertrag nicht widersprechen, wenn ihn die Mehrheit genehmigt. Andererseits aber legt diese Definition zu großes Gewicht auf den Willen des Aktionärs, dessen Ermittlung schwierig, oft unmöglich sein wird. Sie kann dazu führen, bei einer Gesellschaft einen Satz des Statuts für den einen Aktionär als Sonderrecht, für den anderen nicht als solches anzunehmen. Die Begriffsbestimmung leidet daher an Mängeln, die sie für die Beurteilung des Einzelfalls unbrauchbar macht. Um zu einer festen Definition zu kommen, muß man vielmehr von dem Wesen der Aktiengesellschaft ausgehen, deren fundamentalster Grundsatz die Gleichberechtigung der Aktionäre insofern ist, als jeder das gleiche Recht am Ertrage und damit das gleiche Recht an der Mitverwaltung hat. Dies Recht, sowie die Befugnisse zu entziehen, die zu dessen Sicherung dienen, ist die Generalversammlung nicht befugt. **Sonderrecht ist daher nach der hier vertretenen Ansicht das Recht, dessen Verletzung den grundlegenden Prinzipien des Aktienrechts, insbesondere dem Prinzip der Gleichberechtigung, sowie dem Rechte der Aktionäre auf Mitgenuß und Mitverwaltung widersprechen würde.** Auch diese Definition gibt keine sichere Entscheidung im Einzelfall; z. B. besteht bei der Frage der Zuzahlung bei Vermeidung der Zusammenlegung lebhafter Streit, ob hierdurch die Gleichberechtigung verletzt wird. Immerhin gibt sie einen objektiven Maßstab, der der Entscheidung im Einzelfall zugrunde zu legen ist.

Zu beachten ist allerdings hierbei, daß die Entwicklung des Aktienrechts und die deutsche Gesetzgebung den Sonderrechten nicht günstig ist. Soweit das Gesetz ausdrücklich oder durch Bestimmungen, die einen Schluß in dieser Richtung zulassen, einer absoluten oder einer qualifizierten Majorität das Recht gibt, Beschlüsse zu fassen, fällt natürlich das Recht des einzelnen, gegen diese Beschlüsse vorzugehen. So wird an sich das Recht des Aktionärs, daß der Gegenstand des Unternehmens nicht geändert wird, als Sonderrecht anzusehen sein. Er

hat sich einem bestimmten Unternehmen angeschlossen, will die Nutzungen aus diesem beziehen; die Änderung des Gegenstands greift in dies Recht ein. Nachdem aber § 275 die Abänderung des Unternehmens gestattet hat, fällt dies Sonderrecht. **§ 250.**

Im einzelnen ist über Sonderrechte folgendes zu bemerken:

a) Nicht Sonderrechte sind die Rechte, die den **Aktionären als Dritten** gegen die Gesellschaft zustehen z. B. die Ansprüche aus Kauf, Darlehn usw. Diese nicht aus der Mitgliedschaft erwachsenden Rechte sind natürlich in keiner Weise durch die Generalversammlung zu schmälern. Ein diese Rechte verletzender Beschluß wird auch nicht durch Nichtanfechtung für den Aktionär bindend. Anm. 10.

b) Gewisse Mitgliedschaftsrechte haben den Charakter von Gläubigerrechten erhalten, z. B. das Recht auf die festgestellte Dividende (Anm. 12 zu § 213), das Recht auf Bauzinsen, die besonderen Vorteile aus § 186. In betreff dieser gilt das Anm. 10 gesagte. Anm. 11.

c) **Wirkliche Sonderrechte** sind z. B. das Recht auf Einsicht und Abschrift nach § 263 (vgl. auch PrivVersUntGes. § 55 Abs. 3); das Mindeststimmrecht, das Recht auf Eintragung in das Aktienbuch, auf Zulassung zur Generalversammlung, auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, das Recht auf Mitgliedschaft usw.; ferner alle die Rechte, bei denen nach dem Gesetz der Minderheit bestimmte Befugnisse gegeben sind (z. B. § 254). Ein ferneres Sonderrecht ist das Recht auf Einhaltung der statutarischen Bestimmungen; die Generalversammlung kann nicht Beschlüsse gegen das Statut fassen. Dies Recht aber wird durch die Zulassung der Statutenänderung innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Grenzen beschränkt; doch besteht wieder das Sonderrecht, daß auch durch die Statutenänderung kein fundamentales Prinzip der Aktiengesellschaft verletzt werden darf. Anm. 12.

Was das Dividendenrecht betrifft, so ist dies ein Sonderrecht nur insofern, als der Einzelaktionär verlangen kann, daß bei der Verteilung Gesetz und Statut nicht verletzt wird. Bestimmt letzteres nichts, so kann der Einzelaktionär gegen die Beschlüsse der Generalversammlung, soweit diese nur das Prinzip der gleichen Behandlung aller nicht verletzen, nicht protestieren (vgl. Anm. 9 zu § 213). Über das Recht auf die Liquidationsquote vgl. zu § 292 und 300; über das Stimmrecht zu § 252; über das Recht auf Unabänderlichkeit statutarischer Bestimmungen vgl. Anm. 10 zu § 274 und Anm. 2 zu § 275.

d) Diese wirklichen Sonderrechte können durch Beschlüsse der Generalversammlung nicht geschmälert werden. Die sie verletzenden Beschlüsse der Generalversammlung werden auch nicht durch Nichtanfechtung gültig (vgl. Anm. 16 zu § 273). Dies gilt jedoch nur insofern, als allgemeine Beschlüsse, die Sonderrechte verletzen, z. B. der Beschluß, daß nur je fünf Aktien eine Stimme haben, ohne Rechtswirkung sind. Dagegen kann, wenn durch einen Beschluß das Sonderrecht eines einzelnen in concreto verletzt ist, z. B., wenn einem Aktionär das Stimmrecht bestritten wird, der Benachteiligte auf seine Rechte verzichten, indem er den betreffenden Beschluß nicht anficht (vgl. Anm. 13 zu § 252). Anm. 13.

3. **Die Beschlußfassung der erschienenen Aktionäre.** Hierüber näheres zu § 251. Anm. 14.

Zusatz. Die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung. Sie liegt dem **Vorstand** ob. Er hat das Recht und die Pflicht, die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen. Hält er sie nicht für gültig, so hat er das Recht, sie anzufechten (§ 271) und auch die Pflicht (OLG. Jena bei Holdheim 2, 219), letzteres aber nur dann, wenn er den Beschluß für schädlich hält. Führt er den Beschluß aus, ohne ihn anzufechten, so ist er der Gesellschaft gegenüber jedenfalls gedeckt, außer wenn er die Fassung verschuldet hat (Anm. 4 zu § 241), oder die Ungültigkeit ganz offensichtlich war; den Gläubigern gegenüber ist er nicht gedeckt, auch wenn er die Ungültigkeit durch alle Instanzen vergeblich verfolgt hätte (Anm. 12 zu § 241). Anm. 15.

Der **Aufsichtsrat** hat die Beschlüsse nicht auszuführen, wohl aber die Ausführung zu überwachen (§ 246). Hält er einen Beschluß für ungültig, so darf jedes Mitglied des Aufsichtsrats den Beschluß anfechten, wenn die Ausführung ihn den Gläubigern gegenüber haftbar machen würde (§ 231 und § 247). In den geeigneten Fällen hat der Aufsichtsrat auch die Pflicht, gegen die Mitglieder des Vorstandes auf Unterlassung der Ausführung des Beschlusses zu klagen (§ 247 Abs. 2). Anm. 16.

§ 251.

§ 251. Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorgeschrieben sind.

Für Wahlen können im Gesellschaftsvertrag andere Bestimmungen getroffen werden.

Die Abstimmung und die erforderliche Stimmenmehrheit.

Anm. 1. 1. **Regelmäßig**, d. h. wenn Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen, gilt das Erfordernis der einfachen (absoluten) Majorität, d. h. eine Stimme mehr als die Hälfte der Gesamtzahl der abgegebenen gültigen Stimmen. Daß bei Stimmengleichheit der Antrag als abgelehnt gilt (wie in der 6./7. Aufl. bemerkt war), ist nicht ganz korrekt ausgedrückt. Mit Recht hebt Makower hervor, daß wenn man dies annähme, bei Vorliegen zweier entgegengesetzter Anträge die Entscheidung davon abhängen würde, welcher zuerst eingebracht war. Es ist vielmehr zu sagen, daß bei Stimmengleichheit die Abstimmung unentschieden geblieben ist, es hat weder eine Annahme, noch eine Ablehnung stattgefunden (ebenso Tecklenburg in ABürgR. 23, 370).

Nur die abgegebenen Stimmen werden bei der Abstimmung gezählt. Die Aktien der Personen, die nicht stimmen, sei es, daß sie sich freiwillig der Abstimmung enthalten oder sich enthalten müssen, oder die unbeschriebene Zettel abgeben, werden nicht mitgezählt. Das wurde schon früher angenommen (RG. 20, 144) und folgt jetzt unmittelbar aus den Gesetzesworten, da eben nur die abgegebenen Stimmen gezählt werden. Erscheint nur ein Aktionär, so faßt dieser alle Beschlüsse (RG. 34, 116).

Anm. 2. 2. **Ausnahmen.** Gesetz oder Gesellschaftsvertrag können eine größere Mehrheit bestimmen und auch sonstige Erfordernisse aufstellen: eine noch größere Mehrheit, also noch mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen, z. B. $^3/_4$ oder gar Einstimmigkeit; sonstige Erfordernisse, d. h. außerdem noch andere Erfordernisse, z. B. daß die Mehrheit einen bestimmten Teil des Grundkapitals darstellen muß, oder daß eine bestimmte Anzahl von Personen mitstimmen muß. Andere Abstimmungsarten sind aber nicht zulässig, außer bei Wahlen, worüber alsbald gehandelt werden soll. Es ist also z. B., wenn es sich nicht um Wahlen handelt, nicht zulässig zu bestimmen, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden oder das Los entscheidet (so auch OLG. Dresden bei Holdheim 9, 23; Neumann im „Recht" 03, 454; für die GmbH. hat das RG. 49, 147 mit Rücksicht darauf, daß dort die Bestimmung dispositiv ist, gegenteilig entschieden).

Anm. 3. Für Wahlen können nicht nur strengere, sondern auch andere Bestimmungen getroffen werden, z. B., daß relative Mehrheit entscheidet, d. h. die für eine Wahl abgegebene relativ größte Stimmzahl, oder daß im Falle der Stimmengleichheit das Los entscheidet oder daß der Vorsitzende entscheidet. Derartige Bestimmungen empfehlen sich aus praktischen Gründen, damit eine Wahl zustande kommt; notwendig aber sind sie nicht. Ist z. B. bestimmt, daß für Aufsichtsratswahlen $^2/_3$ Majorität erforderlich ist, eine solche ist aber nicht zu erreichen, so ist kein Aufsichtsrat gewählt. Den Vorstand trifft dann keine Schuld; die Strafbestimmung des § 315 kommt nicht zur Anwendung (vgl. Erl. zu § 315).

Anm. 4. **Zusatz 1. In vielen Fällen wird bestimmt, daß die Mehrheit einen bestimmten Bruchteil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen muß.** Zunächst sind hierbei die Aktien mitzuzählen, deren Besitzer sich der Abstimmung enthalten, sei es freiwillig oder infolge gesetzlicher oder statutarischer Pflicht. Dies wurde schon nach früherem Recht, in dem für solche Fälle von dem in der Generalversammlung vertretenen Grundkapital die Rede war, angenommen (RG. 20, 146); um so mehr muß es nach jetzigem Recht für richtig erachtet werden, da der, der nicht mitstimmen will oder nicht kann, bei der Beschlußfassung nicht

vertreten ist. Die Frage wurde im Hiberniafall praktisch, da dort eine Beteiligung von ²/₃ des Grundkapitals erfordert war und die Direktoren einer Bank, ohne deren Stimmen die ²/₃ nicht zu erreichen waren, zwar bei der Beratung sich beteiligten, sich aber der Abstimmung enthielten. Wäre es zu einer Annahme des Antrages dort gekommen, so wäre der Beschluß trotzdem ungültig gewesen, da die Stimmen der Bank bei der Frage, ob ²/₃ Majorität vertreten war, nicht mitgezählt worden wären (vgl. Rehm in DIZ. 04, 955). Dasselbe muß aus gleichem Grunde gelten, wenn Aktionäre infolge statutarischer Beschränkung nur mit einem Teile ihres Aktienbesitzes stimmen dürfen. Auch hier sind diese nur mit den Beträgen zu zählen, mit denen sie sich an der Abstimmung beteiligen (Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 275; anders für früheres Recht RG. 20, 146, und Goldmann Anm. 3 zu § 275). § 251.

Zusatz 2. Häufig findet sich in Statuten die Bestimmung, daß bei der Beschlußfassung über bestimmte Gegenstände ein Mindestbruchteil des Aktienkapitals vertreten sein muß. Gewöhnlich ist dann aber ferner bestimmt, daß bei Nicht-Beschlußfähigkeit der ersten eine zweite Generalversammlung einzuberufen ist, bei der diese Beschränkung fortfällt. So empfehlenswert ein derartiger Zusatz ist, so ist er doch gesetzlich nicht notwendig (RG. 26 A S. 228). Anm. 5.

Die Vorschrift, daß zur Gültigkeit eines Beschlusses die Anwesenheit eines Mindestbruchteils gefordert wird, bezieht sich aber nur auf Annahme derartiger Beschlüsse, die Ablehnung kann mit der gewöhnlichen Mehrheit erfolgen (Rehm in DIZ. 04, 955).

§ 252.

Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt. Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken. Werden mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben, so kann der Gesellschaftsvertrag den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen als den Aktien einer anderen Gattung. § 252.

Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Für die Vollmacht ist die schriftliche Form erforderlich und genügend; die Vollmacht bleibt in der Verwahrung der Gesellschaft.

Wer durch die Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für Andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.

Im Uebrigen richten sich die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts nach dem Gesellschaftsvertrage.

Lit.: Simon, Vertretung eigener und fremder Aktien, in der Festgabe für Wilke 257 ff. (als Simon Festg. zitiert), Lehmann in ZHR. 51, 397 ff. und Aktienrecht II 60 ff.; Bachmann, Sonderrechte 90 ff.

Der vorliegende Paragraph enthält die Einzelheiten des Stimmrechts.

1. (Abs. 1.) **Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Dies wird nach Aktienbeträgen ausgeübt, jedoch mit zulässigen Beschränkungen.** Anm. 1.

a) **Jede Aktie gewährt das Stimmrecht.** Jedoch gewährt die Aktie das Stimmrecht nur, soweit die Aktionäreigenschaft vorhanden oder der Gesellschaft gegenüber als vorhanden anzusehen ist. Über das Stimmrecht und die Legitimation bei Namensaktien vgl. Anm. 4 ff. zu § 223, bei Inhaberaktien und insbesondere die Legitimationsübertragung Anm. 17 ff. zu § 223.

§ 252. Der Interimsschein gibt, auch wenn er nicht voll eingezahlt ist, gleiches Stimmrecht wie die Aktie (Petersen-Pechmann 423; Brand bei Holdheim 3, 441). Sind weder Aktien noch Interimsscheine ausgegeben, so besteht die Möglichkeit zu stimmen gleichwohl; die Legitimation muß in solchem Falle auf andere Weise geführt werden (RG. 34, 116; vgl. Anm. 11 zu § 179).

Anm. 2. Jede Aktie, auch eine einzelne von noch so geringem Betrage, und gleichviel welcher Gattung, gewährt das Recht zu stimmen, ohne daß der Gesellschaftsvertrag dieses Recht gültig entziehen könnte. Das Stimmrecht wird dadurch insoweit zum unentziehbaren Aktionärrecht, zum Sonderrecht, als es in dem durch das Gesetz gewährten Mindestumfang nicht beschränkt oder entzogen werden kann (vgl. Anm. 9, 12 u. 13 zu § 250). Es kann mitstimmen, wer bei der betreffenden Abstimmung zugegen ist. Es kann nicht die Präsenzliste bei Beginn der Sitzung geschlossen und den später abstimmenden Aktionären das Mitstimmen versagt werden. Doch kann im Statut solches gültig angeordnet werden.

Anm. 3. Aus der Vorschrift, daß das Stimmrecht nach Aktienbeträgen ausgeübt wird und aus dem Wesen des Stimmrechts überhaupt folgt, daß jeder Aktionär das Stimmrecht nur einheitlich ausüben kann. Doch bezieht sich dies nicht auf den Fall, daß jemand für sich und für einen Vollmachtgeber stimmt. Hier kann er für sich mit „ja", und als Bevollmächtigter mit „nein" stimmen. Die Bestimmung in Abs. 3, die einen besonders gearteten Fall betrifft und nur für diesen gilt, steht nicht im Wege.

Anm. 4. b) **Wer hat zu stimmen, wenn an der Aktie Dritten Rechte eingeräumt sind?** Hierbei kommen insbesondere folgende Fälle in Betracht.

Anm. 5. α) **Verpfändung.** Der Pfandgläubiger wird nicht Aktionär, er ist daher nicht stimmberechtigt. Stimmrecht hat daher an sich lediglich der Aktionär (ebenso Staub GmbH. Erl. zu § 15 Anm. 4; Hachenburg im BankA. II 152; Simon, Festg. 267; Lehmann in ZHR. 51, 397 und Aktienrecht II 60 ff.; ZgA. 13, 241; Foertsch im „Recht" 03, 561; OLG. Jena im „Recht" 03, 582). Da aber letzterer nicht im Besitz der Aktie ist, andererseits aber mangels entgegenstehender Vereinbarung nicht anzunehmen ist, daß er sich durch die Verpfändung seines Stimmrechts begeben wollte, so muß man ihm das Recht geben, zu verlangen, daß der Pfandgläubiger ihm, etwa durch Hinterlegung der Aktie an den zuständigen Stellen, die Ausübung des Stimmrechts ermöglicht (hiergegen nur Förtsch a. a. O.). Der Gesellschaft gegenüber ist der Pfandgläubiger, wenn es sich um Inhaberaktien handelt, prima facie durch den Besitz der Aktie zum Stimmen legitimiert. Die Generalversammlung kann zwar, unter der Behauptung, daß er nicht Eigentümer sei, seine Stimmabgabe zurückweisen. Der Beschluß unterliegt aber, wenn er ihn anficht und nachweist, daß er stimmberechtigt war, der Aufhebung.

Selbstverständlich kann im Pfandvertrage die Übertragung des Stimmrechts an den Pfandgläubiger ausdrücklich vereinbart sein, oder es kann sich dies aus den Umständen ergeben.

Anm. 6. β) Beim **vertragsmäßigen Nießbrauch** ist, da das Stimmrecht keine Nutzung darstellt, der Eigentümer zur Stimmabgabe berechtigt (Lehmann II 66; Dernburg III § 193, 4; Staub GmbH. Erl. zu § 84 Anm. 27; Jakobi [Wertpapiere 356] nimmt an, daß nur Eigentümer und Nießbraucher gemeinsam berechtig sind.

Anm. 7. γ) Bei **dem gesetzlichen, ehemännlichen und elterlichen Nutzungsrecht** hat der Ehemann und der Gewalthaber das Stimmrecht kraft seines Verwaltungsrechts; er darf es nur dann nicht ausüben, wenn darin eine Verfügung über das Aktienrecht liegt (Lehmann II 68 ff.; Staub GmbH. Anm. 33, 36 im Erl. zu § 84, Simon, Festg. 273).

Anm. 8. δ) Der **Verwahrungsvertrag** gibt an sich nicht das Stimmrecht, doch kann die Übertragung ausdrücklich geschehen oder aus den Umständen gefolgert werden. Über die Rechte der Bankiers an den bei ihnen deponierten Aktien vgl. Simon, Festg. 279 ff. Mit Recht nimmt dieser an, daß die Bankiers an sich kein Stimmrecht für die bei ihnen ruhenden oder ihnen verpfändeten Aktien ihrer Kunden haben, daß ihnen dies Stimmrecht aber durch besondere Ermächtigung oder auch durch allgemeine Erklärung (Unterschrift von Bedingungen) gewährt werden kann. Diese allgemeine Ermächtigung ist auch seitens der Privatkunden zulässig, da darin keine Verfügung im Sinne des § 2 des Bankdepotgesetzes zu erblicken

ist. Beim **Kostgeschäft** (über den Begriff vgl. Cosack § 79) gehen die Aktien in das Eigentum des Hereinnehmers über, der daher das Stimmrecht auszuüben berechtigt ist (Rehm in DJZ. 04, 956; Bachmann, Sonderrechte 101; OLG. Hamm bei Holdheim 14, 309). **§ 252.**

c) **Das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen ausgeübt.** Wenn auch jede Aktie das Stimmrecht gewährt, so bedeutet dies doch nur, daß an jede Aktie mindestens eine Stimme geknüpft ist. Es können aber auch an eine Aktie mehrere Stimmen geknüpft werden, und wenn Aktien verschiedenen Betrages da sind, so versteht sich die Vermehrung der Stimmen im Verhältnis zum größeren Betrage von selbst. Dies wird besonders wichtig, wenn eine Gesellschaft Aktien ausgibt, deren Nennbetrag von den Aktien früherer Emissionen abweicht. Anm. 9.

Die Bestimmung, daß das Stimmrecht nach Aktienbeträgen ausgeübt werde, ist zwingend; nur gestattet Abs. 1 Satz 3 unseres Paragraphen, daß den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beigelegt wird, als den Aktien einer anderen Gattung. Das ist eine Abweichung gegen das frühere Recht. Denn in dem früheren Art. 190 war in dieser Hinsicht nur gestattet, für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts nach Gattungen zu beschränken. Jetzt kann auch jede einzelne Aktie der einen Gattung ein höheres Stimmrecht haben, als jede einzelne Aktie der anderen Gattung. Es kann also angeordnet werden, daß die Vorzugsaktien, die höheres Dividendenrecht haben, auch höheres Stimmrecht haben z. B. die Inhaber zweier Vorzugsaktien nur zwei Stimmen, die Inhaber zweier Stammaktien nur eine Stimme. Es kann aber auch umgekehrt bestimmt werden, daß die Vorzugsaktien zwar höhere Dividendenrechte, aber geringeres Stimmrecht haben sollen, so z. B: jede Stammaktie zu 1000 Mk. und jede Vorzugsaktie zu 1500 Mk. geben dem Inhaber je eine Stimme. Anm. 10.

Aus der neuen Bestimmung des Abs. 1 Satz 3 ist in der 6./7. Aufl. gefolgert, die Gattungsverschiedenheit könne auch dadurch allein hergestellt werden, daß den Aktien ein höheres Stimmrecht verliehen werde. Es könne also z. B. bestimmt werden: Es werden neue Aktien ausgegeben. Diese sollen Vorzugsaktien sein, und ihr Vorzugsrecht soll darin bestehen, daß jede Vorzugsaktie à 1000 Mk. drei Stimmen haben soll, während jede Stammaktie à 1000 Mk. nur eine Stimme hat oder: Die Aktien Lit. A sollen, obwohl zu 200 Mk. lautend, das gleiche Stimmrecht haben, wie die Aktien zu 1000 Mk. Diese Ansicht (der Makower I 377; 560; Lehmann-Ring Nr. 4; Goldmann Anm. 12 entgegengetreten sind), kann nicht aufrecht erhalten werden. Das Gesetz will von der Regel in Satz 2 Abs. 1 abgehen, wenn Aktien verschiedener Gattung geschaffen werden; es will aber nicht die Verschiedenheit der Aktiengattungen lediglich darin bestehen lassen, daß die eine Gattung mehr Stimmen haben soll, wie die andere. Dies würde die direkte Aufhebung des gesetzgeberischen Grundsatzes zur Folge haben. Anm. 11.

Eine zweite Ausnahme ist, daß **Höchstbeschränkungen oder Beschränkungen nach Abstufungen zulässig sind**, d. h. es sind Beschränkungen zulässig für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien vorlegt. Das Statut kann bestimmen, daß ein Aktionär mehr als 20 Stimmen nicht abgeben darf, oder auch: daß zwar der Inhaber einer Aktie eine Stimme, der Inhaber von fünf Aktien aber auch nur eine Stimme haben und immer fünf Aktien je eine weitere Stimme geben sollen; jedoch kann die Beschränkung nicht dahin gefaßt werden, daß niemand mehr als eine gewisse Anzahl Stimmen in eigenem und fremdem Namen haben dürfe (Makower I 559; Goldmann Anm. 11). Die in der 6./7. Aufl. im Anschluß an Behrend § 122 Anm. 2 vertretene Ansicht, daß der Höchstbetrag auch eine Stimme sein könne, daß damit also das Statut Abstimmung nach Köpfen vorzuschreiben befugt sei, wird widerlegt durch die Wortfassung („Höchstbetrag") und den Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen. Satz 4 soll eine Ausnahme von Satz 2 sein, diesen aber nicht dadurch aufheben können, daß statt der Abstimmung nach Aktienbeträgen Abstimmung nach Köpfen vorgeschrieben wird (so Makower I 559; Goldmann Anm. 11). Anm. 12.

Ob die Aktionäre die Wirksamkeit solcher Beschränkungen durch Verteilung von Aktien umgehen können, darüber s. Anm. 18, 19 zu § 223.

§ 252. Anm. 13. d) **Die Bestimmung zu a ist zwingend.** Das bewirkt, daß das Gegenteil durch die Statuten nicht gültig festgesetzt werden kann, und daß ein dagegen verstoßender Generalversammlungsbeschluß anfechtbar ist. Aber durch unterlassene Anfechtung wird er gültig. Denn die Vorschriften sind eben nur zwingend in dem Sinne, daß das Gegenteil nicht gültig vereinbart werden kann. Aber andererseits handelt es sich nur um den Schutz von Aktionärrechten. Auf die aus der Verletzung solcher Schutzvorschriften sich ergebenden Rechte kann gültig verzichtet werden. Die Sache liegt ähnlich, wie bei den Vorschriften des Zivilprozesses. Auch diese sind zwingend. Ein Prozeß in vereinbarten Formen kann daher gültigerweise nicht verabredet werden. Aber auf die aus der Verletzung der Vorschriften sich ergebenden Rechte kann meistenteils verzichtet werden, denn die Bestimmungen sind eben nur zum Schutze von Privatrechten getroffen.

Anm. 14. e) Soweit das Statut innerhalb der gesetzlichen Grenzen Ausnahmen macht, können diese Bestimmungen durch **Statutenänderungen** geändert, es können auch im Wege der Statutenänderung die nach dem Gesetz zulässigen Beschränkungen eingeführt werden. Das Stimmrecht ist ein Sonderrecht (Anm. 2) nur insofern, als jeder Aktionär das Recht auf Innehaltung der gesetzlichen Vorschriften hat. Darüber hinaus gibt es kein Recht darauf, daß innerhalb der gesetzlichen Grenzen das Stimmrecht nicht geändert wird. Es geht dies aus Satz 4 dieses Paragraphen hervor, da Vorrechtsaktien nachträglich geschaffen werden können, daher auch die Bevorzugung im Stimmrecht nachträglich bewilligt werden kann; ferner aus § 275 Abs. 3, der natürlich beachtet werden muß (ebenso Lehmann-Ring Nr. 4; Goldmann Anm. 13).

Anm. 15. 2. (Abs. 2.) **Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Für die Vollmacht ist die schriftliche Form erforderlich und ausreichend.**

a) **Das** Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Die Vorschrift ist erst durch das jetzige HGB. eingeführt. Sie ist zwingender Natur. Das Statut kann daher hieran nichts ändern. Denn nur „im übrigen" kann nach Abs. 4 das Statut die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts bestimmen. Ein Generalversammlungsbeschluß, der hiergegen verstieße, der also eine Person zurückweisen würde, weil sie nicht der Aktionär in Person, sondern sein Bevollmächtigter sei, wäre in den geeigneten Fällen anfechtbar, würde aber durch unterlassene Anfechtung gültig werden, weil es sich nur um den Schutz verzichtbarer Aktionärrechte handelt (vgl. Anm. 13). Wohl aber kann das Statut hinsichtlich der Person des Bevollmächtigten Bedingungen aufstellen (vgl. Anm. 29 und 31).

Anm. 16. b) **Die schriftliche Form ist erforderlich und ausreichend.** Auch diese Vorschrift war früher nicht gegeben. Auch sie ist zwingend. Es ist daher eine Vollmacht erforderlich und ausreichend, die dem im § 126 BGB. aufgestellten Erfordernisse der Schriftlichkeit entspricht (vgl. die Erl. zu § 350). Telegraphische Form z. B. genügt nicht, da § 127 BGB. für die gesetzliche Formvorschrift nicht Platz greift. Daran ändert auch nichts, wenn das Statut die gesetzliche Bestimmung wiederholt. Mündliche Vollmacht genügt ebenfalls nicht.

Das Statut kann nichts Gegenteiliges anordnen. Es kann nicht bestimmen, daß von dem Erfordernis der schriftlichen Vollmacht abgesehen oder in bestimmten Fällen abgesehen wird. (Daher ist die übliche Bestimmung, daß Ehefrauen durch ihre Ehemänner vertreten werden, nur dann gültig, wenn aus dem Güterrecht sich die Verwaltungsbefugnis des Mannes ergibt, vgl. Anm. 7.) Es kann auch nicht umgekehrt mehr als schriftliche Form, etwa Beglaubigung, fordern. Bezweifelt die Generalversammlung die Echtheit der Vollmacht und schließt sie die sich durch schriftliche Vollmacht legitimierenden Personen aus, so erfolgt die Zurückweisung auf die Gefahr, daß die ohne Mitwirkung des Bevollmächtigten gefaßten Beschlüsse mit Erfolg angefochten werden können, wenn nicht nachgewiesen wird, daß die Vollmacht in Wahrheit unecht war (RG. 40, 85). Daran ändert auch die beliebte Statutenbestimmung nichts, daß über die Echtheit der Vollmachten der Aufsichtsrat entscheidet. Überall aber wird auch hier durch unterlassene Anfechtung der diese Vorschrift verletzende, z. B. der einen schriftlich Bevollmächtigten unzulässigerweise zurückweisende Generalversammlungsbeschluß

gültig, weil es sich auch hier nur um den Schutz verzichtbarer Aktienrechte handelt (vgl. **§ 252.** Anm. 13).

Anm. 17. **Eine Spezialvollmacht ist nicht erforderlich.** So ist eine allgemeine Handlungsvollmacht oder die Prokura genügend (vgl. Behrend § 122 Anm. 11). Auch wird man, wenn man nicht in starren Formalismus verfallen will, annehmen müssen, daß das gerichtliche Zeugnis über das Prokurenverhältnis der Überreichung der schriftlichen Vollmacht gleichwertig ist und genügt (ebenso Goldmann Anm. 18).

Anm. 18. **Das Erfordernis der Vollmacht bezieht sich ferner nur auf den Fall der freiwilligen Vertretung.** Gesetzliche Vertreter von juristischen Personen, Geschäftsunfähigen usw., bedürfen keiner Vollmacht. Sie müssen und können ihre Legitimation auf andere Weise dartun.

Anm. 19. **Durch nachträgliche Genehmigung** wird der Mangel der schriftlichen Vollmacht nicht ersetzt (Behrend § 122 Anm. 11).

Anm. 20. **Mehrere Vertreter** sind, soweit es sich nicht um gesetzliche Vertretung handelt, nicht zulässig. Das Gesetz hat, sicherlich nicht ohne Grund, in Abs. 2 von „einem" Bevollmächtigten gesprochen (ebenso gegen 6./7. Aufl. Lehmann II 166; Lehmann-Ring Nr. 6; Goldmann Anm. 14 gegen Simon, Festg. 271).

Anm. 21. Die **Stempelung** der Vollmachten hat nach der preußischen Dienstvorschrift zur Ausführung des Stempelgesetzes vom 14. 2. 96 Nr. 7 Abs. 2 der Notar zu überwachen.

Die Vollmachten bleiben **in Verwahrung der Gesellschaft**, sind daher dem notariellen Protokoll nicht beizufügen. Der Registerrichter kann geeignetenfalls gemäß § 12 FGG. Vorlegung der Vollmachten fordern.

Anm. 22. Das Erfordernis der schriftlichen Vollmacht bezieht sich ferner nur auf den, der im Namen eines Aktionärs auftritt, **nicht auf den, der zwar ein fremdes Aktienrecht, aber in eigenem Namen ausübt.** Hier liegt kein Vertretungs- oder Vollmachtsverhältnis vor. Hier genügt die zum Zwecke der Rechtsausübung erfolgte Übertragung der Aktie, die sogenannte Legitimationsübertragung, deren Wesen in Anm. 16 zu § 222 und Anm. 17 zu § 223 dargelegt ist. Von einer Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 ist keine Rede, es liegt ein anderer Fall, eine andere Rechtsgestaltung vor und Abs. 2 schreibt nicht etwa zwingend vor, daß ein Aktionär, der seine Rechte nicht selbst ausübt, dies durch einen Bevollmächtigten tun müsse, sondern nur, daß er dies durch einen Bevollmächtigten tun **könne**.

3. (Abs. 3.) **Vorschriften über Stimmenthaltung.** Anm. 23.

a) **Auch diese Vorschriften sind zwingend.** Das Statut kann daher Gegenteiliges nicht anordnen und ein Generalversammlungsbeschluß, der hiergegen verstoßen würde, wäre in den geeigneten Fällen anfechtbar. Aber durch unterlassene Anfechtung wird er gültig, weil es sich um verzichtbare Aktionärrechte handelt (vgl. Anm. 13). Natürlich setzt die Anfechtung auch voraus, daß die Verletzung der Vorschrift nicht einflußlos auf die Abstimmung war (hierüber vgl. zu § 271 und RG. bei Holdheim 12, 99). Ob die Wirksamkeit dieser Beschränkungen durch Verteilung von Aktien von den Aktionären umgangen werden kann, darüber s. Anm. 18, 19 zu § 223.

b) **Die einzelnen Stimmenthaltungsvorschriften sind:** Anm. 24.

Es darf nicht mitstimmen:

α) **Wer durch die Beschlußfassung entlastet werden soll und wer von einer Verpflichtung befreit werden soll.** Das bezieht sich hauptsächlich auf die Mitglieder der Verwaltung hinsichtlich des Entlastungsbeschlusses; dagegen nicht in betreff des Bilanzgenehmigungsbeschlusses (RG. 49, 146). Darüber, ob die Abstimmung eine einheitliche ist, also das eine Mitglied über die Entlastung des anderen nicht mitstimmen darf, vgl. Anm. 10 zu § 260. Daran reiht sich die Vorschrift, daß auch ein Aktionär dann nicht mitstimmen soll, wenn der Beschluß die Einleitung oder die Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft. Wer hiernach gehindert ist mitzustimmen, kann auch nicht über einen Vertagungsantrag seine Stimme abgeben. Wohl aber kann der eine

§ 252. Gesellschafter mitstimmen, wenn es sich um Erledigung eines Rechtsstreits mit einem anderen Gesellschafter handelt, mit dem er solidarisch haftet (Staub GmbH. Anm. 18 zu § 47).

Hervorzuheben ist, daß hierbei die Stimmenthaltungspflicht mit einem Teil der von einem Aktionär besessenen Aktien möglich ist. Wenn z. B. der Aktionär 100 vollbezahlte und 100 Aktien, auf die nur 25% bezahlt sind, besitzt, so kann er, wenn die Generalversammlung über die Frage entscheidet, ob auf die zweiten weitere Zuzahlungen erfolgen sollen, mit diesen nicht mitstimmen, wohl aber mit den ersten. Denn es ist, da nach § 252 Abs. 1 jede Aktie das Stimmrecht hat, anzunehmen, daß mit den Aktien, die nicht entlastet werden, gestimmt werden darf.

Anm. 25. β) Aktionäre, mit denen ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll. Die Beschlußfassung muß, um die Stimmenthaltung zur Folge zu haben, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär betreffen und zwar, wie hinzugefügt werden muß, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Aktionär als Dritten. Soweit unmittelbar aus der Beschlußfassung dem Aktionär Rechte erwachsen, sind es Mitgliedschaftsrechte, die hier nicht getroffen sind, so z. B. das Recht auf Zuteilung von Aktien nach § 282.

Jedoch ist hierbei wieder zu bedenken, daß die Generalversammlung selbst solche Rechtsgeschäfte nicht abschließt, sondern die anderen Gesellschaftsorgane, hauptsächlich der Vorstand, ausnahmsweise auch der Aufsichtsrat. Wenn in solchen Fällen die Generalversammlung darüber Beschluß faßt, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft mit dem Aktionär vorgenommen werden soll, so darf der Aktionär nicht mitstimmen. Das ist gemeint. Der Fall muß dabei so liegen, daß die Ausführung des Beschlusses nur noch in dem Abschlusse des Geschäfts liegt, so daß also der Aktionär, wenn er mitgestimmt hätte, durch seine Stimme die Gesellschaft gezwungen hätte oder mindestens geholfen hätte, zu zwingen, in bestimmter Weise mit ihm zu kontrahieren. Wenn es dagegen trotz des Generalversammlungsbeschlusses noch in dem Ermessen der Gesellschaftsorgane liegt, das Rechtsgeschäft zu schließen oder nicht, so liegt der Fall nicht vor (ebenso LG. Bochum in dem Hiberniafall bei Holdheim 14, 19 und Rehm in DJZ. 04, 1030; ersteres Erk. ist vom OLG. Hamm [bei Holdheim 19, 310 ff.] aufgehoben, das annimmt, daß von der Generalversammlung eine bindende Offerte, die unter Vorbehalt der Zustimmung der Generalversammlung angenommen war, vorlag. Es kann hier nicht untersucht werden, ob die festgestellten Tatsachen diesen Schluß rechtfertigten; liegt ein derartiger fester Vertrag vor, so können die Vertragschließenden nicht mitstimmen; haben dagegen nur Vorverhandlungen stattgefunden, die zu einem festen Vertrag nicht geführt haben, so ist das Mitstimmen gestattet).

Anm. 26. Eine praktisch sehr wichtige Frage ist, ob Personen, deren Aufsichtsratswahl oder deren Vorstandswahl in Frage steht, bei dem Wahlbeschlusse mitwirken können. Die Praxis läßt ganz allgemein solche Personen zu; oft könnten sonst solche Wahlen gar nicht zustande kommen; meist wäre es, wenn man gerade diese Personen vom Mitstimmen ausschließen würde, eine große Ungerechtigkeit, da dann gerade die Personen, die durch die Größe ihres Aktienbesitzes und durch ihr Interesse an der Gesellschaft das größte Anrecht haben, die Gesellschaft mitzuverwalten, bei der Wahl wegfallen und nicht interessierte Personen in die Verwaltung hineingewählt werden würden. Die Frage ist sehr bestritten. Man wird sich nicht nur aus praktischen Gründen, sondern auch aus der Auslegung der gesetzlichen Vorschriften und deren innerem Grund heraus für die Mitwirkung entscheiden. Es handelt sich bei der Wahl der Gesellschaftsorgane nicht um ein Rechtsgeschäft, das die Gesellschaft mit einem Dritten abschließt, sondern um einen Verwaltungsakt, um die Schaffung eines Gesellschaftsorgans. Nicht ein kollidierendes Interesse, das der Grund der gesetzlichen Vorschrift ist, liegt vor, sondern die Betätigung eines Mitgliedschaftsrechts, das für die dem Aktionär gegebene Mitverwaltung von großem, oft ausschlaggebendem Interesse ist. Den Aktionär hierbei auszuschließen, weil seine eigene Wahl in Frage kommt, würde ihn dieses Rechts berauben und in vielen Fällen die Verwaltung der Minderheit ausliefern (so jetzt RG. 60, 172; ferner Lehmann II 362; Biber-

feld in ZgR. 10, 191; gegen Lehmann-Ring Nr. 8; Goldmann Anm. 23. Das [RGZ. 25 A S. 257] steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt; gegen diese Entsch. Staub bei Holdheim 12, 176; Keyßner in ZHR. 54, 293; Weinhagen bei Holdheim 13, 93; Liebmann eb. 9; Bondi in DJZ. 03, 269 und in DJZ. 05, 494). **§ 252.**

Aus dem gleichen Grunde sind die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats bei der Beschlußfassung über ihre Abberufung stimmberechtigt und wohl auch bei der Frage ihrer Besoldung.

Andererseits kann ein Rechtsgeschäft mit dem Aktionär als Dritten auch dann vorliegen, wenn es sich um Beschlüsse über Mitgliedschaften handelt; z. B., wenn darüber Beschluß gefaßt werden soll, ob einem Aktionär seine Aktien zum Zwecke der Vernichtung zu einem bestimmten Preise abgekauft werden sollen. In diesem Fall darf der Aktionär nicht mitstimmen; wohl aber z. B., wenn einem Bankhaus das Bezugsrecht auf neu auszugebende Aktien gewährt werden soll. Denn nach § 283 Abs. 2 ist die Gesellschaft trotz vorheriger Abrede in ihrer Entschließung völlig frei, so daß der Fall des § 252 nicht vorliegt (vgl. Anm. 25 und dort zit. Erk. des LG. Bochum gegen 6./7. Aufl.). Anm. 27.

Ob Identität des Aktionärs mit der Person, die als Gegenkontrahent auftritt, vorliegt, ergibt der Einzelfall unter Zugrundelegung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Danach ist von der Abstimmung ausgeschlossen der Mitinhaber einer o. H. G., wenn mit dieser kontrahiert wird, der Kommanditist, wenn mit der Kommanditgesellschaft kontrahiert wird; nicht der Aktionär, wenn mit seiner Gesellschaft kontrahiert wird, nicht der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, mit der kontrahiert wird, nicht ein Vereinsmitglied, wenn mit einem rechtsfähigen Verein kontrahiert werden soll, wohl aber das Mitglied eines nicht rechtsfähigen Vereins, wenn mit diesem kontrahiert werden soll; wohl der Komplementar, wenn mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien kontrahiert werden soll, nicht der Kommanditist einer solchen, ersterer obwohl nach u. A. die A.K.G. juristische Person ist, denn immerhin überkommt er alle Schulden sofort und unmittelbar und deshalb greift der Sinn des Gesetzes auf ihn Platz. — Ist die Person, mit der das Rechtsgeschäft geschlossen werden soll, nur Kommissionär eines Aktionärs, soll das Geschäft für Rechnung und im Auftrage dieses Aktionärs geschlossen werden, so ist auch dieser vom Mitstimmen ausgeschlossen. Im Sinne der vorliegenden Vorschriften soll das Rechtsgeschäft mit ihm vorgenommen werden.

4. (Abs. 4.) **Im übrigen ist für die Bedingungen des Stimmrechts und für die Form, in der es auszuüben ist, der Gesellschaftsvertrag maßgebend.** Anm. 28.

a) **Die Form der Ausübung des Stimmrechts,** ob durch Stimmzettel oder durch Zuruf oder Aufstehen und Sitzenbleiben, ist dem Gesellschaftsvertrage vorbehalten. Meist trifft der Gesellschaftsvertrag in dieser Beziehung keine Bestimmung, sondern überläßt solche dem Vorsitzenden. Dieser darf aber nicht nach Willkür verfahren, sondern nach den herkömmlichen Formen parlamentarischer Verhandlungen (Behrend § 122 bei Anm. 9). Näheres hierüber Anm. 12 ff. zu § 256. Eine Abstimmung durch Zuruf (Akklamation) erachtet man in der Praxis meist nur dann für zulässig, wenn sich kein Widerspruch gegen eine solche Abstimmungsart erhebt. Das ist aber nicht richtig. Will der Vorsitzende diese Abstimmungsart wählen, so kann er dies, wenn das Statut nicht entgegensteht, stets tun. Er zählt dann die bejahenden und verneinenden Zurufe und stellt so das Ergebnis der Abstimmung fest. Die Einstimmigkeit eines Beschlusses braucht übrigens nicht gerade durch Zuruf in die Erscheinung zu treten. Es genügt vielmehr jedes Verhalten, das über die ausnahmslose Zustimmung keinen Zweifel läßt (OLG. Dresden in SächsOLG. 22, 167).

b) **Die Bedingungen des Stimmrechts.** Daß auch für diese der Gesellschafsvertrag maßgebend sein soll, steht nicht im Widerspruch mit Abs. 1 u. 2. Denn nur „im übrigen" dürfen die Bedingungen des Stimmrechts festgesetzt werden. Das Statut darf also zwar nicht an dem Grundsatze rütteln, daß jeder Aktie das Stimmrecht gebührt, auch nicht an dem Grundsatze, daß das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann und daß die Vollmacht in Anm. 29.

§ 252. schriftlicher Form gültig sei, und auch die Stimmenthaltungsvorschriften des Abs. 3 dürfen nicht im voraus außer Kraft gesetzt werden. Allein insoweit es bei Anerkennung dieser Grundsätze die Ausübung des Stimmrechts an die Beobachtung gewisser, für alle Aktionäre gleichmäßig geltender Voraussetzungen knüpft, ist es bindend. Das ist der Inhalt des Abs. 4. Eine solche Bedingung, deren Zulässigkeit übrigens § 255 voraussetzt, ist die Bestimmung der Aktienniederlegung einige Zeit vor der Generalversammlung. Dagegen muß eine statutarische Anordnung, daß nur die Aktionäre, die ihre Aktien bereits eine gewisse Zeit besitzen, stimmberechtigt sind, für unzulässig angesehen werden, da nach § 252 jede Aktie, also auch die erst soeben erworbene, das Stimmrecht hat (Bachmann 105; Lehmann-Ring Nr. 9). Es würde daher auch eine Vorschrift, die die im § 255 Abs. 2 bezeichnete Frist zur Niederlegung über einen angemessenen Zeitraum hinaus verlängert, unzulässig sein. Die Bestimmung, daß nur Aktien, die 6 Monate vor der Generalversammlung niedergelegt sind, zugelassen werden, ist eine materielle Beschränkung des Stimmrechts, die § 252 widerspricht.

Anm. 30. Hierbei sind noch zwei Fragen zu erörtern, über deren Beantwortung die Meinungen geteilt sind.

α) Ist die Anordnung von **Zwangsvertretungen** zulässig; kann also bestimmt werden, daß Frauen, Ausländer usw. nur durch Vertreter ihr Stimmrecht ausüben können? Gegen Cosack § 116 IV S. 1 und 6./7. Aufl. ist dies zu verneinen. § 252 gewährleistet in den Worten: „Jede Aktie gewährt das Stimmrecht“ und „das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden“ das Sonderrecht des Aktionärs auf persönliche Mitwirkung bei der Verwaltung (ebenso Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 5; Simon, Festg. 274 und RG. in JW. 04, 73[47], sowie Bd. 55, 41, letzteres in Aufhebung eines Urteils des OLG. Hamburg, abgedruckt in OLGR. 6, 190; vgl. hierzu Gareis in DJZ. 04, 573).

Anm. 31. β) Kann angeordnet werden, daß **Vertretung nur durch einen Aktionär** erfolgen darf? Dies ist (gegen Goldmann Anm. 6; Sieveking bei Gruchot 48, 516) anzunehmen, weil dies als eine im Gesetz nicht verbotene Bedingung der Ausübung des Stimmrechts zu erachten ist (ebenso Lehmann II 165 Anm. 6; Simon, Festg. 271 und die beiden in Anm. 30 zitierten RG.). Nur darf durch eine solche Vorschrift nicht die Ausübung des Stimmrechts unmöglich gemacht werden (vgl. RG. im „Recht“ 03, 395). Eine derartige Statutenbestimmung bezieht sich auch nur auf die wirkliche Vertretung, d. h. auf die Fälle, in denen jemand als bevollmächtigt im Namen eines andern auftritt; nicht, wenn dem Vertreter die Aktien im Wege der Legitimationsübertragung überlassen sind. Dieser ist der Gesellschaft gegenüber berechtigt, die Aktionärrechte im eigenen Namen wahrzunehmen (vgl. Anm. 22).

Anm. 32. **Zusatz 1. Das Recht der Teilnahme an der Generalversammlung.** Das Gesetz erwähnt diesen Begriff nur gelegentlich, ohne besondere Betonung, ohne Begriffsbestimmung und ohne Ausgestaltung im einzelnen. Seine Entwicklung erscheint geboten.

a) Begriff und Verhältnis zum Stimmrecht. Das Stimmrecht ist eine der Befugnisse, die den Inhalt des Teilnahmerechts bilden. Das Teilnahmerecht enthält noch andere Befugnisse: so das Recht zu erscheinen, zu reden, Anträge zu stellen, den Beschlüssen zu widersprechen und sich dadurch die Grundlage der Anfechtung zu schaffen.

Es kann unter Umständen ein Aktionär das Stimmrecht nicht haben, aber daraus folgt noch nicht, daß er nicht alle übrigen Befugnisse des Teilnahmerechts hat. So z. B. hat der, der durch den Beschluß entlastet werden soll, sicherlich das Recht, zu erscheinen, zu diskutieren, zu widersprechen und demzufolge anzufechten (vgl. RG. in JW. 97, 112, 113).

Anm. 33. b) Sind die übrigen Befugnisse des Teilnahmerechts außer dem Stimmrecht statutarischen Beschränkungen zugänglich? Das ist zu bejahen. Es liegt kein innerer Grund zu der Annahme vor, daß die übrigen Teilnehmerrechte in höherem Grade der Bestimmung durch den Gesamtwillen entzogen sein sollen, als das Stimmrecht. Demnach ist anzunehmen, daß die Statuten, wie das Stimmrecht, so auch alle übrigen Teilnahmebefugnisse an bestimmte Voraussetzung knüpfen können, und zwar bis zu der Grenze, daß keinem Aktionär

die Möglichkeit, selbst oder durch einen Vertreter die Teilnahmebefugnisse auszuüben, genommen werden kann (ebenso Rießer, Neuerungen 14, 50; gegen Riesenfeld, Einfluß des neuen Aktienrechts 66). § 252.

Soweit aber das Statut die Teilnahmebefugnisse nicht beschränkt, insoweit bestehen sie unbeschränkt. Grundsätzlich gilt dies auch da, wo das Stimmrecht beschränkt ist, weil eben das Stimmrecht ein von den übrigen Teilnahmebefugnissen verschiedenes Recht ist und jenes fehlen kann, wo diese bestehen (vgl. zu a). Anm. 34.

Indessen läßt sich doch nicht verkennen, daß die Gesellschaftsstatuten oft, wenn sie von Bedingungen des Stimmrechts reden, das ganze Teilnahmerecht im Auge haben, wie ja auch § 255 von der Ausübung des Stimmrechts und von der Teilnahme an der Generalversammlung gleichsam promiscue, jedenfalls ohne bewußte Unterscheidung, spricht. In solchen Bestimmungen wird im Zweifel eine Beschränkung der sämtlichen Teilnahmebefugnisse zu erblicken sein. So z. B., wenn die Ausübung des Stimmrechts von einer vorherigen Aktienniederlegung abhängig ist. Denn auch das Gesetz spricht hierbei von Ausübung des Stimmrechts und meint damit die Teilnahme überhaupt (§ 255 Abs. 2 u. 3). Anm. 35.

c) Das Teilnahmerecht kann persönlich oder durch Vertreter ausgeübt werden. § 252 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung. Es steht aber in dieser Weise nur Aktionären zu. Es können aber durch Generalversammlungsbeschluß auch andere Personen zugelassen werden (Vertreter der Presse, Rechtsbeistände von Aktionären, Syndici der Gesellschaft, Sachverständige). An sich sind die Verhandlungen nicht öffentlich. (Bei Versicherungsgesellschaften ist das Aufsichtsamt befugt, Vertreter in die Versammlungen zu senden, § 65 Abs. 3 PrivVersUntGes.) Anm. 36.

d) Die Teilnahmebefugnisse können durch Klage und einstweilige Verfügung erzwungen werden. Der Registerrichter hat damit nichts zu tun.

Zusatz 2. Auf ältere Gesellschaften aus der Zeit vor dem AGes. von 1884 fand nach § 4 des Gesetzes vom 18. Juni 1884 die Vorschrift des Abs. 1 insofern keine Anwendung, als ihre bisherigen abweichenden Statuten aufrecht erhalten wurden. Dieser § 4 ist zwar jetzt nicht aufgehoben aber auch nicht im Einführungsgesetz wiederholt worden. Aus der Natur der Vorschrift des § 1 aber, die eine Organisationsvorschrift der Gesellschaft ist und die gleichmäßige Behandlung des Aktionärrechts als zwingendes Recht bezweckt, folgt deren Rückwirkung (vgl. Lehmann-Ring Anm. 12; RG. in DJZ. 03, 346; gegen 6./7. Aufl. sowie Goldmann Anm. 30 und OLG. Dresden in OLGR. 2, 516). Anm. 37.

§ 253.

Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind. § 253.

Die Generalversammlung ist, außer den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen, zu berufen, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert.

Der Paragraph bestimmt, durch wen und wie oft die Generalversammlung der Aktionäre zu berufen ist: durch wen in Abs. 1, wie oft in Abs. 2. Nach beiden Richtungen ist die Bestimmung aber nicht erschöpfend. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Durch wen erfolgt die Berufung zur Generalversammlung?** Jedenfalls ist der Vorstand (nicht das einzelne Vorstandsmitglied) hierzu legitimiert. Das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag können „auch" andere Personen dazu bestimmen. Statutarische Bestimmungen über die Erteilung des Berufungsrechts an andere Personen, insbesondere an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, sind daher, auch wenn ihr Wortlaut auf einen ausschließenden Sinn hindeutet, von Gesetzes wegen nur dahin aufzufassen, daß dieses Berufungsrecht neben Anm. 1.

§ 253. dem des Vorstandes besteht. Die durch den Vorstand berufene Generalversammlung ist jedenfalls ordnungsmäßig berufen. (Bei Versicherungsgesellschaften ist auch das Aufsichtsamt zur Berufung berechtigt, § 65 Abs. 3 PrivVersUntGes.)

Anm. 2. Von Gesetzes wegen ist übrigens der Aufsichtsrat neben dem Vorstande stets berechtigt und verpflichtet, die Generalversammlung zu berufen, so oft dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint (§ 246 Abs. 2). Statutarisch können auch andere Personen, wie etwa Prokuristen, Beamte, für berufungsberechtigt erklärt werden. Auch Aktionäre? Dies ist mit Behrend § 121 Anm. 11; Pinner 187; Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 1 anzunehmen, weil das Gesetz keine Ausnahme macht (entgegen 6./7. Aufl.).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Wie oft erfolgt die Berufung?** In erster Linie entscheiden die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen. So ist aus der Vorschrift des § 260 die alljährliche Berufung der sogenannten „ordentlichen Generalversammlung" zu folgern (das Gesetz gebraucht diesen Ausdruck nicht, wohl aber die Praxis allgemein; vgl. auch Behrend § 121 II); im Falle des § 240 ist unverzüglich die Generalversammlung zu berufen. Sonstige Fälle kann das Statut bestimmen.

Anm. 4. Ein äußerst lebhafter Streit, der zu einer vollständigen Klärung der Meinungen bisher nicht geführt hat, ist über die Bedeutung des Abs. 2 des § 253 (der mit § 246 Abs. 2 korrespondiert, indem die gleiche Vorschrift für den Aufsichsrat enthalten ist) in neuerer Zeit entstanden. Die Bestimmung wurde bisher wenig beachtet; nur hat das RG. (35, 83), was an sich selbstverständlich war, Vorstand und Aufsichtsrat, die die Einberufung der Generalversammlung unterlassen hatten, obgleich das Interesse der Gesellschaft sie erfordert hätte, für schadensersatzpflichtig erklärt; allerdings zugleich mit dem Zusatze, daß es, wenn die Einberufung schuldhafterweise unterlassen sei, für gleichgültig erachtet werden müsse, ob die Organe das Geschäft für vorteilhaft gehalten hätten. Immerhin sprach sich das Reichsgericht über die Frage, wann das Interesse der Gesellschaft die Einberufung verlange, nicht aus. Dies Erkenntnis fand in Theorie und Praxis wenig Beachtung; die Vorstände schlossen Geschäfte, die für die Gesellschaft von vitalstem Interesse waren, ab, ohne die Generalversammlung zu befragen. Da entschied das RG. am 3. Mai 02 (abgedruckt bei Holdheim 11, 266 und mit vollständigem Tatbestand eb. 12, 197), daß Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet seien, „sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern, ohne dies auf ihre Gefahr handeln". An einer anderen Stelle spricht die Entsch. davon, daß das Gesetz in „wichtigen" Fällen die Einberufung verlange. Dies Urteil rief durch seine hier wiedergegebene Begründung die lebhafteste Beunruhigung der interessierten Kreise und eine sehr weitgehende literarische Bewegung hervor. Schließlich beschäftigte sich auch der 27. deutsche Juristentag mit der Frage.

Vorweg mag festgestellt werden, daß, soweit bekannt, die Ansicht des RG. auch nicht einen Verteidiger gefunden hat (zum Teil dem RG. zust. Goldmann Anm. 11 zu § 246). Würde der Grundsatz Geltung behalten, so wäre eine Lahmlegung des gesamten Gesellschaftslebens die unausbleibliche Folge. Bei dem reichentwickelten Geschäftsleben kann eine Gesellschaft nicht konkurrieren, wenn sie bei jedem „wichtigen, kostspieligen und riskanten" Geschäft (und welches irgendwie erhebliche Handelsgeschäft ist nicht riskant, wie viele sind nicht kostspielig?) erst den schwerfälligen Apparat der Generalversammlung in Bewegung setzen müßte. Und wie soll es mit den Geschäften stehen, bei denen eine Bekanntmachung der Vorverhandlungen gleichbedeutend mit dem Scheitern der Verhandlungen ist? Wie endlich will eine große Gesellschaft Direktoren finden, die sich zu der unselbständigen Stellung herabdrücken lassen, daß sie nur unwichtige Sachen allein abschließen, im übrigen aber von der Genehmigung der Generalversammlung abhängen?

Alles dies sind ja allerdings nur Bedenken wirtschaftlicher Natur gegen die Sätze des RG., aber, indem das Gesetz von dem „Interesse" der Gesellschaft spricht, zeigt es, daß auch diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte mitzusprechen haben. Die Auslegung des Reichsgerichts

verlangt Undurchführbares; sie zerstört die Erwerbsfähigkeit der Gesellschaften. Sie kann nicht in dem Sinne des Gesetzes liegen und ist daher zu verwerfen. **§ 253.**

Hierüber sind, wie bemerkt, alle Beurteiler einig. Viel schwieriger ist aber die Entscheidung der Frage, wann die Berufung „im Interesse der Gesellschaft" liegt. Hier sind die verschiedensten Ansichten vertreten. Simon (DJZ. 04, 778), ausgehend von seiner Ansicht (vgl. Anm. 7 zu § 250), daß die Generalversammlung nicht das oberste Organ der Gesellschaft ist, will die Organe der Gesellschaft nur dann zur Berufung verpflichten, wenn es sich um Beschlußfassungen über Gegenstände handelt, die nach Statut oder Gesetz der Generalversammlung überwiesen sind. Mit Recht verwirft Lehmann (DJZ. 04, 962 und Rehm in den Verhandlungen des Juristentags Bd. 4, 173) diese Ansicht schon um deswillen, weil dann § 253 Abs. 2 vollständig überflüssig wäre; die Pflicht, die Generalversammlung bei den ihr ausdrücklich zugewiesenen Geschäften zu hören, ist selbstverständlich. Von den Gutachtern des Juristentags haben Staub und Lehmann, letzterer, indem er die Vorschriften über Auftrag auf das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Vorstand anwendet, die Pflicht des Vorstandes zur Berufung auf „ungewöhnliche" oder „außergewöhnliche" Geschäfte beschränkt (ähnlich Staub GmbH. Anm. 6 § 49; Liebmann bei Holdheim 13, 9; Lehmann II 284); Staub mit dem Zusatze, daß die Einberufung auch erfolgen müsse, wenn der Vorstand Anlaß habe oder haben müsse, an der Genehmigung der Generalversammlung zu zweifeln. Demgegenüber nimmt der Referent des Juristentags Rehm die Verpflichtung nur dann als gegeben an, wenn eine Angelegenheit vorliegt, die geeignet ist, den ganzen Bestand der Gesellschaft zu gefährden. Der Juristentag endlich hat entgegen diesen Meinungen auf Rießers Vorschlag beschlossen:

> „Die Einberufung der Generalversammlung gehört zu den in erster Linie dem Vorstand einer Aktiengesellschaft obliegenden Handlungen der Geschäftsführung. Demgemäß hat wie über alle anderen Fragen der Geschäftsführung, so auch über die Frage, ob und wann die Einberufung einer Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, der Vorstand, ev. der Aufsichtsrat nach seinem pflichtmäßigen Ermessen im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, je nach der Lage des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung aller Interessen der Gesellschaft zu entscheiden."

Diesem Beschluß ist insofern sicherlich zuzustimmen, als er die Formulierung des RG., daß bei wichtigen, kostspieligen, riskanten und deshalb (?) das Interesse der Aktionäre besonders berührenden Geschäften (wobei hervorzuheben ist, daß, wie das „und" ergibt, das RG. alle drei Punkte für nötig erachtet), die Einberufung unbedingt erforderlich ist, implicite verwirft. Positiv aber gibt er eine Erläuterung des § 252 nicht. Indem er sagt, daß der Vorstand mit der vorgeschriebenen Sorgfalt entscheiden müsse, wann die Einberufung im Interesse der Gesellschaft liegt, gibt er ein objektives Merkmal nicht. Ein solches läßt sich nur aus dem Verhältnis zwischen Vorstand und Generalversammlung gewinnen. Ersterer ist Verwalter fremden Vermögens, dem als Richtschnur das Statut, insbesondere dessen Vorschrift über den Gegenstand des Unternehmens gegeben ist. Er steht zu der Gesellschaft im Verhältnis eines Geschäftsbesorgers (§ 675 BGB.). Die hiernach auf ihn anwendbaren §§ 665 ff. BGB. ergeben, daß er den Weisungen seines Auftraggebers zu folgen hat. Der Inhalt der dem Vorstand gegebenen Weisung aber ist der, daß er innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Grenzen die Geschäfte zu besorgen hat, und zwar die Geschäfte, die bei einem Betriebe, wie ihn die Gesellschaft hat, gewöhnlich sind. Diese gewöhnlichen Geschäfte, sie mögen kostspielig oder riskant sein, hat er auf Grund der ihm allgemein erteilten Weisung wahrzunehmen. Darüber hinaus aber geht der Auftrag nicht. Die Gesellschafter, die sich einer Gesellschaft angeschlossen haben, haben nicht stillschweigend ihre Zustimmung dazu gegeben, daß der Vorstand alle möglichen, auch im Rahmen des Gesellschaftszwecks liegenden, aber vom Üblichen abweichende Geschäfte eingeht. Das Interesse der Gesellschaft erfordert hier, daß der Vorstand sich zunächst von der Generalversammlung bestätigen läßt, ob sie die erteilte Weisung soweit ausdehnen will. Es ist daher der von Staub und Lehmann ver-

§ 253. tretenen Ansicht der Vorzug zu geben. **Demnach ist der Vorstand verpflichtet, die Generalversammlung in den Fällen einzuberufen, in denen Gesetz oder Statut dies besonders vorschreiben, ferner dann, wenn es sich um Eingehung ungewöhnlicher Geschäfte handelt.** Zu letzteren werden stets die gehören, die den Bestand der Gesellschaft in Frage stellen; nur, daß diese nicht allein es sind, die eine Einberufung notwendig machen. Als Beispiel möge die Umwandlung eines Pferdebahnbetriebes in elektrischen der Beitritt zu einem den Verkauf und Absatz selbständig regelnden Syndikat, das Eingehen einer Interessen- oder Betriebsgemeinschaft, die Finanzierung einer Bahn durch eine Bank usw. dienen.

Bemerkt mag noch werden, daß das OLG. Braunschweig, dessen Entscheidung das RG. in dem vorgedachten Urteil aufgehoben hat, demnächst aus tatsächlichen Gründen, weil auch nach der Begriffsbestimmung des RG. die Einberufung nicht nötig war, seine Vorentscheidung aufrecht erhalten hat (Bauer 12, 201).

Anm. 5. Nehmen die Vorstandsmitglieder davon Abstand, die Generalversammlung in Fällen, in denen dies nach obiger Ausführung nötig ist, zu befragen, so haften sie für etwaigen Schaden (vgl. Anm. 1 zu § 241). Sie können sich nicht durch den Nachweis entschuldigen, daß die Generalversammlung, wenn sie gefragt wäre, zugestimmt hätte (so mit Recht gegen RG. 35, 87, zit. RG. vom 3. 5. 02). Dieser Nachweis ist nicht zu erbringen, denn selbst die Befragung aller Aktionäre könnte nie ergeben, was die Versammlung nach Diskussion und Meinungsäußerung entschieden hätte (Lehmann in Verh. 27. Jur.-Tag I 79 hält den Beweis für schwierig, aber nicht für logisch unmöglich).

Anm. 6. Andererseits muß der Vorstand stets auch bei üblichen Geschäften eine Generalversammlung berufen, wenn er sich bewußt ist, oder bewußt sein muß, daß die Generalversammlung das betreffende Geschäft nicht genehmigen würde; denn dann kann er sich nicht auf den Inhalt der ihm erteilten Weisung, von der er in diesem Fall weiß, daß sie dem Willen seines Machtgebers nicht entspricht, berufen.

Anm. 7. **Zusatz. Aus dem Rechte der Berufung folgt auch das Recht, die Berufung aufzuheben.** Das Organ, das nach dem Gesetze oder den Statuten die Generalversammlung einzuberufen hat, ist mit Wirkung gegenüber den Aktionären befugt, die Berufung rückgängig zu machen (KGJ. 3, 18). Die bloße Nichtteilnahme des Vorstandes an der Generalversammlung aber ist keine Aufhebung. Die einmal berufene Generalversammlung kann vielmehr abgehalten werden, die einmal eingeladenen Aktionäre können ihre Beschlüsse fassen. Nehmen die Gesellschaftsorgane an der von ihnen selbst einberufenen Generalversammlung nicht teil, so mag darin auf ihrer Seite eine Pflichtverletzung liegen, nicht aber eine Vereitelung der Generalversammlung. Diese kann ihren Vorsitzenden selbst wählen und ungehindert tagen.

§ 254.

§ 254. Die Generalversammlung ist zu berufen, wenn Aktionäre, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung der Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines geringeren Antheils am Grundkapitale geknüpft, so hat es hierbei sein Bewenden.

In gleicher Weise haben die Aktionäre das Recht, zu verlangen, daß Gegenstände zur Beschlußfassung einer Generalversammlung angekündigt werden.

Wird dem Verlangen weder durch den Vorstand noch durch den Aufsichtsrath entsprochen, so kann das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die Aktionäre, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Generalversammlung

oder zur Ankündigung des Gegenstandes ermächtigen. Zugleich kann das Gericht über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen. Auf die Ermächtigung muß bei der Berufung oder Ankündigung Bezug genommen werden. § 254.

Die Generalversammlung beschließt darüber, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen.

Der Paragraph gewährt den Aktionären die Möglichkeit, eine außerordentliche Generalversammlung zu erzwingen.

I. **Allgemeiner Charakter der Vorschrift.** Anm. 1.

a) Unterordnung des Rechts. Dieses Recht ist eines der Rechte, das die Motive z. AGes. von 1884 unzutreffend Individualrechte nennen. Es ist eines der dem Aktionär zustehenden gesellschaftlichen Herrschaftsrechte oder Mitverwaltungsrechte. Es ist dem Aktionär aus öffentlichem Recht gegeben und daher eines der unentziehbaren Aktionärrechte, ein sogenanntes Sonderrecht (Anm. 9ff. zu § 250).

b) Die praktische Wichtigkeit des Rechts ist eine außerordentliche. Denn es gibt dem Aktionär die Möglichkeit, in die Verwaltungstätigkeit der ständigen Gesellschaftsorgane wirksam einzugreifen. Ohne dieses Recht würden die Aktionäre nur in den Generalversammlungen Beschlüsse fassen können, die die Gesellschaftsorgane anberaumen (vgl. Anm. 1 u. 2 zu § 253). Anm. 2.

c) Die Natur der Vorschrift. Daß die hier gegebenen Voraussetzungen die Höchstbedingungen des hier gewährten Rechts enthalten, darüber kann kein Zweifel bestehen. Das Recht ist öffentlich-rechtlich und wie unentziehbar, so auch uneinschränkbar. Das Statut kann daher erschwerende Bedingungen nicht aufstellen. Anm. 3.

Aber eine andere Frage ist, ob das Statut leichtere Bedingungen für die Ausübung des Rechts aufstellen kann, oder ob die Vorschriften auch Mindestvorschriften sind. Im Gegensatz zu der von Laus (Gutachten 28) verfochtenen herrschenden Ansicht muß angenommen werden, daß das Statut auch nicht leichtere Bedingungen aufstellen kann (ebenso Lehmann-Ring Nr. 1). Anm. 4.

Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, aus ihrem Zwecke und ihrem Wortlaut. Anm. 5.

Was die Entstehungsgeschichte betrifft, so ist die Vorschrift an die Stelle des früheren, d. h. vor dem AGes. von 1884 in Geltung gewesenen Art. 237 Abs. 2 getreten. Dieser bestimmte, daß Generalversammlungen auch dann berufen werden müssen, wenn ein Aktionär, der den zehnten Teil des Grundkapitals besitzt, die Berufung verlangt. Den Gesellschaftsorganen war hierdurch die unbedingte Pflicht auferlegt, einem solchen Verlangen der Aktionäre zu entsprechen. Sie konnten sonst durch Klage dazu gezwungen werden, ohne daß auch der Richter das gestellte Verlangen auf Zweckmäßigkeit hin zu prüfen berechtigt gewesen wäre (P. 386; vgl. Renaud in BuschA. 45, 43).

Dieser Vorschrift gegenüber enthält die Vorschrift des neuen Gesetzes nicht nur, wie allgemein angenommen wird, eine Vergrößerung der Aktionärrechte (in bezug auf die Höhe des erforderlichen Aktienbesitzes), sondern auch eine Verringerung derselben. Denn nunmehr haben die Aktionäre nicht mehr die unbedingte Möglichkeit, die Generalversammlung zu erzwingen, sondern sind bei Weigerung der Gesellschaftsorgane darauf angewiesen, ob das Gericht, das nicht einmal das ordentliche Prozeßgericht ist, nach freier Prüfung der Zweckmäßigkeit der Maßregel ihrem Antrage stattgibt. Die unbedingte Verpflichtung der Gesellschaftsorgane ist hiernach beseitigt, und zwar wohlbedacht, „um mögliche Chikane, die Verfolgung von Sonderinteressen und sonstige Schädigungen der Gesellschaft auszuschließen“ (Motive z. AGes. von 1884 II 166).

§ 254. Der Gesetzgeber hat hiernach bei Abänderung der Vorschrift des Art. 237 Abs. 2 nicht nur die Absicht gehabt, Erleichterungen zu schaffen, sondern überhaupt den Gegenstand nach neuen Grundsätzen festsetzen wollen, und zwar derart, wie ihm dies aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten am angemessensten erschien, auf der einen Seite im Interesse der Aktionäre, die den Antrag stellen, auf der anderen Seite im Interesse der Gesellschaft und der Gesamtheit der Interessenten.

Soweit daher in der neuen Vorschrift Verringerungen der Aktionärrechte enthalten sind, sind auch diese im Interesse der Gesamtheit als öffentlich-rechtliche gewollt und daher statutarischer Erweiterung nicht fähig.

Diese Folgerung ergibt sich auch daraus, daß das neue Gesetz den prozessualen Zwang der Anberaumung einer außerordentlichen Generalversammlung für unangemessen erachtet und deshalb aufgehoben, das richterliche Ermächtigungsrecht aber an bestimmte Voraussetzungen geknüpft hat, denen das Statut nicht willkürlich andere unterschieben kann. Diese anderen Voraussetzungen würden leges contractus imperfectae sein. Prozessualer Zwang wäre prinzipiell ausgeschlossen und das richterliche Ermächtigungsrecht griffe auf sie nicht Platz.

In Übereinstimmung hiermit befindet sich der Wortlaut der Vorschrift. Wo diese eine Erleichterung durch Statut zulassen will, da hebt sie dies besonders hervor. Das ist in Abs. 1 hinsichtlich der erforderlichen Größe des Aktienbesitzes der Fall. Die Vorschrift wäre unnötig, wenn statutarische Erleichterungen des Rechts überhaupt zulässig wären (zust. Marcus bei Holdheim 15, 16).

Für die folgenden Einzelerläuterungen ist dieses Ergebnis sehr wichtig.

Anm. 6. II. **Der Inhalt der Vorschriften ist folgender:**

1. Das Verlangen an die Gesellschaft auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung (Abs. 1).
2. Das Verlangen an die Gesellschaft auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung (Abs. 2).
3. Die richterliche Ermächtigung (Abs. 3).
4. Die Kosten der Einberufung (Abs. 4).

Anm. 7. 1. (Abs. 1.) **Das Verlangen an die Gesellschaft auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung.**

a) Welches sind die Voraussetzungen des Verlangens? Die Voraussetzung des Verlangens ist nach dem Gesetze keine andere, als die, daß der Antragsteller (denn auch ein Aktionär kann den Antrag stellen) Aktien besitzt, die den 20. Teil des Grundkapitals darstellen. Interimsscheine zählen dabei nach der Nominalziffer, sowohl was die Ziffer des Grundkapitals betrifft, als was die Beträge der Aktien betrifft, auf deren Besitz der Antragsteller sich stützt; Stammaktien sind den Vorrechtsaktien gleich zu achten, und nach keiner dieser Richtungen vermag das Statut Erschwerungen aufzustellen. — Unerheblich ist, ob der Antragsteller bei dem von ihm beabsichtigten Beschlusse mitstimmen darf oder nicht (über widerrechtliche Benutzung fremder Aktien vgl. § 318).

Anm. 8. Wie bei Inhaberaktien der Antragsteller seinen Aktienbesitz den Gesellschaftsorganen zu beweisen hat, ist im Gesetze nicht gesagt. In der Praxis erfolgt der Nachweis, um jeden Zweifel und jede Erörterung abzuschneiden, durch Niederlegung der Aktien bei der Gesellschaft. Diese Hinterlegung kann aber die Gesellschaft nicht verlangen: eine sie fordernde Statutenbestimmung ist ungültig. Dies Verlangen enthält eine Erschwerung. Die Gesellschaft muß sich vielmehr mit jedem anderen Nachweise der Aktionäreigenschaft, z. B. dem Depotschein der Reichsbank oder einer anderen Bank begnügen. Denn es kann sein, daß der Aktionär auf seine Aktien Kredite entnommen hat. Dann gehören sie ihm zwar eigentümlich, und er ist wirklicher Aktionär; gleichwohl kann er von seinem Gläubiger nicht Herausgabe verlangen, und ist daher zur Niederlegung bei der Gesellschaftskasse nicht imstande (Pinner 189; Förtsch Anm. 3 zu Art. 237). Überall ist bei Inhaberaktien nur die Inhaberschaft nachzuweisen, nicht Aktieneigentum. Aber es ist die fortdauernde Eigenschaft bis zur

Generalversammlung und Beschlußfassung nachzuweisen. Es würde nicht genügen, wenn der Antragsteller seine Aktien vorzeigte und sich wieder mit ihnen entfernte. Bei Namensaktien entscheidet die Berufung auf das Aktienbuch. § 254.

Eine Erleichterung kann nach dem vorliegenden Paragraphen das Statut schaffen, nämlich in betreff der Höhe des Aktienbesitzes. Das Statut kann also auch jedem Aktionär, auch wenn er **nur eine** Aktie besitzt, das hier in Rede stehende Recht gewähren. Auch in der Weise kann das Statut Erleichterungen schaffen, daß es einen geringeren Aktienbesitz erfordert, wenn es sich um bestimmte Punkte handelt (z. B. Antrag auf Wahl eines neuen Aufsichtsrats, wenn kein solcher besteht). Anm. 9.

b) **Das Verlangen selbst muß Zweck und Gründe des Antrags enthalten.** Manche Statuten stellen, wohl infolge nachlässiger Fassung, nur das Erfordernis auf, daß der Antrag **den Zweck** der Generalversammlung enthalten müsse. Auch solchen Statuten gegenüber bleibt das gesetzliche Erfordernis bestehen, da das Statut auch Erweiterungen des Rechts nicht anordnen kann (vgl. Anm. 3). Enthält der Antrag daher keine Gründe, so kann er in jedem Falle abgewiesen werden. Die Gesellschaftsorgane brauchen überhaupt nichts darauf zu veranlassen, können aber durch Rückfrage die Gründe feststellen. Anm. 10.

c) **An wen wird das Verlangen gerichtet?** Lehmann-Ring Nr. 2 und Goldmann Anm. 6 meinen im Anschluß an die D. (155), es müsse an alle berufungsberechtigten Organe der Reihe nach oder zu gleicher Zeit gerichtet werden, weil die richterliche Ermächtigung nur ein subsidiärer Rechtsbehelf ist. Das letztere soll zugegeben werden. Allein der Vorstand ist auch in seiner Stellung nach innen, den Aktionären gegenüber, das ständige, geschäftsführende Organ. Wird ihm ein an die Gesellschaft als solche gerichteter Antrag behändigt, so richtet sich dieser zwar in erster Linie an ihn, zugleich aber muß er für verpflichtet erachtet werden, den Antrag den Gesellschaftsorganen zu übermitteln, denen der betreffende Zweig der Geschäftsführung obliegt. Ein an die Gesellschaft zu Händen des Vorstandes gerichteter Antrag genügt daher. Anm. 11.

d) **Das Verhalten der Gesellschaftsorgane.** Trotz des Wortlauts des Gesetzes haben die Verwaltungsorgane nicht die unbedingte Verpflichtung, dem an sie gestellten, den formellen Voraussetzungen entsprechenden, Verlangen zu entsprechen. Denn da das subsidiär anzurufende Gericht gleichfalls zu prüfen hat, ob in concreto das Verlangen als angebracht erscheint, so folgt daraus, daß auch die Gesellschaftsorgane dem Verlangen nicht blind zu entsprechen, sondern es nur dann zu erfüllen haben, wenn es nicht aus Mutwillen oder Chikane gestellt ist. Auch die Statuten können hieran nichts ändern. Anm. 12.

In welcher Zeit sie dem Verlangen zu entsprechen haben, ist nicht gesagt. Keinesfalls früher, als die Antragsteller dies verlangen. Haben diese keine Frist gesetzt, oder haben sie sofortige Anberaumung verlangt, so ist dem Antrage sofort stattzugeben. Was darunter zu verstehen ist und was umgekehrt als übermäßige Verzögerung, die der Ablehnung gleichkommt, gilt, entscheidet der Einzelfall. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, daß die Gesellschaftsorgane erst ordnungsmäßig zu beraten haben, und daß besonders in großen Städten die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht täglich oder stündlich zu einer Sitzung eingeladen werden können. Anm. 13.

Die Statuten bestimmen oft eine Zeit, oft sogar von mehreren Monaten, innerhalb derer dem Antrage stattzugeben ist. Eine solche statutarische Vorschrift ist bedeutungslos. Denn aus dem Gesetze ergibt sich, daß die sofortige Anberaumung Pflicht der Gesellschaftsorgane ist. Dem gegenüber kann das Statut das Recht nicht durch eine Verlängerung der Frist verkürzen, noch auch durch eine Verkürzung der im Einzelfalle angemessenen Frist erweitern (vgl. Anm. 3 ff.). Anm. 14.

2. (Abs. 2.) **Das Recht auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung** hat dieselben Voraussetzungen, wie das in Abs. 1 behandelte Recht. Auch das Verhalten der Gesellschaft ist grundsätzlich im allgemeinen ein gleiches, nur daß hier die Sache schleuniger erledigt werden Anm. 15.

§ 254. muß, da hier kurze Fristen innezuhalten sind (vgl. § 256). Unter der Ankündigung ist hier die Bekanntmachung zu verstehen, nicht die Anzeige an die Gesellschaftsorgane.

Anm. 16. 3. (Abs. 3.) **Die richterliche Ermächtigung.**

a) **Voraussetzung** für diese ist, daß dem an die Gesellschaft gestellten Verlangen weder vom Vorstande, noch vom Aufsichtsrat entsprochen ist, obgleich die Voraussetzungen nach Abs. 1 vorlagen. Der Antrag an das Handelsgericht wird gestellt in einfacher schriftlicher Form, auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 11 FGG.). Zuständig ist das Amtsgericht (§ 145 FGG.). Auch dem Amtsgerichte wird der Nachweis geführt werden müssen, daß der Antragsteller Besitzer der erforderlichen Aktien ist. Eine Frist zur Antragstellung ist nicht vorgesehen. Übermäßige Verzögerung wird jedoch einen Grund zur Versagung bilden.

Anm. 17. b) **Das Verhalten des Gerichts.** Dies kann die Ermächtigung erteilen. Darin und in der Substitution des Handelsgerichts (also jetzt des Amtsgerichts; vgl. Anm. 16) an die Stelle des ordentlichen Prozeßgerichts besteht die wesentliche Neuerung gegen den Rechtszustand vor 1884. Das Wort „kann" bedeutet zunächst, daß trotz des Vorliegens der formellen Voraussetzungen das Gericht nicht verpflichtet ist, dem Antrage stattzugeben. Es bedeutet aber andererseits nicht, daß das Gericht nach seiner Willkür die Ermächtigung erteilen oder versagen darf. Gegen solche Auffassung haben wir auch in einem anderen Falle uns gewendet (vgl. zu § 266). Allerdings hat das Gesetz dort bestimmte materielle Erfordernisse aufgestellt. Allein auch da, wo solche nicht aufgestellt sind, wollen die Gesetze beim weitesten Ermessen der Gerichte nicht richterliche Willkür gestatten. Vielmehr muß in solchem Falle aus dem Geiste der Vorschrift entnommen werden, welche Gesichtspunkte der Richter für maßgebend zu erachten hat. Bei deren Vorliegen ist der Richter verpflichtet, die Anordnung zu treffen. Vorliegend entspricht es dem Geiste des Gesetzes, wenn die Prüfung sich darauf erstreckt, ob die Maßregel etwa leichtfertig oder chikanös erscheint. Wird dies zuungunsten des Antragstellers verneint, dann ist die Ermächtigung zu erteilen, sonst zu versagen (vgl. Planck I 27 und Anm. 2 zu § 37 BGB.).

Dem Beschwerdegericht (vgl. Anm. 26) unterliegt die Nachprüfung der vom Amtsgerichte angestellten Erwägungen.

Anm. 18. Das RGZ. (28 A S. 216) hat im Hiberniafall folgende diese Ausführungen bestätigende Grundsätze aufgestellt:

α) Das Gericht hat nach freiem, pflichtmäßigen Ermessen über den Antrag zu befinden.

β) Der Antrag ist zurückzuweisen, wenn offenbar mißbräuchliche oder rechtswidrige Zwecke verfolgt werden.

γ) Die Frage, wie die Interessen der einzelnen Aktionärgruppen durch den Zweck des Antrags berührt werden und welches Interesse schwerer ins Gewicht fällt, ist nicht bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

δ) Als Zweck ist die Aufhebung eines früheren Beschlusses der Generalversammlung zulässig, selbst wenn die Antragsteller diesen Beschluß als nichtig angefochten haben.

Anm. 19. An dieser Befugnis des Gerichts, nach seinem Ermessen über die Ermächtigung zu entscheiden, kann auch das Statut nichts ändern. Wenn daher einzelne Statuten die Vorschrift enthalten, der Aufsichtsrat müsse, wenn der zwanzigste Teil des Aktienkapitals den Antrag stellt, diesen bewilligen, so ist gleichwohl der Registerrichter nicht verpflichtet, ohne Prüfung der Sachlage die Ermächtigung zu erteilen. Denn abgesehen davon, daß auch Erleichterungen des hier fraglichen Rechts durch die Statuten nicht aufgestellt werden können (vgl. Anm. 3ff.), können Privatabmachungen an die Stelle eines gesetzlich vorgesehenen richterlichen Ermessens nicht eine richterliche Zwangspflicht setzen.

Anm. 20. Das Amtsgericht kann vor Erteilung der Ermächtigung Erhebungen jeder Art anstellen (Mot. I z. AGes. von 1884, 251; § 12 FGG.). Die Anhörung der Gesellschaftsorgane ist geboten, wenn dies tunlich ist (§ 146 FGG.). Bei Erteilung der Ermächtigung wird es zweckmäßigerweise eine Frist bestimmen, bis zu der von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden muß. — Das Amtsgericht kann über die Führung des

Vorsitzes in der Generalversammlung Bestimmung treffen. Das Gericht kann dies auch ohne Antrag tun: negativ (z. B. der Antragsteller darf es nicht sein oder der Vorstand darf es nicht sein) oder auch positiv (durch Bestimmung, wer es sein muß). Diese positive Bestimmung kann wieder eine Bedingung der Ermächtigung sein oder auch eine Forderung, die wenn möglich zu erfüllen ist. § 254.

c) **Das Verhalten des Antragstellers nach erhaltener Ermächtigung.** Anm. 21.

α) Das Gesetz behandelt in dieser Beziehung nur einen Punkt, indem es vorschreibt, daß in der Berufung oder Ankündigung die richterliche Ermächtigung in Bezug zu nehmen ist. Sonst ist sie ungültig. Im übrigen muß die Versammlung auf die statutarisch vorgesehene Weise einberufen werden. Eine Frist, innerhalb deren dies geschehen muß, ist von Gesetzes wegen nicht vorgesehen, kann aber in der Ermächtigung enthalten sein (vgl. Anm. 20). — Für den Saal und die Bestellung der Urkundsperson hat der Antragsteller zu sorgen.

β) Im übrigen aber ist daran festzuhalten, daß die auf richterliche Ermächtigung einberufene Generalversammlung immerhin eine Generalversammlung der Gesellschaft ist, auf die daher im übrigen die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über die Generalversammlungen überhaupt Anwendung finden. Daraus folgt insbesondere: Anm. 22.

Den Vorsitz in der Generalversammlung führt, wenn die Ermächtigung darüber nicht Bestimmung trifft, der, der ihn nach den Statuten führt. Das Verlangen des Einberufers, den Vorsitz zu führen, ist ohne weiteres nicht begründet; er kann lediglich die Versammlung eröffnen. Die Statuten bestimmen allerdings oft, daß der Einberufer den Vorsitz führt. Eine solche Statutenbestimmung ist unbedenklich gültig, aber nicht zweckmäßig. Andererseits ist es auch nicht zweckmäßig, daß die Person, die regelmäßig den Vorsitz führt, ihn auch in dieser Generalversammlung führt. Denn eine solche Generalversammlung ist immer der Ausfluß eines Kampfes zwischen dem Antragsteller und den Organen der Verwaltung. Es ist daher keine Gewähr vorhanden, daß die Verhandlung unparteiisch geleitet wird, wenn der Antragsteller oder ein Mitglied der Gesellschaftsorgane die Leitung übernimmt. Vielmehr erscheint es zweckmäßig, daß die Statuten bestimmen, zunächst habe der Notar die Versammlung zu eröffnen und durch die Generalversammlung selbst einen Vorsitzenden wählen zu lassen. Anm. 23.

Die Berufung muß mit den im Statute vorgesehenen Fristen und den sonstigen dort vorgeschriebenen Einzelheiten erfolgen (hinsichtlich der Aktienniederlegung usw.). Sie kann nur an einen Ort erfolgen, der statutarisch zugelassen ist. Anm. 24.

4. (Abs. 4.) Die Kosten der Vorbereitung der Generalversammlung und ihrer Abhaltung (Inserate, Saalmiete, Notariatskosten) sollte eigentlich die Gesellschaft tragen müssen, da es ja eine Generalversammlung der Gesellschaft ist (der Registerrichter hat keine Entscheidung über die Kosten zu treffen; vgl. Marcus bei Holdheim 15, 17). Aber aus der Vorschrift des Abs. 4 folgt, daß das Gesetz auf anderem Standpunkt steht. Danach „beschließt" die Generalversammlung darüber, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen. Daraus folgt, daß, wenn die Generalversammlung dies nicht beschließt, die Gesellschaft die Kosten nicht trägt, sondern der Antragsteller. Der Antragsteller kann verlangen, daß über diesen Kostenpunkt Beschluß gefaßt wird. Einer besonderen Ankündigung dieses Antrages bedarf es nicht. Der Antragsteller hat Stimmrecht, da kein gesetzlicher Grund, es zu versagen, vorliegt. Beschließt die Gesellschaft, daß die Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen, so kann er sie ohne weiteres von der Gesellschaft ersetzt verlangen, ev. steht ihm ein Klagerecht hierauf zu. Beschließt aber die Versammlung das Gegenteil, so muß er sich damit bescheiden, auch dann, wenn seine Anträge durchgegangen sein sollten; er hat nicht etwa ein Anfechtungs- oder Klagerecht aus dem Grunde, weil seine Einberufung oder Ankündigung zweckmäßig oder gar notwendig war. Anm. 25.

Übrigens bezieht sich Abs. 4 auch auf die Fälle des Abs. 1 und 2 dieses Paragraphen. Entgegengesetzter Ansicht ist das KG. (Holdheim 12, 52), das übrigens

§ 254. zu Unrecht die 6./7. Aufl. als zustimmend anführt. Das KG. verkennt nicht, daß die Aufnahme der Bestimmung des Abs. 4 in einem besonderen Absatz gegen seine Ansicht spricht, erklärt dies aber nur als Ungeschicklichkeit in der Technik. Als entscheidend erachtet es das Wort „tragen"; dies könne sich nicht auf Abs. 1 und 2 beziehen, da es sich dort nicht um Tragen, sondern um Abnehmen bereits gezahlter Kosten handeln könne. Indessen in gleichem Sinne ist das Wort „Tragen" in § 269 Abs. 4 gebraucht, wo es sich, da dort die Gesellschaft klagt, daher zunächst die Kosten zu verauslagen hat, lediglich um Abnahme dieser Kosten handelt. Das Argument ist also nicht beweisend und daher nicht geeignet, den aus der Stellung des Absatzes 4 hervorgehenden klaren Sinn des Gesetzes zu erschüttern.

Anm. 26. **Zusatz 1. Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts** gibt es sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde (§§ 145, 146 FGG.). Die letztere geht an das Oberlandesgericht, in Preußen an das Kammergericht (vgl. § 199 FGG. und Art. 7 preuß. AG. z. FGG.); in Konfliktsfällen ist die Entscheidung dem Reichsgericht zu überlassen (§ 28 FGG.). (Weiteres über die Beschwerde s. Anm. 9 ff. zu § 14.)

Anm. 27. **Zusatz 2. Auf ältere Gesellschaften finden die Vorschriften voll Anwendung**, sowohl auf Gesellschaften vor der Aktienanovelle von 1884 (zust. Ring Anm. 8 zu Art. 237), als auch auf spätere Gesellschaften. Dabei ist es gleichgültig, ob die älteren Statuten erschwerende oder erleichternde Bestimmungen treffen; in beiden Fällen sind die Bestimmungen des neuen Gesetzbuches öffentlich-rechtliche (vgl. oben Anm. 3 ff. u. Anm. 1—4 zu § 178).

§ 255.

§ 255. Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung zu erfolgen. Der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung sind hierbei nicht mitzurechnen.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig gemacht, daß die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt werden, so ist die Frist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen frei bleiben. In diesem Falle genügt auch die Hinterlegung bei einem Notar.

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung der im Abs. 2 bezeichneten Art nicht getroffen, so müssen die Anmeldungen zur Theilnahme an der Generalversammlung zugelassen werden, wenn sie nicht später als am dritten Tage vor der Versammlung erfolgen.

Der vorliegende Paragraph gibt die Mindestfrist für die Berufung der Generalversammlung und die Anmeldung zur Generalversammlung an.

Anm. 1. 1. Für den Fall, daß die Zulassung zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht von einer vorherigen Aktienniederlegung abhängig gemacht ist, ist vorgeschrieben:

a) Die Berufungsfrist beträgt zwei Wochen zwischen Berufung und Generalversammlung, wobei der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung nicht mitzurechnen sind (vgl. über die Berechnung Fleck bei Holdheim 8, 215). Wenn in mehreren Blättern bekannt gemacht ist, beginnt die Frist mit der letzten Veröffentlichung (M. z. AGes. von 1884 I 353; OLG. Dresden in ZHR. 35, 248). Über Feiertage s. Anm. 4.

Anm. 2. b) Die Zulassung zur Teilnahme muß erfolgen, wenn die Anmeldung dazu nicht später, als am dritten Tage vor der Versammlung, erfolgt (Abs. 3). Der Absatz 3 bedeutet einesteils, was unbestritten ist, daß das Statut eine längere Frist für die Anmeldungen, soweit nicht Hinterlegung gefordert ist, nicht vorschreiben darf, dann aber, was Lehmann-Ring Nr. 6; Gold-

mann Anm. 7; Makower Anm. 4 bestreiten, was aber aus dem Wortlaut klar hervorgeht, daß, wenn im Statut eine Bestimmung, wie Abs. 2 sie vorschreibt, nicht enthalten ist, die Teilnahme nur nach einer gemäß Abs. 3 erfolgenden Anmeldung gestattet ist (ebenso Pinner 192). Erfolgt die Anmeldung später, als gesetzlich oder statutarisch vorgeschrieben, so braucht hiernach die Zulassung nicht mehr zu erfolgen. Hierin liegt eine Erschwerung, die das frühere Aktienrecht nicht kannte, aber die Generalversammlung kann auch die später sich anmeldenden Aktionäre zulassen (RG. bei Holdheim 14, 19). Es kann aber jeder Aktionär dieser Zulassung widersprechen und ev. den Beschluß anfechten. Die Statuten können spätere Anmeldungen zulassen. § 255.

c) In allen Fällen muß sich der Aktionär in der Generalversammlung legitimieren; bei Inhaberaktien durch Vorlegung, bei Namensaktien durch Beziehung auf das Aktienbuch; und wenn keine Aktien ausgegeben sind, auf jede seine Eigenschaft als Aktionär beweisende Art. Sonst kann jeder seiner Teilnahme widersprechen. Widerspricht niemand, so ist die Generalversammlung zwar nicht ohne weiteres ungültig; der Registerrichter kann aber unter Umständen den Nachweis verlangen, daß der Beschluß von wirklichen Aktionären gefaßt ist. Dies Recht hat der Registerrichter aus öffentlichrechtlichen Gründen, da er für die Eintragung der Beschlüsse den Nachweis, daß die, die sie gefaßt haben, Aktionäre sind, verlangen und nicht gezwungen werden kann, Beschlüsse einzutragen, die von Nichtaktionären gefaßt sind. Es wird daher das Prüfungsrecht auch nicht fortfallen, wenn das Statut bestimmt, daß die Anmeldung genügt, weitere Legitimation aber nicht gefordert werden darf. Anm. 3.

2. Für den Fall, daß die Zulassung zur Teilnahme (welchen Begriff das Gesetz von Ausübung des Stimmrechts nicht auseinanderhält; vgl. Anm. 32 zu § 252) an der Generalversammlung von einer vorherigen Aktienniederlegung abhängig gemacht ist, müssen für die Hinterlegung zwei Wochen frei bleiben. Es muß hiernach der Zeitraum, welcher zwischen der Hinterlegung und der Generalversammlung zu liegen hat, der Frist von zwei Wochen zugeschlagen werden. Bestimmt z. B. das Statut, daß die Frist für die Berufung auf 19 Tage bemessen ist und daß die Aktien spätestens fünf Tage vor der Generalversammlung, den Tag der letzteren nicht mitgerechnet, zu hinterlegen sind, so sind zwei Wochen für die Hinterlegung frei. Die Einladung erfolgt am 1. Januar, die Generalversammlung am 21; die Hinterlegung muß spätestens am 15. erfolgen; es sind also 14 Tage vom 2. bis 15. zur Hinterlegung frei (RG. bei Bauer 8, 51 und Fleck bei Holdheim 8, 215). Das Gesellschaftsstatut kann diese Frist nicht verkürzen, die Vorschrift ist zwingend. Wohl aber kann die Frist verlängert werden, jedoch nur insoweit, als es im Interesse der Aktionäre zur Ausübung des Stimmrechts nötig erscheint, z. B. wird sich die Verlängerung empfehlen, wenn bekannt ist, daß viele Aktionäre auswärts wohnen; nie aber darf die Verlängerung so weit gehen, daß durch die in ihr enthaltene Notwendigkeit, die Aktien die Hinterlegungszeit hindurch zu besitzen und zu behalten, das Stimmrecht materiell beschränkt wird (Anm. 29 zu § 252). Ob innerhalb der zwei Wochen Feiertage liegen, ist gleichgültig, desgleichen, ob die zwei Wochen mit einem Feiertage endigen. Es muß dann vor dem Feiertage hinterlegt werden. Der § 193 BGB., den Riesenfeld (56) in den Statuten zu beachten mahnt, braucht nicht beachtet zu werden. Diese Vorschrift ist nicht zwingend; sie ist lediglich eine Auslegungsvorschrift (vgl. § 186) und es ist den Statuten unbenommen, das Gegenteil anzuordnen. Auch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Statutenvorschrift, nach der spätestens am 31. Mai zu hinterlegen ist, nicht dahin ausgelegt werden kann, daß nun, wenn der 31. Mai ein Sonntag ist, am 1. Juni hinterlegt werden kann, sondern dahin, daß in diesem Falle am Tage vorher hinterlegt werden muß (ebenso Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 5). Anm. 4.

Die Zulassung erfolgt natürlich nur, wenn die Aktienniederlegung rechtzeitig erfolgt ist. Die Hinterlegung erfolgt gültig auch bei einem Notar und zwar bei jedem beliebigen deutschen Notar. Auch daran kann das Statut nichts ändern. Der Nachweis der erfolgten Hinterlegung muß, wenn im Statut nichts bestimmt ist, in der Generalversammlung geführt werden. Jedenfalls aber kann das Statut nähere Anordnungen treffen, z. B. also bestimmen, Anm. 5.

§ 255. daß die beim Notar erfolgte Hinterlegung nach Ablauf der Niederlegungsfrist nachgewiesen werde. Eine Anordnung, daß der Nachweis innerhalb der Hinterlegungsfrist geführt werde, ist, als eine Verkürzung der Frist enthaltend, unzulässig (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 5; Goldmann Anm. 6). Dagegen kann das Statut bestimmen, daß die Aktien im Hinterlegungsschein nach Gattung und Nummer aufgeführt werden und beim Notar bis nach Ablauf der Generalversammlung verbleiben. Derartige Vorschriften sind nach § 252 Abs. 4 zulässig (Rießer Neuerungen 47; Riesenfeld 68).

Vorschriften über die Form der Hinterlegung beim Notar sind reichsgesetzlich nicht gegeben; nach § 200 FGG. können die Landesgesetze hierüber Bestimmungen treffen. Mangels derartiger Vorschriften ist die Aufnahme eines Protokolls durch den Notar, wie sie der badische Justizminister (Bauer 7, 224) fordert, nicht für nötig zu erachten; es genügt ein vom Notar ausgestellter Hinterlegungsschein.

Werden Aktionäre ohne Widerspruch zugelassen, die die statutarische Anmeldefrist nicht beobachtet haben, so kann hierauf eine Anfechtungsklage nicht gestützt werden (RG. im „Recht" 05, 22).

Anm. 6. Die Bekundung der Hinterlegung durch die Hinterlegungsstellen ist lediglich Bekundung einer Tatsache, nicht eines Hinterlegungsvertrages. Es ist daher trotz § 181 BGB. zulässig, daß Banken, die als Hinterlegungsstellen bezeichnet sind, Hinterlegungsscheine über ihr oder ihren Kunden gehörige Aktien ausstellen (Bondi in SächsA. 14, 657).

Anm. 7. **Zusatz. Über die Form der Berufung** sagt das Gesetz nichts. Hierüber muß das Statut Bestimmung treffen (§ 182 Nr. 5), sonst liegt eine heilbare Nichtigkeit vor (§§ 309, 310). Das Gesetz gibt nur eine Bestimmung; die Berufung soll nach § 256 den Zweck der Generalversammlung enthalten. Im übrigen muß sie erkennen lassen, daß die Aktionäre von der Gesellschaft — kleine Abweichungen in deren Bezeichnung schaden nicht, (RG. 34, 113) — zu einer Generalversammlung geladen werden, sie muß den Ort und die Zeit genau angeben. Von selbst versteht es sich, daß sie in deutscher Sprache erfolgen muß, sofern die Statuten hierüber nicht anders bestimmen. Ob sie öffentlich, oder durch besondere Einladung oder in beiden Formen geschehen muß, muß das Statut bestimmen; das Gesetz verlangt nicht etwa zwingend die öffentliche Einladung. Gewöhnlich wird in der Bekanntmachung hinzugefügt, unter welchen Bedingungen die Aktionäre zugelassen werden (Hinterlegung der Aktien, bis zu welchem Tage zu hinterlegen ist, wie die Hinterlegung zu bewirken ist). Das Gesetz schreibt auch dies nicht vor (RG. in SeuffA. 42, 440), oft schreiben es die Statuten vor, immer aber entspricht es herkömmlichem Entgegenkommen gegen die Aktionäre. Die Hinzufügung von Zulassungsbedingungen, die dem Gesetz oder Statut nicht entsprechen, macht die Berufung ordnungswidrig (Bolze 4 Nr. 808). Über die Folgen ordnungswidriger Berufungen s. Anm. 9 zu § 256.

§ 256.

§ 256. Der Zweck der Generalversammlung soll bei der Berufung bekannt gemacht werden. Jedem Aktionär ist auf Verlangen eine Abschrift der Anträge zu ertheilen.

Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht ordnungsmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; ist für die Beschlußfassung nach den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder des Gesellschaftsvertrags die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreichend, so muß die Ankündigung mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung erfolgen. An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablaufe die Hinterlegung zu geschehen hat.

§ 256.

Zur Beschlußfassung über den in der Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung sowie zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Bekanntmachung der Tagesordnung:** wann sie angekündigt werden soll (Abs. 1), wann sie angekündigt werden muß (Abs. 2) und in welchen Fällen sie nicht angekündigt zu werden braucht (Abs. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Wann soll die Tagesordnung angekündigt werden?** Sie „soll" angekündigt werden bei der Berufung der Generalversammlung. Aber die Bekanntmachung des Zwecks der Generalversammlung ist kein wesentlicher Bestandteil der Berufung (LG. Bochum bei Holdheim 14, 15). Die ohne Tagesordnung einberufene Generalversammlung ist nicht ungültig, wenn nur innerhalb der in Abs. 2 festgesetzten Frist die Veröffentlichung der Tagesordnung erfolgt. Aber die Gesellschaftsorgane sind doch immerhin verpflichtet, die Tagesordnung gleichzeitig mit der Berufung zu veröffentlichen, und verletzen ihre Pflicht und machen sich verantwortlich, wenn sie dies nicht tun.

Anm. 2. Für jede Generalversammlung ist das vorgeschrieben, auch für die ordentliche, obwohl deren Tagesordnung die allgemein übliche ist (Vorlegung der Jahresrechnung, Beschluß über Bilanzgenehmigung, über Entlastung und Dividendenverteilung).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Wann muß die Tagesordnung angekündigt werden?** Regelmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung, ausnahmsweise bei qualifizierten Beschlüssen, d. h. bei solchen, zu deren Gültigkeit die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreicht, mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung. Bei Beschlüssen der letzteren Art ist daher, wenn nach den Statuten die im § 255 vorgesehene Mindestfrist von zwei Wochen für die Zeit zwischen Berufung und Generalversammlung nicht verlängert ist, eine nachträgliche Ankündigung von Anträgen nicht möglich, denn auch hierfür ist ja eine gesetzliche Mindestfrist von zwei Wochen zwischen Bekanntmachung und Generalversammlung vorgeschrieben. Weder die Gesellschaftsorgane können in solchen Fällen nachträgliche Ankündigungen vornehmen, noch auch die Aktionäre gemäß § 254. Deshalb wird den Gesellschaften von Riesenfeld (Einfluß des neuen Aktienrechts 62) mit Recht dringend angeraten, die Frist für die Einberufung der Generalversammlung derart zu regeln, daß vom Ablauf der letzten Hinterlegungsmöglichkeit an zurückgerechnet bis zum Tage der Bekanntmachung des Versammlungstages ein Zeitraum von mindestens 17 oder 18 Tagen frei bleibt. — Verkürzen können die Statuten die Frist des vorliegenden Absatzes überhaupt nicht. Sie wären sonst in diesem Punkte ungültig. Eine Generalversammlung, die im Widerspruch mit dieser Vorschrift abgehalten wird, ist ungültig. Ihre Beschlüsse sind anfechtbar, sie werden aber durch unterlassene Anfechtung gültig, weil es sich um Vorschriften handelt, die zwar zwingend sind, bei denen aber auf die Folgen der Verletzung verzichtet werden kann (vgl. Anm. 13 zu § 252). Dies gilt auch von Beschlüssen auf Anträge, die außerhalb der veröffentlichten Tagesordnung (vgl. Anm. 5) zugelassen sind.

Anm. 4. 3. (Abs. 3.) **In welchen Fällen bedarf es keiner Ankündigung der Tagesordnung?** Der Antrag auf Anberaumung einer außerordentlichen Generalversammlung bedarf keiner Ankündigung. Ein solcher Antrag kann also in jeder Generalversammlung gestellt werden, und jede Generalversammlung, auch eine nach § 254 einberufene, ist berechtigt, einen solchen Antrag zum Beschluß zu erheben. Es kann aber dieser Beschluß nur dahin gefaßt werden, daß eine außerordentliche Generalversammlung zu berufen ist. Es kann zwar auch, wie in Zivilprozessen, in der Generalversammlung selbst die Verhandlung auf einen bestimmten Tag vertagt, aber es kann nicht von einer weiteren Einladung der Aktionäre abgesehen werden. In einer Universalversammlung (Versammlung aller Mitglieder; vgl. Anm. 9) kann das geschehen, wenn die Mitglieder auf Einladung verzichten.

§ 256. Anm. 5. Ferner können ohne besondere Ankündigung Anträge gestellt werden, natürlich nur innerhalb der Tagesordnung. Anträge außerhalb der Tagesordnung zuzulassen, kann der Vorsitzende ablehnen. Faßt aber die Versammlung Beschluß über einen solchen Antrag, so ist ein solcher Beschluß ungültig und wird auch durch unterlassene Anfechtung nicht gültig, es sei denn, daß er in einer Universalversammlung (vgl. Anm. 9) gefaßt wurde; die Beschlüsse einer solchen unterliegen ja überhaupt nicht den Erfordernissen der ordnungsmäßigen Einberufung und Ankündigung. Aber ein Mehrheitsbeschluß solcher Art steht auf der gleichen Stufe, wie ein Beschluß, gefaßt von einer zufällig zusammentretenden oder von einem unzuständigen Organ einberufenen Versammlung von Aktionären (vgl. Anm. 9; ebenso Goldmann Anm. 8).

Anm. 6. Endlich können Verhandlungen ohne Beschlußfassung gepflogen werden, auch wenn keine besondere Ankündigung erfolgt ist. Das Gesetz hat dabei besonders Beschwerden und Aussprachen der Aktionäre im Auge. Die einmal berufene Generalversammlung hat zur Besprechung von Gesellschaftsangelegenheiten Gelegenheit, und diese soll ihnen nicht von Gesellschaftsorganen, denen diese Besprechung vielleicht unbequem ist, durch den Hinweis darauf genommen werden, daß der Gegenstand der Besprechung nicht bekannt gemacht sei.

Anm. 7. **Zusatz 1. In Abs. 1 ist die weitere Vorschrift enthalten, daß jedem Aktionär auf sein Verlangen eine Abschrift der Anträge zu erteilen ist.** Zum Antrage berechtigt ist jeder Aktionär. Daß er dies ist, muß er nachweisen; Vorlegung einer Aktie mit der Bitte um Rücksendung genügt; Hinterlegung der Aktie ist nicht erforderlich. Vorzeigung eines Hinterlegungsscheins genügt ebenfalls. — Mit den Anträgen ist nicht die Tagesordnung gemeint; denn diese wird bekannt gemacht und von der besonderen Mitteilung der Tagesordnung handelt der folgende Paragraph. Gemeint sind vielmehr die zur Tagesordnung etwa schon eingelaufenen, in der Generalversammlung zu stellenden Anträge. — Der Antrag auf Abschrifterteilung muß bis zur Generalversammlung gestellt werden, und solange vorher, als eine solche Abschrifterteilung im ordnungsmäßigen Geschäftsgange erfolgen kann, nicht etwa eine Stunde vor der Generalversammlung. — Die Abschrifterteilung und Zusendung erfolgt kostenlos: Schreibgebühren und Porti dürfen nicht liquidiert werden. — Das Recht ist unentziehbar, also ein Sonderrecht. Das Statut kann daran nichts ändern, kann weder einem bestimmten, noch — und darin liegt die Sonderrechtsnatur des Rechts — allen Aktionären gleichmäßig das Recht entziehen. Die Vorschrift ist insofern zwingenden Rechts. Verletzung dieser Vorschrift hat Anfechtbarkeit des gleichwohl gefaßten Generalversammlungsbeschlusses zur Folge. Denn es muß hier das gleiche angenommen werden, wie bei § 263 (vgl. zu § 263). Selbstverständlich fällt die Anfechtbarkeit fort, wenn die Verletzung der Vorschrift im gegebenen Falle auf die Beschlußfassung ohne Einfluß war (s. hierüber zu § 271). Ebenso hat unterlassene Anfechtung Gültigkeit des Beschlusses zur Folge; denn die Vorschrift ist zwar zwingend, aber doch von der Beschaffenheit, daß auf die Rechtsfolgen der Verletzung verzichtet werden kann (vgl. Anm. 13 zu § 252). Die Abschrifterteilung kann durch Klage und einstweilige Verfügung erzwungen werden.

Anm. 8. **Zusatz 2. Über den Inhalt der Tagesordnungs-Ankündigung** hat das Gesetz nur in einem Falle besondere Vorschriften gegeben, bei der Änderung der Statuten (§ 274 Abs. 3). **Im allgemeinen** gilt folgendes:

Der Zweck der Generalversammlung, genannt die Tagesordnung, muß, wenn auch in aller Kürze, doch derart klar und deutlich bezeichnet sein, daß jeder Aktionär weiß, worüber verhandelt und ev. Beschluß gefaßt werden soll, und sich daher gehörig darauf vorbereiten kann (OLG. Dresden in ZHR. 35, 248; RG. in JW. 01, 659[26]; LG. Bochum bei Holdheim 14, 15; OLG. Hamm eb. 14, 306: „Die Bekanntmachung genügt, wenn der Aktionär bei normaler Einsicht aus ihr entnehmen kann, worum es sich bei der Bekanntmachung handelt"). — Nur den Gegenstand der Beratung und Beschlußfassung, nicht aber die auf diesen Gegenstand bezüglichen Anträge muß die Tagesordnung enthalten (OLG. Köln in ZHR. 37, 553; vgl. RG. 17, 173) oder, wie das RG. (JW. 97, 246) sagt, nicht die speziellen Ausführungen des Gegenstandes, dessen nähere Modalitäten und Konsequenzen; sonst würde die Stellung und Annahme von Zusatzanträgen

(Amendements) nicht möglich sein (vgl. näheres hierüber Anm. 11). Beispiele gültiger Tagesordnungen: Genehmigung der Jahresbilanz; Entlastung des Vorstands und Aufsichtsrats; Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern; Veräußerung eines Gesellschaftsgrundstücks; Erhebung von Ansprüchen aus der Gründung. Nicht für genügend erklärt hat das RG. (JW. 01, 659[26]): Beschlußfassung über die Wahl eines Direktors, weil nicht zu ersehen sei, durch welche Vorgänge die Neuwahl nötig geworden ist. — Für Abänderungen des Gesellschaftsvertrages gilt die strengere Vorschrift des § 274 Abs. 2, also auch für Kapitalserhöhungen und Herabsetzungen. Es genügt hier demnach ebensowenig die allgemeine Ankündigung „Statutenänderung", wie die Bezeichnung der zu ändernden Paragraphen. Bei Kapitalserhöhungen z. B. genügt folgende Bekanntmachung: Beschlußfassung über Erhöhung des Aktienkapitals um 1 Million Mk. durch Ausgabe von 1000 Inhaberaktien à 1000 Mk., ferner Beschluß über die Modalitäten der Aktienausgabe (vgl. Anm. 3 zu § 282); endlich Änderung des § 1 der Statuten durch Richtigstellung der Grundkapitalsziffer (oder entsprechende Änderung des § 1 der Statuten). Hinzu kommen muß noch im Fall des § 278 Abs. 2: Beschlußfassung der Besitzer der Aktien Lit. A in gesonderter Abstimmung über die Kapitalserhöhung. Für Kapitalsherabsetzungen vgl. Anm. 11 zu § 288. Bei dem Vorhandensein von Aktien mit verschiedenen Berechtigungen sind die §§ 275 Abs. 3, 278 Abs. 3, 288 Abs. 3 zu berücksichtigen. **§ 256.**

Ist der Zweck nicht gehörig bekannt gemacht, so ist der Beschluß ungültig und anfechtbar, wird aber durch unterlassene Anfechtung gültig (§ 271).

Zusatz 3. Folgen der ordnungswidrigen Berufung. Anm. 9.

Hier ist zu unterscheiden der Fall der Berufung durch ein unzuständiges Organ und der Fall der ordnungswidrigen Berufung durch das zuständige Organ.

Im ersteren Falle liegt eine Generalversammlung überhaupt nicht vor, weil auch eine Berufung nicht vorliegt (vgl. Petersen-Pechmann 219). Beschlüsse, die trotzdem in einer solchen Versammlung gefaßt sind, sind ungültig, brauchen nicht angefochten zu werden und werden durch unterlassene Anfechtung nicht gültig. Anders natürlich, wenn sämtliche Aktionäre erschienen waren (**Universalversammlung**) und mit Einstimmigkeit Beschluß faßten (RGSt. 29, 384). Indes auch, wenn der Beschluß nicht einstimmig gefaßt wurde, aber kein Aktionär der Beschlußfassung widersprochen hat, ist solche Universalversammlung auch ohne gültige Einberufung gültig. Selbstverständlich müssen auch die Beschlüsse der Universalversammlung öffentlich verlautbart sein (§ 259). Als anwesend gelten auch die Aktionäre, die den Vorschriften des Statuts gemäß vertreten sind. Auch hier ist die Aufstellung einer Präsenzliste nötig (RG. bei Bauer 13, 56).

Hat aber das zuständige Organ berufen, jedoch ordnungswidrig, so ist die Generalversammlung zwar auch ungültig; aber nach § 271 gilt eine solche Versammlung doch immerhin als Generalversammlung. Die in ihr gefaßten Beschlüsse unterliegen der Anfechtung, und diese Anfechtung ist an eine Frist gebunden, deren Ablauf die Gültigkeit zur Folge hat. Immerhin muß außerdem jedenfalls eine solche Einberufung vorliegen, die allen Beteiligten die Möglichkeit einer Teilnahme gewährt hat. Andernfalls liegt eine Generalversammlung überhaupt nicht vor. Über Universalversammlungen s. den vorigen Abs. a. E.

Ob bei Beschlüssen, die der Eintragung bedürfen, die Sache anders liegt, ob hier der Registerrichter ein selbständiges Recht hat, die Ordnungswidrigkeit der Berufung zu rügen, darüber s. zu § 271.

Zusatz 4. Wer den Vorsitz in der Generalversammlung führt und nach welchen Regeln der Vorsitzende die Generalversammlung zu leiten hat, hat das Gesetz nicht bestimmt. Anm. 10.

1. **Wer hat den Vorsitz zu führen?** Das Gesetz deutet an, daß es davon ausgeht, daß die Generalversammlung einen Vorsitzenden haben muß (§§ 258 u. 254 Abs. 3). Fast durchgängig ist in den Statuten der Vorsitzende des Aufsichtsrats zum Leiter der Generalversammlung bestimmt. Enthält das Statut keine Bestimmung, so hat die Generalversammlung einen Vorsitzenden zu wählen (vgl. Behrend 822; Pinner 188). Ebenso wenn der statutarische Vorsitzende verhindert ist oder sich weigert, den Vorsitz zu führen. Es kann nicht etwa der statutarische Vorsitzende einen anderen einsetzen. Dadurch, daß der Antrag sich gegen ihn

§ 256. richtet, wird er nicht unfähig, den Vorsitz zu führen. Über den Vorsitz im Falle des § 254 s. dort Anm. 23. (Für Versicherungsgesellschaften vgl. § 65 PrivVersUntGes.)

Anm. 11. 2. **Zur Verhandlung in der Generalversammlung ist erforderlich, daß Anträge gestellt werden.** Die Bekanntmachung der Tagesordnung ist nicht Antragstellung, sondern Ankündigung von Anträgen, auch dann, wenn sie in die Form eines bestimmten Antrages gefaßt ist (OLG. Köln in ZHR. 37, 553). Innerhalb der Tagesordnung können beliebige Anträge gestellt werden (vgl. Anm. 8). Wenn z. B. die Tagesordnung lautet: Entlassung eines Aufsichtsratsmitglieds, so kann, auch wenn Schulze damit gemeint war, doch in der Versammlung beantragt werden, Müller zu entlassen. Auch wenn die Tagesordnung die Form eines bestimmten Antrages hatte, können Anträge, die ihn ändern oder ergänzen (Amendements), gestellt werden (OLG. Köln a. a. O.; Behrend 822 Anm. 23; RG. in JW. 97, 246). Dies gilt auch trotz der Vorschrift des § 274 Abs. 2 bei Statutenänderungen. Lautete z. B. der Antrag auf Erhöhung des Aktienkapitals um 2 Millionen Mark, so kann in der Versammlung der Antrag gestellt werden, das Aktienkapital solle um 3 Millionen erhöht werden, und es kann demgemäß beschlossen werden. Lautet der Antrag, die Aktien sollen von 3 zu 2 zusammengelegt werden, so ist der Antrag in der Versammlung zulässig, sie von 5 zu 2 zusammenzulegen. Innerhalb der Tagesordnung und ehe der betreffende Punkt verlassen ist, kann auch ein gestellter, aber zurückgenommener Antrag von demselben oder einem andern Aktionär wieder aufgenommen werden. Ist dagegen über einen Antrag Beschluß gefaßt, so ist der betreffende Punkt der Tagesordnung erledigt, und es kann ein Wiederaufhebungsantrag nicht in derselben Sitzung zugelassen werden. Das bedarf vielmehr erneuter Ankündigung. Denn inzwischen können Aktionäre die Versammlung mit Rücksicht auf die Erledigung dieses Punktes verlassen haben.

Anm. 12. 3. **Die Leitung der Versammlung.**

a) Zunächst ist zu betonen, daß der Vorsitzende nur die Verhandlungen zu leiten und dahin zu wirken hat, daß ordnungsmäßig beraten und beschlossen wird. Dagegen steht ihm nicht die Befugnis zu, die Verhandlung eigenmächtig zu vertagen oder zu schließen. Will er die Verhandlung nicht mehr leiten, so mag er den Vorsitz niederlegen und die Versammlung wählt einen anderen Vorsitzenden (vgl. Anm. 10). Nimmt er überhaupt nicht teil, so liegt darin noch nicht eine Zurücknahme der Berufung (Anm. 7 zu § 253). Er darf auch nicht die Verhandlung oder Abstimmung über einen Antrag ablehnen, weil er ihn für unbegründet hält.

Anm. 13. b) **Nach welchen Regeln hat die Leitung zu erfolgen?** In erster Linie entscheidet hierüber der Gesellschaftsvertrag. Aber bei dem empfindlichen Mangel, den die Statuten der Aktiengesellschaften in dieser Hinsicht aufweisen, fragt es sich, was sonst für die Leitung der Versammlung maßgebend ist. Behrend (822) gibt hierauf die Antwort:

„Eventuell ist auf die allgemeinen Grundsätze über die Handhabung parlamentarischer Versammlungen zurückzugehen" (ähnlich Lehmann II 182 Anm. 1, der aber die Einzeldurchführung dieses Grundsatzes in den folgenden Erörterungen für zu weitgehend erachtet).

Bei der Wichtigkeit dieser Frage ist diesem Ausspruche näherzutreten.

Es fragt sich: α) Ist es zutreffend, daß subsidiär die allgemeinen parlamentarischen Regeln in Anwendung zu bringen sind? β) Kraft welcher Rechtsquelle sollen dieselben gelten? γ) Welche Regeln sind als allgemeine parlamentarische Regeln anzuerkennen? δ) Kann auf die Verletzung der allgemeinen parlamentarischen Regeln die Anfechtungsklage gestützt werden?

Anm. 14. Zu α) Es ist zutreffend, daß ev. **die allgemeinen parlamentarischen Regeln** für die Leitung der Generalversammlung anzuwenden sind. Zunächst muß ein Recht der Aktionäre auf Verhandlung, nicht nur auf Beschlußfassung, angenommen werden. Der Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen ergibt, daß die Einladungen zur Generalversammlung nicht nur zum Zwecke der Beschlußfassung sondern auch zum Zwecke der Verhandlung erfolgen (vgl. auch RG. 36, 26). Ist dies aber der Fall, so muß weiter angenommen werden, daß nach allgemeinen parlamentarischen Regeln verhandelt werden muß. Denn irgendeine Ordnung

muß herrschen, der Vorsitzende soll nicht nach Willkür, sondern nach Gerechtigkeit leiten. **§ 256.** Soll aber irgendeine Ordnung herrschen, so kann es nur die sein, die sich aus der Übertragung von allgemeinen parlamentarischen Regeln ergibt. So kann auch der, der Gelegenheit hat, Generalversammlungen beizuwohnen, beobachten, wie die Versammlung sich immer dann beugt, wenn der Vorsitzende eine allgemeine parlamentarische Regel zur Anwendung bringt, und unwillig wird, wenn eine solche verletzt wird. Das Reichsgericht (RG. 36, 24) stellt den weiteren Grundsatz auf, daß der Vorsitzende (und auch die Generalversammlung) die Grenzen der Erörterung nicht so eng ziehen darf, daß dadurch eine sachgemäße Erörterung unmöglich gemacht wird. Es hat hiernach der Vorsitzende (ev. die Generalversammlung) die Grenzen innezuhalten, die in jedem einzelnen Falle für eine sachgemäße Erörterung geeignet erscheinen; wird hiergegen verstoßen, so ist dies eine Gesetzesverletzung, die zur Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses führt. Verletzt wird man aber den Grundsatz nur halten dürfen bei offensichtlicher Abschneidung der Möglichkeit einer sachentsprechenden Erörterung (vgl. RG. bei Bauer 11, 222). Dem Ermessen der Leitung muß ein gewisser Spielraum gelassen werden.

Zu β) **Kraft welcher Rechtsquelle** gelten die allgemeinen parlamentarischen Regeln? Wird die Geltung der allgemeinen parlamentarischen Regeln für die Generalversammlungen angenommen, so kann die Rechtsquelle dieser Geltung nur ein Handelsgewohnheitsrecht sein. Zu dieser Annahme zwingt die historische Entstehung der Geltung dieser Regeln (dagegen Lehmann-Ring Anm. 1 zu § 258, der ein Handelsgewohnheitsrecht nicht anerkennen will). Anm. 15.

Zu γ) **Welche Regeln** sind als parlamentarische Regeln anzuerkennen? Bei der Beantwortung dieser Frage muß mit größter Vorsicht verfahren werden. Es dürfen nur solche in unseren Parlamenten geltende Grundsätze übertragen werden, die ihren Grund lediglich in den Geboten der Ordnung und Gerechtigkeit haben und die derart beschaffen sind, daß man sagen kann: eine andere Regelung der betreffenden Frage sei schlechterdings nicht möglich. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man folgende allgemeine parlamentarischen Regeln aufstellen: Anm. 16.

$\alpha\alpha$) Kein Mitglied der Versammlung darf sprechen, ohne vorher das Wort verlangt und vom Vorsitzenden erhalten zu haben (§ 42 der Geschäftsordnung des Reichstags; § 43 der Geschäftsordnung des Preußischen Abgeordnetenhauses; § 64 der Geschäftsordnung der Württembergischen Kammer der Abgeordneten; Art. 38 der Geschäftsordnung der Kammer der Abgeordneten von Bayern). Die Folge ist, daß eine Anfechtung des Beschlusses darauf nicht gestützt werden kann, daß der Vorsitzende jemandem zu reden nicht gestattet, der sich nicht zum Worte gemeldet hat (vgl. Anm. 29). Anm. 17.

$\beta\beta$) Der Vorsitzende hat dem das Wort zu erteilen, der nach Eröffnung der Erörterung zuerst darum nachsucht. Diese reine Prioritätsordnung muß überall dort gelten, wo etwas anderes nicht vorgeschrieben ist. So gilt sie auch im Reichstage (§ 47) und in Bayern (Art. 39). In anderen Parlamenten wechseln die Redner für und wider ab (Preußen § 47; Württemberg § 68). Aber, wie gesagt, jede Abweichung von der reinen Prioritätsordnung kann nur dann gelten, wo sie angeordnet ist; denn jede Abweichung ist Willkür und kann zu Ungerechtigkeiten führen. Wird dies als allgemeine parlamentarische Regel anerkannt, so ist der Vorsitzende nicht befugt, irgendeine andere Reihenfolge walten zu lassen, als die nach der Anmeldung, damit er nicht durch eine ungeschickte Reihenfolge der Reden die Entschließung beeinflusse. Jede Verletzung dieser Regel würde die Anfechtung begründen (vgl. Anm. 29). Anm. 18.

Der Vorsitzende darf dem Redner auch nicht willkürlich das Wort entziehen. Er kann ihm allerdings gebieten, sich innerhalb des parlamentarischen Anstandes zu bewegen, und dann, wenn diese Ermahnung nicht hilft, ihm das Wort entziehen. Verletzung dieser Regel begründet die Anfechtung, die sich aber nur auf reine Willkür stützen kann, eine Nachprüfung des Ermessens des Vorsitzenden findet nicht statt (vgl. Anm. 29). Anm. 19.

§ 256.

Anm. 20. γγ) **Will der Vorsitzende selbst an der Erörterung teilnehmen, so muß er den Vorsitz niederlegen.** Das gilt allgemein (Reichstag § 42; Preußen § 43; Württemberg § 71; Bayern Art. 38) und darf als allgemeine parlamentarische Regel betrachtet werden. An der Abstimmung aber darf der Vorsitzende sich beteiligen.

Anm. 21. δδ) **Persönliche Bemerkungen sind erst am Schlusse gestattet.** Dies muß, obwohl Württemberg (§ 71) gerade umgekehrt zur persönlichen Bemerkung stets das Wort gestattet, dennoch als derart selbstverständliche, allgemeine parlamentarische Regel betrachtet werden, daß die Übertragung auf die Generalversammlung unbedenklich ist (vgl. Reichstag § 44; Preußen § 45; Bayern Art. 40). Unter persönlichen Bemerkungen sind solche zu verstehen, die zur Abwehr eines persönlichen Angriffs dienen (Bayern Art. 40).

Anm. 22. εε) **Zu Bemerkungen zur Geschäftsordnung ist jederzeit das Wort zu erteilen.** Sie würden sonst ihren Zweck verfehlen (Reichstag § 44; Preußen § 45; Bayern Art. 40).

Anm. 23. ζζ) **Schluß der Debatte.** Tritt dieser nicht von selbst ein, so entsteht die Gefahr, daß die Abstimmung durch immerwährendes Reden unmöglich gemacht wird. Hier muß es als allgemeine parlamentarische Regel gelten, daß zwar nicht der Vorsitzende, wohl aber die Versammlung auf den Antrag eines ihrer Mitglieder beschließen kann, daß die Debatte geschlossen werde, ehe die Rednerliste erschöpft ist. Dem Zwecke einer solchen Regel nach kann es auch nicht gestattet werden, dauernd für oder gegen den Schlußantrag zu sprechen, sonst würde sich hieraus eine Schraube ohne Ende ergeben (vgl. Reichstag § 53; Bayern Art. 44; Preußen § 54); nur wird man der Übung gemäß einen Redner für, einen gegen den Schlußantrag zulassen. Wird aber durch den angeordneten oder beschlossenen Schluß der Debatte die sachliche Erörterung überhaupt unmöglich gemacht, so liegt darin eine Rechtsverletzung (vgl. oben Anm. 14).

Anm. 24. ηη) **Von mehreren Anträgen ist der weitergehende zur Abstimmung zuerst zu stellen.** Diese Regel liegt in der Natur der Sache und gilt allgemein, auch dort, wo sie nicht in die Geschäftsordnung ausdrücklich aufgenommen ist (vgl. Württemberg § 78; Bayern Art. 46). Dabei ist der Antrag auf Vertagung immer der weitgehendste.

Anm. 25. ϑϑ) **Jeder Redner muß in deutscher Sprache reden.** Das gilt als allgemeine parlamentarische Regel für die deutschen Parlamente und muß auch für Generalversammlungen gelten. Es kann von den Teilnehmern einer deutschen parlamentarischen Versammlung verlangt werden, daß jeder in der allgemeinen Landessprache sich ausläßt, damit jeder ihn versteht und imstande ist, den Redner zu widerlegen. Bei dem Einverständnis aller, einschließlich der Urkundsperson, wird dem Gebrauche einer fremden Sprache aber nichts entgegenstehen.

Anm. 26. ιι) Daß in freier Rede gesprochen werden muß, ist (entgegen der 6./7. Aufl.) nicht anzunehmen. Für Parlamente mag diese Vorschrift ihren Sinn haben, für Generalversammlungen, an denen den Aktionären wohl nicht immer die notwendige rednerische Begabung eignet, muß es gestattet sein, daß der, der etwas vorbringen will, es sich vorher ausarbeitet und verliest; eine entgegenstehende Vorschrift würde den der Rede nicht Mächtigen ihr Recht entziehen.

Anm. 27. κκ) **Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats können keineswegs verlangen, daß ihnen jederzeit das Wort erteilt wird.** Eine entsprechende Anwendung der gleichen Vorschrift betreffend die Vertreter der Regierung in den Parlamenten ist nicht gestattet.

Anm. 28. λλ) **Die Entscheidungen des Vorsitzenden sind endgültig** (vorbehaltlich der Anfechtung; vgl. Anm. 29). Keineswegs kann angenommen werden, daß die Anordnungen des Vorsitzenden nur vorläufige seien und man stets das Recht habe, die Versammlung selbst entscheiden zu lassen. Denn das würde darauf hinauslaufen, daß über die Leitung der Geschäfte die Mehrheit entscheidet. Ist es aber schon nicht zu umgehen, daß bei der **Abstimmung** die Macht entscheidet, so soll doch wenigstens bei der **Verhandlung** selbst

die Gerechtigkeit entscheiden. Dies durch eine unparteiische Leitung zu bewirken, ist die Aufgabe des Vorsitzenden, der die Minderheit gegen die Mehrheit gerade schützen soll. **§ 256.**

Der Vorsitzende hat ferner die Vorprüfung der Legitimation und der Beschlußfähigkeit.

δ) **Kann auf die Verletzung der allgemeinen parlamentarischen Regeln die Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse der Generalversammlung gestützt werden?** Das muß bejaht werden, wenn man, wie dies hier geschieht, annimmt, daß diese Regeln kraft Gewohnheitsrechts gelten (Anm. 15); darüber, daß Verletzungen gewohnheitsrechtlicher Normen Gesetzesverletzungen im Sinne des § 271 sind, s. zu § 271. In dieser Anfechtungsmöglichkeit liegt das Schwergewicht dieser ganzen Frage und das wichtigste Ergebnis unserer Untersuchung. Anm. 29.

4. **Die Verhandlung kann durch Mehrheitsbeschluß auch vertagt werden.** Das bedeutet: die Generalversammlung kann beschließen, daß über den betreffenden Gegenstand heute nicht beraten und nicht beschlossen werden soll. Es kann aber nicht etwa kurzerhand, wie im Zivilprozesse, eine neue Versammlung angesetzt und dann von weiterer Berufung abgesehen werden. In einer Universalversammlung mit Einverständnis aller kann das allerdings geschehen (vgl. Anm. 4). — Über die Vertagung der ordentlichen Generalversammlung s. § 264. Anm. 30.

5. Das Statut kann selbstverständlich überall anders bestimmen. Alsdann kann auch die Generalversammlung hieran nichts ändern. Doch wird ein abweichendes Verfahren durch unterlassene Anfechtung gültig (vgl. zu § 271). Anm. 31.

6. **Über Abstimmungsregeln** s. Anm. 28 zu § 252.

Zusatz 5. Über den Ort der Generalversammlung sagt das Gesetz gleichfalls nichts. Die Statuten enthalten aber darüber gewöhnlich ausreichende Bestimmungen. Daß die Statuten notwendig einen Ort im Gerichtssprengel des Gesellschaftssitzes bestimmen müssen, wie Völderndorff (im WBürgR. 4, 170) annimmt, ist gesetzlich nicht begründet. Der Privatautonomie ist vielmehr keine Schranke gesetzt (zust. Pinner 186). Nur wird man annehmen müssen, daß ein Ort im Inlande gewählt sein muß, schon deshalb, weil sonst die gerichtliche oder notarielle Form nicht beobachtet werden kann. Denn damit sind hier Urkunden deutscher Beamten gemeint (zust. Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 255). Hat das Statut keinen Ort bestimmt, so ist damit nicht gemeint, daß die Gesellschaftsorgane die Aktionäre an einen beliebigen Ort berufen können. Vielmehr ist das Schweigen dahin auszulegen, daß der Gesellschaftssitz der Ort der Generalversammlung sein soll (zust. RG. 44, 8; OLG. Karlsruhe DJZ. 99, 468; Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 255; Goldmann Anm. 2 § 255; anders Gareis Anm. 10 zu § 182; Lehmann II 172). Delegation der Bestimmung an Vorstand oder Aufsichtsrat ist zulässig. Anm. 32.

§ 257.

Jeder Aktionär, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt, kann verlangen, daß ihm die Berufung der Generalversammlung und die Gegenstände der Verhandlung, sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt, durch eingeschriebenen Brief besonders mitgetheilt werden. Die gleiche Mittheilung kann er über die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse verlangen. **§ 257.**

Der vorliegende Paragraph gibt den Aktionären ein weitgehendes Recht auf besondere Mitteilungen.

1. Dieses Recht ist von dem Rechte verschieden, das § 256 Abs. 1 Satz 2 gibt. Dort ist jedem Aktionär, der seine Aktionäreigenschaft irgendwie nachweist (nicht gerade durch Hinterlegung einer Aktie), das Recht auf abschriftliche Mitteilung der Anträge gewährt. Das vorliegende Recht ist nur dem hinterlegenden Aktionär gegeben und bezieht sich nicht auf die Anträge, sondern auf die Mitteilung der Berufung, der Tagesordnung und der gefaßten Beschlüsse. Anm. 1.

2. **Das Recht steht jedem Aktionär zu, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt.** Das Recht wird dadurch geltend gemacht, daß ein Aktionär eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt Anm. 2.

§ 257. und hierbei das Verlangen zum Ausdruck bringt, daß ihm die betreffenden Mitteilungen gemacht werden. Das Verlangen kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Es muß in jedem Falle besonders gestellt werden. Mit Rücksicht auf den Zweck der von der Reichstagskommission eingefügten Vorschrift, den Aktionären ein Mittel zu geben, die oft nur im Reichsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen nicht zu übersehen, ist entgegen der 6./7. Auflage anzunehmen, daß der Aktionär berechtigt ist, bei dauernder Hinterlegung einer Aktie eine jedesmalige Nachricht gemäß § 257 zu verlangen (ebenso Lehmann-Ring Nr. 5; Goldmann Anm. 8).

Anm. 8. 3. **Ist das Verlangen rechtmäßig gestellt**, so muß ihm die Gesellschaft entsprechen. Der Aktionär kann darauf klagen, auch durch einstweilige Verfügung die Erfüllung der Pflicht erzwingen. Hinsichtlich der Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses, der ohne besondere Mitteilung der Tagesordnung gefaßt ist, gilt das gleiche, wie im § 256 Anm. 7. — Die Abschriftsmitteilung und Zusendung hat kostenlos zu erfolgen (Makower Anm. 2; Pinner 194). Da auch, wenn die Aufforderung nicht allgemein gestellt ist (Anm. 2), die Rücksendung der Aktie erfolgen muß, so entspringen hieraus nicht unerhebliche Umständlichkeiten und Kostenpflichten für die Gesellschaft, denn die Rücksendung von Wertpapieren muß in angemessener Weise, mindestens durch eingeschriebenen Brief erfolgen. — Die Verpflichtung erstreckt sich auch auf den Fall des § 254. Überall aber besteht die Verpflichtung zur Mitteilung der Berufung und der Gegenstände der Verhandlung. Selbstverständlich nur in den Fällen, in denen nicht schon nach den Statuten eine besondere Einladung der Aktionäre erfolgt. Das Statut kann dies ja neben der öffentlichen Bekanntmachung oder auch statt derselben anordnen. Es kann nicht etwa umgekehrt aus § 257 herausgelesen werden, daß das Gesetz hiermit implicite bestimmen wolle, jede Berufung der Generalversammlung müsse durch öffentliche Bekanntmachung oder auch durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Eine solche Vorschrift ist nach § 182 Nr. 5 und 6 nicht beabsichtigt worden und kann in dieser gelegentlichen, durch die Reichstagskommission eingeschobenen Vorschrift nicht gefunden werden.

Die Mitteilung über die gefaßten Beschlüsse kann der Aktionär auch dann verlangen, wenn er der Generalversammlung beigewohnt hat.

Zusatz. Außerdem ist nach Art. 61 Abs. 2 PrFGG. und § 34 RFGG. jeder Aktionär, der ein rechtliches Interesse hat, z. B. der einen Beschluß anfechten will, berechtigt, Einsicht des Protokolls über die Generalversammlung und einfache oder beglaubigte Abschrift zu fordern. Bei Versicherungsgesellschaften haben die Versicherten eine gewisse Kontrolle (§ 55 PrivVersUntGes.).

§ 258.

§ 258. **In der Generalversammlung ist ein Verzeichniß der erschienenen Aktionäre oder Vertreter von Aktionären mit Angabe ihres Namens und Wohnorts sowie des Betrags der von Jedem vertretenen Aktien aufzustellen. Das Verzeichniß ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht auszulegen; es ist von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen.**

Das Aktionärverzeichnis.

1. Dies war früher schon üblich. Jetzt ist es unbedingt vorgeschrieben.
2. Außer den erschienenen Aktionären und den Vertretern sind die Vertretenen zu verzeichnen; ferner ist, wenn Aktie und Stimmrecht sich nicht deckt, die Anzahl der auf einen Aktionär fallenden Stimmen anzugeben (Lehmann-Ring Nr. 2; Goldmann Anm. 2).
3. Zu unterzeichnen hat es der Vorsitzende sc. der Generalversammlung.
4. Eine Vorlesung des Verzeichnisses ist nicht vorgeschrieben (KB. 85). Nach Art. 55 PrFGG., falls man diesen für anwendbar hält (vgl. Anm. 3ff. zu § 259), bleibt es dem Ermessen des Notars vorbehalten, ob er das Verzeichnis verlesen will

5. Es ist vor der ersten Abstimmung zwar auszulegen, aber damit ist nicht gesagt, daß Aktionäre, die nach dieser Auslegung erscheinen, zurückgewiesen werden dürfen. Wer später erscheint und sich ordnungsmäßig meldet, muß in das Verzeichnis nachträglich aufgenommen werden (Litthauer-Mosse Anm. 1; Pinner 195), nur muß aus dem Verzeichnis zu ersehen sein, vor welcher Abstimmung die nachträglich erschienenen Personen gekommen sind. Entfernen sich Aktionäre nach einer und vor der nächsten Abstimmung, so ist dies im Verzeichnis, wenn sie sich abmelden, zu vermerken. Melden sie sich nicht ab, so müssen sie als weiter anwesend gelten. § 258.

6. Nichtbefolgung der Vorschrift bewirkt Ungültigkeit der Beschlüsse, die aber durch Nichtanfechtung geheilt wird (Pinner 195).

§ 259.

Jeder Beschluß der Generalversammlung bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll. § 259.

In dem Protokolle sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars sowie die Art und das Ergebniß der Beschlußfassungen anzugeben.

Das nach § 258 aufgestellte Verzeichniß der Theilnehmer an der Generalversammlung sowie die Belege über die ordnungsmäßige Berufung sind dem Protokolle beizufügen. Die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung kann unterbleiben, wenn die Belege unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden.

Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich.

Eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls ist unverzüglich nach der Generalversammlung von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über das Protokoll der Generalversammlung (Abs. 1—4) und ordnet seine Einreichung desselben zum Handelsregister an (Abs. 5).

1. **Die Vorschriften über das Protokoll** (Abs. 1—4). Anm. 1.

a) **Jeder Beschluß bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.** Damit soll nicht etwa gesagt werden, daß die ganze Verhandlung, deren Anträge und Debatten, in das Protokoll aufgenommen werden sollen. Vielmehr soll hier nur über die Form Bestimmung getroffen werden, während Abs. 2 über den inhaltlichen Umfang der Protokollierung Bestimmungen trifft.

b) **Inwieweit greifen neben den Vorschriften des § 259 die Bestimmungen des FGG. und der Landesgesetze ein?** Nach der D. (156) sind die Vorschriften des § 259 gegeben, um Zweifeln, die in der Praxis hervorgetreten sind, zu begegnen; sie sind danach als erschöpfend und nur aus sich selbst auslegbar gegeben. Auch die D. z. FGG. geht davon aus, daß die Vorschriften dieses Gesetzes, da es sich bei dem Protokoll einer Generalversammlung im Sinne der Beurkundungsvorschriften nicht um Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, sondern eines tatsächlichen Vorgangs handelt, nicht Anwendung finden (Jastrow im Formularbuch B 1 zu § 168 FGG.). Demnach sind die Vorschriften über Taube, Blinde, Stumme oder sonst am Sprechen verhinderte (§ 169 FGG) nicht anwendbar, ebensowenig die über die Zuziehung eines Dolmetschers bei Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind (§ 179). Doch steht es dem Notar frei, einen Dolmetscher zuzuziehen (Makower Anm. II a 1). Nicht erforderlich ist ferner der Identitätsnachweis gemäß § 176 FGG. Anm. 2.

§ 259. Anm. 3. c) Ebensowenig kommen die Vorschriften der Landesgesetze in Betracht, soweit sie sich auf die Form und Inhalt des Protokolls beziehen. Insbesondere sind die Art. 54, 55 PrFGG. nicht zur Anwendung zu bringen, da die dort getroffenen Bestimmungen in § 259 ausschließlich geregelt sind. Die Vorschrift über Verlesung des Protokolls in Art. 55 ist damit ebenfalls unanwendbar; es ist aber inhaltlich aus § 259 in gleichem Sinne zu entscheiden, daß die Vorlesung vom Ermessen des Notars abhängt. Selbstverständlich ist diese zur Vermeidung von Mißverständnissen stets anzuraten.

Anm. 4. d) Dagegen sind die Vorschriften der Landesgesetze anwendbar, die sich auf in § 259 nicht geordnete Gegenstände beziehen, so die in Art. 61, 63—65, 84, 85, 86, 90, 95 des PrFGG. enthaltenen Bestimmungen, Art. 86 jedoch nur insoweit, als der Notar die Zuziehung eines Dolmetschers für erforderlich erachtet (vgl. Jastrow, Formularbuch I zu § 259 HGB.).

Besonders hervorzuheben ist Art. 84, 85 betreffend die Ausschließung des Notars. Hiernach soll der Notar in derselben Weise, wie ein Richter gemäß §§ 6—9 FGG. von der Mitwirkung ausgeschlossen sein, also insbesondere, wenn er selbst beteiligt ist oder zu einem Beteiligten im Verhältnis eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht. Als Beteiligte sind die erschienenen Aktionäre anzusehen. Soweit der Notar daher in seiner Eigenschaft als Aktionär in der Versammlung erscheint, ist er von der Mitwirkung als Notar ausgeschlossen. Erscheint er nicht als Aktionär, obgleich er solcher ist, so nimmt Jastrow, Formularbuch I zu § 6 FGG. an, daß er dann zwar nicht als Beteiligter anzusehen ist, wohl aber als eine Person, die zu den anderen Aktionären im Verhältnis eines Mitberechtigten steht. Dies ist aber nur insoweit für richtig zu erachten, als es sich wirklich um Beschlüsse handelt, die in die Rechte und Pflichten des Notars als Aktionär eingreifen, z. B. Festsetzung der Dividende, Kapitalsherabsetzung und Erhöhung; ferner um solche, die ihn persönlich angehen z. B. seine Wahl in den Aufsichtsrat, Kaduzierung seiner Aktie. Soweit dies aber nicht der Fall ist z. B. bei Wahl anderer Personen zu Aufsichtsratsmitgliedern, bei Dechargeerteilung usw. steht seiner Mitwirkung nichts entgegen (ebenso Schultze-Görlitz — Oberneck, Komm. PrFGG. Anm. IBm zu Art. 84); doch empfiehlt sich auch in solchen Fällen für den Notar, wenn sein Interesse irgendwie erheblich ist, nicht als Notar tätig zu sein.

Ausgeschlossen ist der Notar ferner stets, wenn er Vorstand oder Aufsichtsratsmitglied ist. Da der Vorstand die Geschäfte führt, der Aufsichtsrat sie kontrolliert, so muß er in solchem Fall immer als beteiligt angesehen werden.

Über die Notariatskosten, insbesondere die Berechnung des Objekts vgl. Mügel, Die preußischen Kostengesetze Anm. 2 zu § 48.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Der inhaltliche Umfang der Protokollierung.** Ort und Tag der Verhandlung, der Name der Urkundsperson, die Art und das Ergebnis der Beschlußfassung sind anzugeben. Das letztere bedeutet, daß zu sagen ist, in welcher Weise abgestimmt wurde und wie viel Stimmen für die eine, wie viel für die andere Meinung abgegeben wurden. Zum Ergebnis der Abstimmung gehört auch der Vermerk, was der Vorsitzende als Beschluß verkündet hat. Oft können nämlich die Meinungen darüber auseinandergehen, ob ein Antrag als angenommen oder als abgelehnt zu betrachten ist. Z. B. wenn Personen mitgestimmt haben oder zurückgewiesen worden sind, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie in dem bestimmten Fall mitstimmen durften. Prima facie entscheidet darüber der Vorsitzende. Das gehört zur Leitung der Versammlung. Er stellt fest, was als beschlossen gilt. Gegen den so festgestellten Beschluß richtet sich dann die Anfechtungsklage.

Anm. 6. Von selbst versteht es sich, daß auch ein etwaiger Widerspruch gegen eine Beschlußfassung in das Protokoll aufzunehmen ist (§ 271 Abs. 3; D. 157; KB. 87), ferner das Verlangen der Minderheit nebst den von dieser vorgebrachten Bemängelungen nach § 264, das Verlangen der Minderheit nach § 268.

Dagegen sind Anträge, die im Laufe der Debatte gestellt und dann wieder zurückgezogen wurden, nicht zu vermerken. Was schließlich beantragt wurde, ergibt der Beschluß.

Ebensowenig sind die gehaltenen Reden zu vermerken, auch nicht auszugs- oder andeutungsweise. **§ 259.**

Aber natürlich ist die Urkundsperson berechtigt, Anträge und Reden zu vermerken.

Welche Personen erschienen sind, ist nicht erforderlich anzugeben. Diese ergeben sich aus dem Aktionärverzeichnis. Dagegen ist es üblich, zu vermerken, wer von den Gesellschaftsorganen erschienen ist, auch wer den Vorsitz geführt hat. Gesetzlich erforderlich ist auch das nicht.

3. (Abs. 3.) **Dem Protokoll beizufügen** sind: Das Aktionärverzeichnis des § 258 und die Beläge über die Berufung der Versammlung. Letztere brauchen nicht beigefügt zu werden, wenn sie unter Angabe ihres Inhalts in das Protokoll aufgenommen werden. Dann muß freilich ihr genauer Inhalt protokolliert werden. Die Beifügung der Beläge ist bequemer und wird von den Urkundspersonen vorgezogen werden. Die hiernach beigefügten Urkunden sind Anlagen im Sinne der §§ 48, 61 PrFGG.; sie sind auf Antrag der Ausfertigung in beglaubigter Abschrift beizufügen. Natürlich genügt der für die Verhandlung wesentliche Teil des Belagblattes. Vollmachten bleiben in Verwahrung der Gesellschaft, sind daher dem Protokoll nicht beizufügen (§ 252 Abs. 2). Anm. 7.

4. (Abs. 4.) **Zu unterschreiben ist das Protokoll von dem Richter oder dem Notar.** Das will sagen: lediglich von der Urkundsperson. Weder die Gesellschaftsorgane, noch die Aktionäre brauchen zu unterschreiben. Anm. 8.

Schreibt das Statut weitere Unterschriften vor, z. B. die des Vorsitzenden der Versammlung, der Stimmzähler usw., so herrscht Streit darüber, ob deren Fehlen das Protokoll nichtig macht. Für die Nichtigkeit sprechen sich mit der 6./7. Aufl. Hachenburg im „Recht" 04, 16; LG. Cleve in der RheinNotZ. 04, 221; dagegen OLG. Dresden in CBlFG. 5, 320; Lehmann II 186; Lehmann-Ring Nr. 1; Goldmann Anm. 8; Koderols im „Recht" 04, 573 und ZgA. 14, 245 aus. Der letzteren Ansicht ist mit Rücksicht auf die ausschließliche Regelung der Formvorschriften über das Generalversammlungsprotokoll in § 259 der Vorzug zu geben. Für sie spricht auch der Zweck der gesetzlichen Vorschrift, die das Protokoll möglichst von Formvorschriften befreien wollte. Anm. 9.

5. (Abs. 5.) **Eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls ist unverzüglich nach der Generalversammlung von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen.** Unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.). Zum Handelsregister, d. h. auch jeder Zweigniederlassung (§ 13; D. 156). Die Vorschrift der Einreichung ist zwingend und ihre Befolgung kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Aber eine Prüfung der Beschlüsse, die der Eintragung nicht bedürfen, durch den Registerrichter ist nicht seines Amtes (KGJ. 12, 35; vgl. Erl. zu § 319). Auch die Einreichung der Beschlüsse, die der Eintragung zu ihrer Gültigkeit bedürfen, kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Nur die Anmeldungen zur Eintragung sind nach § 319 Abs. 2 nicht erzwingbar. Anm. 10.

Zusatz 1. Die Folge der Nichtbeobachtung der Form ist Nichtigkeit der Verhandlung, selbst bei einer Universalversammlung. Der § 271 greift hierauf nicht Platz, sondern es handelt sich um Nichtigkeit wegen Nichtbeobachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften (vgl. § 125 BGB.). Die in einer nicht gehörig beurkundeten Versammlung gefaßten Beschlüsse werden daher durch Nichtanfechtung nicht gültig. Gleichgültig ist (wie gegen 6./7. Aufl. mit Lehmann-Ring Nr. 5; Goldmann Anm. 5 anzunehmen ist), ob die Form in wesentlichen Punkten verletzt ist, oder nicht. Das Gesetz kennt diesen Unterschied nicht. Anm. 11.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auch auf bestehende Aktiengesellschaften Anwendung. Gegenteilige Bestimmungen älterer Statuten sind aufgehoben, soweit die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen zwingendes Recht enthalten. Dies ist vom BayObLG. in ZHR. 35, 248; von Ring Anm. 3 zu Art. 238a für das Recht der Aktiennovelle von 1884 angenommen worden und muß auch jetzt gegenüber dem letzteren Recht gelten (vgl. Anm. 1—4 zu § 178). Anm. 12.

§ 260.

§ 260. Die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnvertheilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsraths.

Der Vorstand hat in den drei ersten Monaten des Geschäftsjahrs für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht dem Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Frist, jedoch nicht über die Dauer von sechs Monaten hinaus, bestimmt werden.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung (Abs. 1) **und über die Vorbereitung derselben** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung** bilden die Genehmigung der Jahresbilanz, die Gewinnverteilung und die Entlastung des Vorstandes. (Den Begriff der ordentlichen Generalversammlung kennt das Gesetz nur insofern, als alljährlich eine Generalversammlung stattzufinden hat, die über die in Abs. 1 bezeichneten Gegenstände beschließt. Im übrigen gibt es einen rechtlichen Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Generalversammlung nicht.)

a) **Die Genehmigung der Jahresbilanz.** Richtiger würde das Gesetz von Feststellung der Jahresbilanz sprechen. Denn die Generalversammlung kann nicht nur die Bilanz genehmigen, sondern kann sie natürlich auch ändern und auch durch ihre Genehmigung stellt sie sie fest. Diese Feststellung ist lediglich Sache der Generalversammlung. Daraus folgt, daß der Vorstand als solcher ein Klagerecht auf Feststellung der Bilanz nicht (wohl aber auf Entlastung) hat (RG. 49, 144); ferner, daß eine im Statut angeordnete Delegation der endgültigen Bilanzfeststellung an andere Organe unzulässig ist. Vorstand und Aufsichtsrat haben nur Bilanzvorschläge zu machen. Daher ist z. B. die Bestimmung, daß die Höhe der Abschreibungen durch Vorstand und Aufsichtsrat bestimmt werden, ungültig, ebenso die Bestimmung vieler Statuten, daß der Aufsichtsrat die Höhe der Zuweisungen an einzelne Reservefonds zu bestimmen hat. Aber die Statuten können bestimmte Grundsätze aufstellen, z. B. eine jährliche Mindestabschreibung von 10% auf die Maschinen (vgl. Anm. 5 zu § 261). Der Beschluß über die Genehmigung der Bilanz muß, um gültig zu sein, den Vorschriften der Gesetze und der Statuten entsprechen. Dabei können die verschiedensten Vorschriften in Betracht kommen: Abstimmungsvorschriften, Einberufungsvorschriften, vor allem aber die Vorschriften über die Ansätze der Bilanz und die Bildung von Reservekonten. Über diese s. Erl. zu §§ 261 ff.

Anm. 2. Ein ungültiger Beschluß auf Bilanzgenehmigung kann durch Richtanfechtung gültig werden, doch nur, soweit Dispositivvorschriften in Frage kommen. Inwieweit dies der Fall ist, darüber s. Anm. 4, 6, 8 zu § 261.

Ein ungültiger Beschluß auf Bilanzgenehmigung kann aber jedenfalls durch Klage angefochten werden (§ 271). Inwieweit insbesondere die durch die Generalversammlung vorgenommenen Wertsansätze bzw. Abschreibungen der Anfechtung durch Klage unterliegen, darüber s. Anm. 6 zu § 261.

Hat die Anfechtungsklage Erfolg, so ist der Beschluß der Generalversammlung für nichtig erklärt; die Festsetzung der Bilanz gilt daher als noch nicht erfolgt. Die Ansicht der 6./7. Aufl., daß der Prozeßrichter berechtigt ist, in diesem Fall eine richtige Bilanz aufzustellen, entbehrt der gesetzlichen Grundlage und widerspricht den §§ 271—273, die lediglich die Anfechtungsklage, nicht aber eine Klage auf Fassung bestimmter Beschlüsse geben.

Anm. 3. Im Anschluß hieran ist die Frage zu erörtern: Was geschieht, wenn die Generalversammlung eine Bilanz nicht genehmigt, oder, wenn sie, nachdem die Bilanz für

nichtig erklärt ist, der neu vorgelegten die Genehmigung nicht erteilt. Ein klagbares Recht auf Feststellung der Bilanz, etwa mit Vollstreckung gemäß § 888 CPO. (Rehm 798 II), hat der einzelne Aktionär nicht, denn das Gesetz überträgt die Feststellung der Bilanz lediglich der Generalversammlung, also der Gesamtheit der Aktionäre (RG. 49, 145). Macht die Generalversammlung von diesem Recht keinen Gebrauch, so entsteht allerdings ein unhaltbarer Zustand, für den es aber eine gesetzliche Hilfe nicht gibt (vgl. Leist, Untersuchungen 74). Für Versicherungsgesellschaften vgl. §§ 55, 64—67 PrivVersUntGes.

Anm. 4. Kann die Generalversammlung einen einmal gefaßten Bilanzgenehmigungsbeschluß wieder aufheben? An sich steht dem nichts im Wege; es kann sogar die Pflicht des Vorstands sein, Beschlüsse, die auf Voraussetzungen beruhen, die sich nachträglich als unrichtig erweisen, wieder aufheben zu lassen (RG. 32, 94; 11, 163). Zweifelhaft ist nur, inwiefern durch eine solche Aufhebung die Dividendenrechte der Aktionäre, die durch die Feststellung der Gewinnverteilung Gläubigerrechte geworden sind, beschränkt werden können. Daß eine derartige Beschränkung durch willkürliche Aufhebung eines früheren Beschlusses nicht eintreten kann, ist klar; der Aktionär bedarf sogar nicht einmal der Anfechtung des neuen Beschlusses, um sein Recht auf die Dividende durchzusetzen (RG. 37, 63). Wie aber, wenn der Beschluß auf Irrtum oder Betrug beruhte? Die Anwendung der §§ 119, 123 BGB. auf die Beschlüsse der Generalversammlung betreffend Bilanzgenehmigung dürfte nicht zweifelhaft sein; denn die Beschlüsse sind rechtsgeschäftliche, sie schaffen Gläubigerrechte gegenüber der Gesellschaft. Simon (26) gibt dies zu; er will nur § 119 nicht anwenden, weil ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung kaum jemals vorliegen wird. Dies ist zuzugeben; wenn er aber auch die Anwendung des § 123 verwirft, weil die Täuschung nicht durch den Gewinnberechtigten selbst verübt ist, so kann dem nicht zugestimmt werden. Die Bilanz entsteht durch Zusammenwirken aller beteiligten Organe. Begeht eines derselben eine Täuschung, so ist sicherlich ihm gegenüber und, da das Geschäft als Ganzes und untrennbar aufzufassen ist, auch dem anderen Kontrahenten, also den Aktionären gegenüber, die Bilanz anfechtbar Wenn daher eine Generalversammlung auf Grund einer vom Vorstand gefälschten Bilanz diese genehmigt hat, demnächst die Anfechtung und Aufhebung durch eine neue Generalversammlung erfolgt, so können die Aktionäre die auf Grund der ersten Bilanz festgesetzten Dividenden nicht fordern. Haben sie dieselben in gutem Glauben bereits erhalten, so tritt die Vorschrift dies § 217 Abs. 1 Satz 2 in Kraft.

Anm. 5. b) **Die Gewinnverteilung.**

α) Formales: „Die Generalversammlung beschließt über die Gewinnverteilung" sagt das Gesetz. Es kann daher nach neuerem Recht die früher vielfach vertretene, in der 6./7. Aufl. noch verteidigte Ansicht (ebenso Fuld in ZgA. 14, 125, und wohl auch Simon 6), daß ein ausdrücklicher Beschluß nicht nötig sei, vielmehr der Aktionär den sich aus der genehmigten Bilanz ergebenden Gewinn fordern könne, nicht aufrecht erhalten werden (ebenso Goldmann Anm. 6; Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 213, Nr. 1 zu diesem Paragraphen; vgl. RG. 40, 36). Erst durch diesen Beschluß wird das Recht des Aktionärs auf die Dividende Gläubigerrecht (Anm. 12 zu § 213).

An der Abstimmung nehmen alle Aktionäre, auch die, denen die Dividende des betreffenden Jahres nicht zufließt, z. B. die Aktionäre einer beschlossenen und eingetragenen Kapitalserhöhung, die erst an der nächstjährigen Dividende beteiligt sind, teil.

Die Generalversammlung beschließt lediglich die Gewinnverteilung; sie kann nicht beschließen, daß die Dividende erst später zahlbar sein soll; denn die Aktionäre haben das Recht, sofortige Zahlung zu verlangen. Nur eine geringe Hinausschiebung, die im Interesse der ordnungsmäßigen Auszahlung erfolgt, dürfte gestattet sein.

Anm. 6. β) Materiell: Inwieweit die Generalversammlung berechtigt ist, Gewinn des Geschäftsjahres nicht zur Verteilung zu bringen, sondern in Reserve zu stellen, ist Anm. 9 zu § 213 erörtert. Dort ist ausgeführt, daß in erster Linie das Gesetz (besonders § 262 über den gesetzlichen Reservefonds), in zweiter Linie das Statut, ev. eine Abänderung desselben

§ 260. entscheidet. Liegt eine statutarische Bestimmung nicht vor, so hat der Aktionär das Recht auf den nach Abzug des gesetzlichen Reservefonds verbleibenden Reingewinn (vorbehaltlich der Beschränkung des Anfechtungsrechts in Abs. 3 Satz 2 des § 271). Gibt das Statut der Generalversammlung freie Hand, so hat diese zu entscheiden. Sehr häufig findet sich in den Statuten die Bestimmung: Die Generalversammlung setzt die Dividende fest. In dieser, die gesetzlichen Worte wiedergebenden Vorschrift wird man noch nicht die Übertragung der Gewinnverteilung nach freiem Ermessen sehen können (dagegen Simon 6).

Anm. 7. γ) Lehnt die Generalversammlung ab, einen Beschluß über die Gewinnverteilung zu fassen, so gilt das Anm. 3 Gesagte. Die Ansicht von Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 213, daß, wenn sich die Generalversammlung einer Entscheidung über die Gewinnverteilung entzieht, der Aktionär aus seinem Gläubigerrecht klagen kann, widerspricht der auch von ihm vertretenen Ansicht, daß ein ausdrücklicher Gewinnverteilungsbeschluß nötig ist, durch den doch der Aktionär erst Gläubigerrechte erhält.

Anm. 8. c) **Die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrats** (von der Entlastung des Aufsichtsrats sprach das frühere HGB. nicht, in der Praxis aber erstreckten sich die Entlastungsbeschlüsse auch auf die Verwaltungstätigkeit des Aufsichtsrats).

α) Bilanzgenehmigung und Entlastung der Gesellschaftsorgane sind verschiedene Begriffe. Die Ansätze der Bilanz können richtig und eine Versagung der Genehmigung daher ausgeschlossen sein, ohne daß die Generalversammlung Veranlassung hätte, Entlastung zu erteilen. So, wenn ein ungetreuer Vorstand eine Summe unterschlagen oder nicht genügend über die Geschäftsführung eines unredlichen Beamten gewacht hatte. Das Fehlen der Summen in den Aktiven der Bilanz entspricht der Sachlage und die Bilanz muß genehmigt werden. Aber darin liegt noch keine Entlastung. Umgekehrt könnte dem Vorstande Entlastung mit seiner Geschäftsführung erteilt und der eine oder der andere der in die Bilanz eingestellten Werte als zu hoch oder zu niedrig gegriffen bezeichnet werden (Simon 13). Im Bilanzgenehmigungsbeschluß liegt daher nicht implicite die Erteilung der Entlastung und in dem Entlastungsbeschlusse liegt nicht implicite die Bilanzgenehmigung (vgl. RG. bei Holdheim 5, 138 und RG. 44, 67; 49 146). Es können daher auch die Mitglieder der Verwaltung, soweit sie Aktionäre sind, bei der Bilanzgenehmigung mitstimmen (RG. 49, 146). Immerhin stehen Bilanzgenehmigung und Entlastung nicht immer außer allem inneren Zusammenhang. Ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen kommt zum Durchbruch bei der Vertagung der Bilanzgenehmigung auf Antrag der Minderheit nach § 264. Diese Vertagung hat unter Umständen zur Folge, daß auch der Entlastungsbeschluß nicht schlechthin gefaßt werden kann (vgl. zu § 264 und RG. 44, 67).

Anm. 9. β) Nur die Generalversammlung kann über die Entlastung beschließen. Delegation ist ausgeschlossen. Eine dem Aufsichtsrat von dem Vorstand erteilte Entlastung wäre wirkungslos; desgleichen eine dem Vorstande vom Aufsichtsrat oder dem ausgeschiedenen Vorstand vom neuen Vorstande erteilte Entlastung. Verweigert oder verzögert die Generalversammlung die Erteilung der Entlastung, so haben die Gesellschaftsorgane ein Klagerecht auf Entlastung. Hierüber Anm. 12.

Anm. 10. γ) Die Entlastung kann einzelnen Beteiligten erteilt, anderen versagt werden (ROHG. 20, 222). Neuerdings hat das RG. (55, 75) den entgegengesetzten Grundsatz aufgestellt. Es könne dem Vorstand und Aufsichtsrat nur als solchem, d. h. als Kollegium Entlastung erteilt werden; bei der Entlastung eines Mitgliedes dürfen daher die anderen Mitglieder nicht mitstimmen. Diese nur auf die Worte des § 260 „des Vorstandes" und „des Aufsichtsrats" sich stützende Ansicht kann als richtig nicht anerkannt werden. Die Ausdrücke „Vorstand" und „Aufsichtsrat" einerseits und „Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats" werden im Gesetz nicht so gebraucht, daß aus ihnen allein Schlüsse gezogen werden können. Die Mitglieder sind einzeln verantwortlich (vgl. §§ 241, 249). Die von ihnen verlangte Sorgfalt kann nicht das Organ, sondern nur der einzelne leisten; der eine kann diese Sorgfalt angewendet haben, der andere nicht. Die Entlastung aber ist der Ver-

zicht auf Ansprüche; wenn letztere gegen die Mitglieder als solche bestehen, haben auch diese nur Recht auf Entlastung (ders. Ans. OL. Cöln bei Holdheim 12, 214; Pinner in DJZ. 03, 470; Gareis ebenda 04, 578; dagegen Goldmann Anm. 22 zu § 252). **§ 260.**

δ) **Der Entlastungsbeschluß ist gültig, wenn er dem Gesetze gemäß zustande gekommen ist.** Ob es sachgemäß war, die Entlastung zu erteilen, ist gleichgültig. Es kann der die Entlastung aussprechende Beschluß nicht deshalb angefochten werden, weil die Verwaltung Fehler begangen hat, und es kann umgekehrt der die Entlastung verweigernde Beschluß nicht angefochten werden, weil die Gesellschaftsorgane keine Fehler begangen haben. Die Gesellschaftsorgane selbst, denen die Entlastung verweigert ist, müßten in solchem Falle auf Entlastung klagen (vgl. Anm. 12). Dagegen ist die Entlastung fehlerhaft beschlossen und deshalb ungesetzlich und anfechtbar, wenn in der betreffenden Generalversammlung nicht ordnungsmäßig Rechnung gelegt wurde, obgleich dies auch nur von einem Aktionär verlangt wurde (RG. 34, 57). Anm. 11.

ε) **Der Anspruch der Gesellschaftsorgane auf Entlastung.** Die Gesellschaftsorgane haben einen zivilrechtlichen Anspruch auf Entlastung. Dieser setzt voraus, daß sie durch Vorlegung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, sowie der sonstigen, vom Aufsichtsrat und der Generalversammlung geforderten Aufklärungen und Nachweise in gehöriger Weise die Resultate ihrer Geschäftsführung zur Prüfung unterbreitet haben (vgl. auch Anm. 14). Anm. 12.

Verweigert die Generalversammlung die Entlastung, so steht ihnen ein Klagerecht gegen die Gesellschaft zu, nicht etwa ein Anfechtungsrecht nach § 271, es sei denn, daß der Versammlungsbeschluß gegen Gesetz oder Statut verstieße (vgl. Anm. 11). Die Vertreter der Gesellschaft mögen auf die Klage auf Erteilung der Entlastung die Weigerung der Generalversammlung begründen. Dasselbe gilt, wenn die Entlastung nicht durch verneinenden Beschluß, aber doch durch Verzögerung der Beschlußfassung verweigert wird. Die Verwaltungsorgane brauchen nur so lange zu warten, als bis normalerweise die Entlastung ausgesprochen werden kann, d. h. bis zur ordentlichen Generalversammlung, in der sie die Bilanz vorlegen, bzw. für den Fall der Vertagung dieser bis zur nächsten Versammlung. Alsdann können sie klagen, aber auch nicht vorher. (Vorher können sie auch nicht Rückgabe ihrer Kaution verlangen.)

ζ) **Die Bedeutung der erteilten Entlastung.** Hierüber enthält das Gesetz keine Bestimmung. Es entscheiden daher allgemeine Rechtsgrundsätze und die Natur der hier in Rede stehenden Rechnungslegung. Anm. 13.

αα) Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Entlastung einen Verzicht auf weitere Ansprüche enthält (Dernburg II § 40).

ββ) Was die Frage betrifft, ob die Entlastung sich auf die Punkte bezieht, die in der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung Erwähnung nicht gefunden haben, so steht das RG. in dauernder Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß nur die aus den Jahresrechnungen erkennbaren Pflichtverletzungen durch die Entlastung gedeckt werden (RG. 12, 77; 13, 51; bei Holdheim 13, 134 und 14, 140; bei Bauer 10, 283; JW. 03, 391[26]; vgl. KG. in DJZ. 04, 316). Es kann dies als zutreffend nicht erachtet werden. Die Generalversammlung hat das Recht, Revisoren zu bestellen, denen alle zur Prüfung nötigen Unterlagen vorzulegen sind (§ 267); sie hat auch das Recht, Vorlegung der Bücher und Schriften selbst zu verlangen (vgl. Anm. 20). Es muß daher zunächst angenommen werden, daß, wenn die Generalversammlung von diesem Recht Gebrauch macht, das, was für sie und für die von ihr bestellten, als ihr Organ anzusehenden Revisoren aus diesen Unterlagen erkennbar war, als durch die Entlastung gedeckt gilt (so in betreff der Kenntnis der Revisoren ROHG. 22, 80; Simon 20; Pinner 201; Lehmann-Ring Nr. 5; Lehmann II 314; Dernburg II § 40; dagegen Goldmann Anm. 9). Anm. 14.

Man muß aber noch weiter gehen. Macht die Generalversammlung von dem ihr zustehenden Recht, durch Revisoren oder selbst eine Prüfung eintreten zu lassen, nicht Ge-

§ 260. brauch, so kann sie sich dem gegenüber, der ihr die Rechnung gelegt hat, nicht darauf berufen, daß sie diese nicht ordnungsmäßig geprüft hat.

Danach umfaßt die Entlastung alle die Pflichtverletzungen, die die Generalversammlung oder die von ihr ernannten Revisoren aus den ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen ersehen haben oder bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit ersehen konnten.

Handelt es sich um bestimmte Verfehlungen, von denen das Organ entlastet sein will, so deckt der Beschluß den erkennbar gewollten Gegenstand der Entlastung; es ist dann Sache der Generalversammlung, Aufklärungen zu verlangen. Erteilt sie die Entlastung ohne weiteres, so gilt der Beschluß außer im Fall des dolus (RG. bei Bauer 12, 198).

Anm. 15. γγ) Dagegen ist nicht (mit Simon 19; dagegen Lehmann-Ring Nr. 5) anzunehmen, daß die Kenntnis des Aufsichtsrats als Kenntnis der Generalversammlung anzusehen ist. Der Aufsichtsrat ist nicht Organ der Generalversammlung; im Gegenteil soll ja gerade seine Geschäftsführung mit geprüft werden.

Anm. 16. δδ) Die erteilte Entlastung bezieht sich an sich auch auf die Folgen von dolosen Pflichtverletzungen. Vgl. jedoch Anm. 17.

Anm. 17. εε) Überall aber sind ordnungsmäßige Vorlagen Voraussetzung der Entlastung, wenn sie in der Anm. 14 angegebenen Weise wirken soll. Auf irreführende Vorlagen kann sich der Rechnungsleger nicht berufen (RG. 18, 63; vgl. auch Bolze 17 Nr. 538). Unvollständigkeit der Vorlage ist zwar regelmäßig unschädlich, aber es gibt auch eine irreführende Unvollständigkeit und diese verhindert die Wirkung der Entlastung. So ist, wenn die Vorlage, insbesondere der Geschäftsbericht, Vorgänge nicht erwähnt, die so wichtig sind, daß ihre Erwähnung im Geschäftsbericht redlicherweise erwartet werden konnte, irreführende Unvollständigkeit anzunehmen. Denn die Nichterwähnung bewirkte die Annahme, daß kein besonderer Anlaß zu eingehender Prüfung vorlag. Auf solche Vorlage können sich die Gesellschaftsorgane nicht berufen. Die erteilte Entlastung ist insoweit unwirksam, weil sie sich nach Treu und Glauben im Handelsverkehr auf solche erwähnungsbedürftigen und nicht erwähnten Vorgänge nicht bezog. Es liegt schon aus diesem Grunde nicht etwa bloß Anfechtbarkeit nach §§ 121 und 123 BGB. vor.

Anm. 18. 2. (Abs. 2.) **Die Vorbereitung der Bilanzprüfung** erfolgt durch die Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts an den Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen an die Generalversammlung.

a) Die Zeit der Vorlegung der Jahresrechnungen. Sie muß erfolgen in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres (das nicht länger als 12 Monat sein darf; vgl. § 39 und RG. im „Recht" 03, 434 sowie Riesenfeld bei Gruchot 42, 836. Darüber, daß für kürzere Geschäftsperioden Dividende nicht verteilt werden darf, vgl. Anm. 3 zu § 215). Die Statuten können aber diese Frist auf sechs Monate verlängern. Auf die Aufstellung der Bilanz beziehen sich diese Fristen nicht. Die Aufstellung muß so zeitig erfolgen, wie dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt. Gerät daher die Gesellschaft in den ersten zwei Monaten in Konkurs und die Bilanz wäre, obgleich dies nach der Sachlage sehr wohl möglich, nicht aufgestellt, so wären die Vorstandsmitglieder strafbar. Auch die Zeit der Vorlegung der Bilanz bezieht sich nur auf die Vorlegung an die Generalversammlung. Vorher muß sie schon dem Aufsichtsrat vorgelegt sein. Dieser wird übrigens die Vorlegung sofort nach der Aufstellung verlangen können bzw. so schnell, als die Aufstellung möglich ist. Das folgt aus seiner allgemeinen Überwachungspflicht (§ 246).

Spätestens innerhalb drei bzw. sechs Monaten muß die Vorlegung an die Generalversammlung erfolgt sein. Daraus folgt gleichzeitig die Anberaumung der ordentlichen Generalversammlung als unbedingte Pflicht, von der auch das Statut nicht entbinden kann. — Die Erfüllung dieser Pflicht kann durch Ordnungsstrafen durch das Registergericht erzwungen werden (§ 319). Zu dem Antrage auf Einschreiten durch Androhung und Verhängung von Ordnungsstrafen ist der Aufsichtsrat (vgl. KG. in KGJ. 30 A S. 125), aber auch jeder Aktionär für berechtigt zu erachten, hiernach richtet sich auch das Beschwerderecht (Anm. 9ff. zu § 14).

Ist die Generalversammlung verspätet einberufen, so kann hierauf die Anfechtung des § 260. Beschlusses nicht gestützt werden. Ein Beschluß über die Bilanz ist daher auch in dieser ver- Anm. 19. späteten Versammlung zu fassen. Dieser Fall kann auch eintreten, wenn ein Beschluß der Generalversammlung, die Bilanz festzustellen, im Wege der Klage für nichtig erklärt ist. Es muß dann eine neue Bilanz einer demnächst einzuberufenden Versammlung vorgelegt werden. So kann es kommen, daß die Bilanz eines Jahres erst im folgenden oder späteren Jahren festgestellt werden kann.

Die Vorlegung an die Generalversammlung schließt auch die Verpflichtung in sich, die Anm. 20. Ansätze der Bilanz und den Geschäftsbericht in der Generalversammlung sachgemäß zu erläutern und zu ergänzen. Jeder Aktionär kann, soweit das Gesellschaftsinteresse durch die Erklärung nicht leidet, Aufklärung von Unklarheiten verlangen und kann sonst den Beschluß anfechten (Rudorff 203; ähnlich RG. 34, 58). Die Generalversammlung selbst kann jede Aufklärung und jeden Nachweis, auch die Vorlegung der Bücher verlangen, gleichviel, ob das Gesellschaftsinteresse darunter leidet oder nicht (ebenso Rehm 798, 5; Goldmann Anm. 5). Simon (18) versagt das Recht auf Vorlegung der Bücher der Generalversammlung, nur Revisoren könnte sie bestellen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es wird dies auch nicht bewiesen durch die Bemerkung der Motive zum Aktiengesetz von 1884 (I 357), daß weiter nicht gegangen werden solle, um nicht durch zu allgemeines Bekanntwerden der übrigen Vorlagen, namentlich des Inventars, das Interesse der Gesellschaft zu schädigen. Dadurch wollten die Motive es nur rechtfertigen, daß sie nicht dem Vorstande ganz allgemein die Verpflichtung auferlegten, weitere Belege der Generalversammlung vorzulegen, um nicht auf diese Weise jedem Aktionär das unbedingte und unentziehbare Recht auf Vorlegung dieser weiteren Belege an die Generalversammlung zu geben. Es sollte der Generalversammlung überlassen bleiben, ob sie es in einzelnen Fällen für angemessen hält, weitere Belege einzufordern oder nicht. Hält sie es aber für angemessen und beschließt sie demgemäß, dann hat der Vorstand zu gehorchen. Die Generalversammlung ist hier, wie immer, wo es sich nicht um Tätigkeiten handelt, die ihr nicht ausdrücklich entzogen sind, souverän (vgl. Anm. 7 zu § 250).

b) Gegenstand der Vorlegung. Die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung und der Anm. 21. Geschäftsbericht sind zunächst dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, die Bilanz zu prüfen und seine Bemerkungen zu machen. Ein Zwang aber besteht nicht. Weigert oder verzögert er die Erfüllung der Pflicht, so muß die Vorlage an die Generalversammlung gleichwohl erfolgen (Behrend § 132 Anm. 4). Der Aufsichtsrat kann außerdem auch noch die Vorlegung der Inventur, wie überhaupt der Geschäftsbücher und aller Unterlagen verlangen (§ 246). Desgleichen kann die Generalversammlung Vorlegung aller Geschäftsbücher an sie selbst oder an eine zu diesem Zweck gewählte Revisionskommission durch Beschluß anordnen (§ 266). Ein einzelner, wenn auch noch so stark beteiligter Aktionär als solcher kann dies natürlich nicht verlangen (vgl. hierüber Anm. 20).

Die Gewinn- und Verlustrechnung insbesondere, deren Vorlegung dem Vorstande Anm. 22. zur Pflicht gemacht ist, ist etwas von der Bilanz Verschiedenes (Simon 72).

In der Gewinn- und Verlustrechnung wird das Jahresergebnis der einzelnen Konten zusammengestellt, in der Bilanz die sämtlichen beim Jahresabschlusse vorhandenen Aktiva und die Passiva (Schulden, Aktienkapital und Reservekonten).

Wie kommt es nun aber, daß das Fazit der Gewinn- und Verlustrechnung bei der Aktiengesellschaft übereinstimmt mit dem Fazit der Bilanz, obwohl doch das Ergebnis eines Jahres nicht gleich zu sein braucht der Summe der gesamten bisherigen Geschäftsergebnisse? Das erklärt sich wie folgt:

Im ersten Jahr ist es selbstverständlich, daß die Endziffern jener beiden Berechnungen die gleichen sind: wenn das Geschäft erst ein Jahr besteht, so decken sich die Begriffe Jahresergebnis und Gesamtgeschäftsergebnis.

§ 260. Die Gewinn- und Verlustrechnung des zweiten Jahres aber enthält nicht bloß das Jahresergebnis der einzelnen Konten, sondern nimmt außerdem als ersten Gewinnposten den etwa unverteilt gebliebenen Gewinnbestand des Vorjahres auf, als ersten Verlustposten den ungedeckt gebliebenen Verlust des Vorjahres. Mit mathematischer Notwendigkeit folgt hieraus, daß sich das Fazit der Gewinn- und Verlustrechnung des zweiten Jahres mit dem Bilanzfazit des zweiten Jahres deckt. Denn es ist rechnerisch dasselbe, ob man

1. einerseits (bei der Gewinn- und Verlustrechnung) das Jahresergebnis der einzelnen Konten zusammenstellt und diesem den übrig gebliebenen Wertüberschuß des Vorjahres hinzurechnet, bzw. davon die ungedeckt gebliebenen Bedürfnisse des Vorjahres abzieht,
2. oder ob man andererseits (bei der Bilanz) die sämtlichen vorhandenen Werte und Bedürfnisse zusammenstellt.

Ebenso wird in den folgenden Jahren verfahren und deshalb haben die Gewinn- und Verlustrechnung einerseits und die Bilanz andererseits immer notwendig dieselben Endziffern.

Anm. 23. Der Geschäftsbericht soll mit möglichster Offenheit und ohne Schön- und Schwarzfärberei, möglichst objektiv und ohne Nebenabsicht auf Kurs und eigene Verantwortlichkeit, nicht nur die Ansätze der Bilanz erläutern, sondern alles enthalten, was für einen ordentlichen Geschäftsmann erforderlich erscheint, um den Männern, die ihm das Vertrauen der Verwaltung schenkten, die Geschäftslage darzulegen (RG. bei Bauer 11, 221). Nicht vorgeschrieben ist die genaue Darlegung der Höhe der erfolgten Abschreibungen. Über die Frage, wie weit die Pflicht zur Offenlegung der Verhältnisse geht, wenn die Gesellschaft durch Bekanntwerden derselben geschädigt wird, vgl. Anm. 2ff. zu § 314.

Anm. 24. **Zusatz. Von einer eigentlichen Rechnungslegungspflicht** kann beim Vorstande nur insoweit die Rede sein, als er selbst Geschäfte abgeschlossen hat und Verwahrer von Gesellschaftsvermögen gewesen ist. Aber auch in diesem Falle liegt grundsätzlich seine Rechnungslegung in seiner Buchführung. Nur soweit diese nicht ausreicht, ist weitere Rechnungslegung seine Pflicht (ROHG. 25, 179). Insoweit wird § 259 BGB. durch die aktienrechtlichen Sondervorschriften des HGB. geändert. Ist weitere Rechnungslegung erforderlich, so kann der Vorstand seine Kaution nicht früher zurückfordern, als bis er dieser Pflicht nachgekommen ist (ROHG. 24, 364).

§ 261.

§ 261. Für die Aufstellung der Bilanz kommen die Vorschriften des § 40 mit folgenden Maßgaben zur Anwendung:

1. Werthpapiere und Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreise des Zeitpunktes, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, sofern dieser Preis jedoch den Anschaffungs- oder Herstellungspreis übersteigt, höchstens zu dem letzteren angesetzt werden;
2. andere Vermögensgegenstände sind höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen;
3. Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden, sofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein ihr entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird;
4. die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden;

5. der Betrag des Grundkapitals und der Betrag eines jeden Reserve- und Erneuerungsfonds sind unter die Passiva aufzunehmen; § 261.

6. der aus der Vergleichung sämmtlicher Aktiva und sämmtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust muß am Schlusse der Bilanz besonders angegeben werden.

Der vorliegende Paragraph gibt aktienrechtliche Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz.

Lit.: Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 2. Aufl. 98; Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften 03; Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind, 05; Knappe, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften 03; Beigel, Buchführungsrecht der Aktiengesellschaften; Reisch und Kreibig, Bilanz und Steuer 00 (nach österreichischem Rechte, jedoch auch das deutsche Recht berücksichtigend); vgl. ferner Lit. zu § 38.

I. Allgemeines über die Bilanzvorschriften.

Anm. 1. Hier ist über zweierlei abzuhandeln, einmal über die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften, welche Frage sich im Grunde genommen mit der Frage deckt, welche Folgen die Verletzung der Bilanzvorschriften hat, und zweitens über die Bedeutung der Bilanzposten, besonders der Begriffe Aktiva und Passiva. Bemerkt wird, daß hier nur die rein aktienrechtlichen Fragen behandelt werden, während die allgemeinen Fragen der Bilanz bei den §§ 39 ff. erörtert sind, daß ferner die Erläuterung sich nur auf Grundsätze und juristische Fragen beschränken muß, in betreff der Einzelfrage aber, insbesondere insoweit diese buchtechnischer Natur sind, auf die ausführlichen Monographien der oben angeführten Schriftsteller verwiesen wird. (Für die Versicherungsgesellschaften kommen noch die Vorschriften über den Prämienreservefonds in Betracht, vgl. §§ 56 ff. PrivVersUntGes.)

1. **Die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften** oder die Frage, welche Folgen es hat, wenn die Bilanzvorschriften verletzt werden. Die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften ist zunächst hier dieselbe, wie die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften beim Einzelkaufmann (vgl. Einl. zu § 38): eine durch ihre Nichtbeachtung verursachte Übersichtslosigkeit hat bei hinzutretendem Vermögensverfall die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder zur Folge, wobei mit Neukamp in ZHR. 48, 453 nicht „absolute Bilanzwahrheit", sondern nur Innehaltung der Höchstbewertungsvorschriften zu fordern ist; durch Bilanzansätze unter dem Wert wird das öffentliche Interesse nicht verletzt (vgl. Anm. 2 zu § 40). Es kommt hier hinzu, daß die falsche Aufstellung von Bilanzen auch unter die Strafvorschrift des § 314 und für Versicherungsgesellschaften unter die des § 106 PrivVersUntGes. fällt. Das ist die öffentlich-rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften.

   Anm. 2. Die Bilanzvorschriften haben aber auch privatrechtliche Bedeutung. Die in ihnen enthaltenen Grenzbestimmungen sind nach der einen Richtung zwingender, nach der andern dispositiver Natur.

a) **Es kommen zunächst die Aktiva in Betracht.** Die für die Bewertung der Aktiva gegebenen Vorschriften sind Höchstvorschriften und Mindestvorschriften, als erstere sind sie zwingender, als letztere dispositiver Natur.

   Anm. 3. **Sie sind zunächst Höchstvorschriften.** Das Gesetz will nicht, daß die Aktiva höher bewertet werden, als es im § 40 und in den Ziffern 1—3 des vorliegenden Paragraphen vorgeschrieben ist. Es gibt diese Höchstvorschriften zum Wohle aller Interessenten, sowohl der Aktionäre selbst, als der Gläubiger, hauptsächlich im Interesse der letzteren, und insoweit haben sie zwingenden Charakter (Lehmann-Ring Nr. 2). Statutarische Anordnungen, die diese Höchstansätze überschreiten, sind nicht zulässig und ungültig; unter bestimmten Voraussetzungen können sie sogar von Amts wegen gelöscht werden (§ 144 FGG.). Noch weniger wäre ein einfacher Generalversammlungsbeschluß gültig, der höhere Wertsansätze enthielte, als

§ 261. sie gesetzlich zugelassen sind. Ein solcher Generalversammlungsbeschluß wäre gesetzwidrig und daher ungültig und auch durch unterlassene Anfechtung würde er, da er gegen zwingendes Recht verstößt, nicht gültig, er kann demgemäß auch jederzeit von einer neuen Generalversammlung aufgehoben, er braucht und darf von den Vorstandsmitgliedern nicht ausgeführt zu werden (Goldmann Anm. 8). Den Gläubigern aber gegenüber würden die Gesellschaftsorgane nach §§ 241 und 249 ersatzpflichtig werden, wenn auf Grund eines solchen Beschlusses dem Gesetze zuwider Dividenden ausgezahlt würden (vgl. Neukamp in ZHR. 48, 464 ff.). Auch Strafbarkeit nach § 314 tritt ein (RG. bei Holdheim 13, 192). Für die Rückerstattung gezahlter Dividenden kommt § 217 in Betracht (vgl. die Erl. zu diesem Paragraphen; wegen Rückerstattung gezahlter Tantiemen vgl. Anm. 24 zu § 217).

Die Bilanzvorschriften betreffend die Aktiva sind aber auch Mindestvorschriften.

Anm. 4. α) **Das Gesetz will, daß mindestens die von ihm vorgesehenen Werte angesetzt werden.** Allein in dieser Beziehung hat es an der Beachtung seiner Vorschriften kein öffentliches Interesse, da es im Gegenteil nur zum Vorteil der Gläubiger gereicht, wenn Objekte unter ihrem Werte angesetzt werden, indem dies zur Stärkung des Gesellschaftsvermögens führt (vgl. Knappe 93; bei uns Anm. 2 zu § 40 und Neukamp in ZHR. 48, 464 ff., der mit Rücksicht hierauf das Bestehen eines „Dogmas von der Bilanzwahrheit" insofern mit Recht bekämpft, als die Bilanzwerte von den wirklichen Werten verschieden sein können). Inwieweit Aktionäre sich gegen im Statut nicht festgesetzte Minderbewertungen schützen können vgl. Anm. 6.

Anm. 5. β) **Bestimmen daher die Statuten geringere Bewertungen**, so liegt darin ein vertraglicher Verzicht auf die gesetzliche Mindestbewertung, der von den Aktionären gültig erklärt werden und den Gläubigern nur recht sein kann. Solche Statutenbestimmungen liegen z. B. in den häufig vorkommenden Vorschriften prozentualer Abschreibungen ohne Rücksicht auf wirkliche Wertminderungen. Sie sind ebenso zulässig wie Statutenbestimmungen über die Bildung von freiwilligen Reservefonds (vgl. zu § 262). Solche Statutenbestimmungen können nur durch Statutenänderung wieder beseitigt werden (RG. 22, 114; 40, 35). Wird im Einzelfalle dagegen seitens der Generalversammlung gefehlt, so ist der Beschluß anfechtbar, wird aber durch unterlassene Anfechtung gültig. Wegen der Anfechtung s. § 271 Abs. 3 Satz 2.

Dagegen erscheint eine Bestimmung des Statuts, daß gewisse Gegenstände überhaupt nicht in die Bilanz aufzunehmen sind, als dem Prinzip des Gesetzes widersprechend, ungültig (Cohn in DJZ. 03, 442).

Anm. 6. γ) **Bestimmen aber die Statuten solche Minderbewertungen nicht**, so hat jeder Aktionär ein Recht auf Bewertung in gesetzlicher Höhe. **Ein Generalversammlungsbeschluß, der die Werte geringer, als dies nach den Gesetzen oder Statuten zulässig ist, ansetzen würde, wäre gesetzwidrig und unterläge der Anfechtung.** Erfolgt die zulässige Anfechtung (vgl. über diese § 271 Abs. 3 Satz 2) nicht, so wird der Beschluß gültig. Und die Nichtanfechtung zu geringer Wertsansätze ist im Aktienverkehr üblich. Auch ohne statutarische Fürsorge schlagen die Verwaltungen der Aktiengesellschaften Abschreibungen in einer Weise vor, die die Wertsverminderung übersteigen, sie wollen dadurch die Gesellschaft stärken, Gesellschaftsvermögen von der Verteilung ausschließen, und die Aktionäre genehmigen die so vorgeschlagene Bilanz, indem sie die Fürsorge der Verwaltung teilen, oder sich um die Gesellschaft nicht kümmern. Anfechtungen nach dieser Richtung kommen selten vor. Solche Minderbewertungen bilden im Gegenteil geradezu den Stolz der Aktiengesellschaften. Aber gesetzlich zulässig ist die Anfechtung. Doch ist freilich bei diesem Anfechtungsrecht zu berücksichtigen, daß ein Aktionär die Forderung einer höheren Dividende nicht einfach dadurch begründen kann, daß er die Bewertung eines Kontos unter Berufung auf Gutachten von Sachverständigen als unangemessen ansicht. Denn die Generalversammlung soll nach freiem Ermessen die Bewertung vornehmen, und solange ihre Ansätze, wenn man auch über ihre objektive Richtigkeit streiten kann, das Maß vernünftiger

Erwägungen nicht verlassen, hat sie das Gesetz nicht verletzt (anerkannt vom OLG. Hamburg in OLGR. 10, 240). Aber der Nachweis ist dem Aktionär gestattet, daß er durch ein böswilliges oder willkürliches Verfahren der Generalversammlung in seinem Anspruch auf die Dividende geschädigt sei (RG. 40, 35; vgl. auch Neukamp in ZHR. 48, 489). Gegen eine solche Anfechtung kann nicht eingewendet werden, daß die Einstellung der Werte zwar offenbar zu niedrig, dies aber zur Stärkung des Unternehmens geschehen sei. Dem Dividendenanspruch des Aktionärs gegenüber würde dieser Einwand nicht durchgreifen. Denn zur Stärkung des Unternehmens gereicht jede Abschreibung und von diesem Standpunkte aus gäbe es überhaupt keine unzulässige Abschreibung. Dies nimmt allerdings Simon (324) an, der sich in der Tat auf den Standpunkt stellt, das Gesetz enthalte überhaupt keine Mindestbewertungsvorschriften. Allein, daß dies der Fall ist, daß hiernach willkürliche Abschreibungen von den Aktionären grundsätzlich angefochten werden können, bestätigt jetzt auch die Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2. Denn das gegen Abschreibungen gerichtete Anfechtungsrecht ist dort nach einer anderen Richtung eingeschränkt, indem es an einen Mindestbesitz von Aktien geknüpft ist. Das Anfechtungsrecht an sich ist hier aber als gegeben vorausgesetzt. (Die Ansicht des OLG. Colmar in OLGR. 10, 242, daß die Anfechtung nur zulässig sei, wenn die Voraussetzung des § 826 BGB. vorliege, kann daher als zutreffend nicht anerkannt werden). Auch in der Reichstagskommission (KB. 89) wurde anerkannt, daß es nach den gesetzlichen Bestimmungen unzulässig ist, verschleierte (d. h. in verschleierter Form und willkürlich) Abschreibungen vorzunehmen, was vom Simonschen Standpunkte zulässig wäre. Simons fernere Ausführung aber, daß die Anfechtungsklage des § 271 nur wegen Verletzung von Rechtsfragen, nicht wegen tatsächlicher Anwendung angestellt werden könnte, beruht auf unzutreffender Auslegung des § 271 (vgl. zu § 271).

δ) Soweit die Statuten Minderbewertungen nicht bestimmen, ist die Generalversammlung bei Aufstellung der Bilanz auch insofern frei, als sie an ihre Bewertungen früherer Jahre, insbesondere an frühere Abschreibungen, nicht gebunden ist. Einen Grundsatz der Bilanzkontinuität gibt es nicht (ebenso Rehm 789; Lehmann II 308; Goldmann Anm. 10). Jede Bilanz ist ein Stück für sich. Es sind stets die Verhältnisse zur Zeit, für die die Bilanz aufgestellt ist, maßgebend und allein maßgebend. Das geht auch aus § 40 und § 261 klar hervor. Es ist dies auch herrschende Ansicht und nur bei Betriebsanlagen wird angenommen, daß eine Rückgängigmachung einmal erfolgter Abschreibungen unzulässig ist (so Lehmann-Ring Nr. 14; Simon 412; Pemsel bei Holdheim 7, 249; RG. 28, 55). Allein eine solche Rückgängigmachung ist nach dem Gesetze gestattet (§ 261 Nr. 3). Zwar ist nicht zu leugnen, daß es nicht üblich ist, solche Rückgängigmachung zu bewirken. Aber zu weit geht es, wenn Simon ein Gewohnheitsrecht nach dieser Richtung annimmt und es für eine „schwindelhafte" Bilanz erklärt, wenn solche Heraufsetzung von Werten erfolge. Ein solches Gewohnheitsrecht kann als bestehend nicht anerkannt werden. Allerdings ist Neukamp (in ZHR. 48, 500) recht zu geben, wenn er sagt, daß die zeitige Generalversammlung von den Ansätzen der früheren Jahre nicht grundlos und willkürlich abweichen dürfe. Nur ist hierbei der Ton auf die Worte: „grundlos und willkürlich" zu legen, nicht aber ist mit Neukamp von einer Bindung der späteren Generalversammlung durch die Beschlüsse der früheren auszugehen. Eine solche Bindung gibt es nicht. Hält die spätere Generalversammlung die Schätzung der vorhergehenden Bilanz mit ausreichendem Grund für zu niedrig, aber will sie die in der Minderbewertung liegende versteckte Reserve beseitigen, so steht nichts im Wege, daß sie die Minderbewertung durch Einsetzung des wahren Werts, der sich natürlich innerhalb der durch § 261 gezogenen Grenzen bewegen muß, ändert. Wenn z. B., so sagt Neukamp in ZHR. 48, 498, indem er die hier vorgetragene Ansicht gegen Simon verficht, „die Maxhütte in Bayern, die bekanntlich wertvolle und große Fabrikgebäude mit einer Mark in die Bilanz eingestellt hat, die durch eine derartige Bilanzierung aufgespeicherte Reserve in einem ungünstigen Geschäftsjahre in der Weise ausschüttet, daß sie die Fabrikgebäude wieder mit dem jeweiligen

Anm 7.

§ 261. wahren Werte in die Bilanz einstellt, so ist auch vom Standpunkt der peinlichsten Redlichkeit nichts dagegen einzuwenden" (ebenso Fischer 76, Knappe 67). Immerhin werden die Fälle des Heraufsetzens früher herabgesetzter Werte ungewöhnlich sein und sind im Geschäftsbericht zu erläutern.

Beruht freilich die frühere Minderbewertung nur auf Irrtum, so steht der Rückgängigmachung in der neuen Bilanz überhaupt nichts im Wege (RG. 28, 55; RG. in JW. 93, 98).

Anm. 8. b) **Die Bilanzvorschriften über die Passiva** sind umgekehrt zwingender Natur als Mindestvorschriften (mindestens das Aktienkapital, mindestens der gesetzliche Reservefonds, mindestens die Schulden müssen unter den Passiven aufgeführt sein) und dispositiver Natur als Höchstvorschriften (es hat zwar jeder Aktionär ein Recht darauf, daß nicht mehr Passiva eingestellt werden, als dies vom Gesetz vorgeschrieben ist, weil eine höhere Einstellung sein Dividendenrecht schmälert, aber durch Gesellschaftsvertrag können über den gesetzlichen Betrag hinaus Passivposten, Reservekonten, angeordnet werden und wenn ein einfacher Generalversammlungsbeschluß dies auch gültig nicht anordnen kann, und anfechtungsreif ist, wenn er dies gleichwohl tut, so wird er doch durch unterlassene Anfechtung gültig, hierüber näheres zu § 262).

Anm. 9. 2. **Die Bedeutung der Bilanzposten, insbesondere der Begriffe Aktiva und Passiva.**

Vorweg ist zu betonen, daß die Bilanz eine einheitliche sein muß, d. h. sie muß das gesamte Gesellschaftsvermögen einschließlich der Zweiggeschäfte umfassen. Sonderbilanzen über einzelne Geschäftszweige oder Zweiggeschäfte sind zwar zulässig, außerdem aber muß die Aktienbilanz das Endergebnis der gesamten gesellschaftlichen Tätigkeit enthalten (Simon 29; vgl. auch Anm. 5 zu § 38).

Anm. 10. a) **Unter den Aktiven** darf alles aufgeführt sein, was als Vermögenswert zu betrachten ist, nicht nur greifbare Objekte, sondern auch Rechte und immaterielle Güter, insbesondere Forderungen, Patente, Verlagsrechte (Fischer 100), die Kundschaft eines Geschäfts, insofern sie mit dem Geschäfte erworben ist (Rehm 184; RG. in JW. 01, 653 [12]), wogegen selbstverständlich die selbsterworbene Kundschaft nicht plötzlich als Aktivum eingestellt werden kann (KB. z. AGes. von 1884 und bei uns Anm. 5 zu § 40) oder, wie Simon 166 sagt: soweit ein, wenn auch immaterielles und juristisch an sich nicht recht greifbares Gut Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sein kann, soweit kann es in der Bilanz als Aktivum auftreten (vgl. Anm. 6 zu § 186).

Anm. 11. b) **Die Passiva.** Dieser Begriff bedeutet das nicht, was das Wort vermuten läßt. Bei der doppelten Buchführung, die ja bei Aktiengesellschaften notwendig ist (vgl. Anm. 5 zu § 239) bedeuten die Passiva nicht nur die Schulden, sondern auch die Geschäftserfordernisse oder Geschäftsbedürfnisse. Unter den Passiven wird aufgezählt, wieviel die Gesellschaft, sei es infolge gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift oder aus wohlerwogener freier Selbstbestimmung der Generalversammlung, an Werten besitzen muß, damit sie zum Wohle der Interessenten gedeihe. Besitzt sie mehr als ihr zum Gedeihen erforderlich ist, so ist der Überschuß entbehrlich und verteilbar. Besitzt sie weniger, so hat sie eine Unterbilanz. Die Einstellung der Passiven in die Bilanz bezweckt die Bindung des Aktivvermögens für gewisse rechtlich vorgeschriebene bzw. rechtlich zulässige, dem Gedeihen der Gesellschaft dienende Zwecke, und dieser Zweck wird erreicht durch die Vorschrift, daß nur der Überschuß der Aktiva über die Passiva verteilt werden darf (§ 215). Die Passivseite der Aktienbilanz ist das arithmetische Mittel, um jenen Zweck der Bindung des Aktivvermögens zu erreichen (vgl. Strombeck in ZHR. 28, 470).

Anm. 12. Zu den Passiven gehören in erster Reihe die Schulden der Gesellschaft, weil es im Interesse der Gesellschaft in erster Reihe erforderlich ist, daß ein dem Betrage der Schulden gleichkommender Teil des Gesellschaftsvermögens von der Verteilung ausgeschlossen, aufgesammelt und zurückbehalten wird. Hervorzuheben ist, daß es auch Schulden der Gesellschaft gibt, die in der Bilanz keinen Platz finden. Es sind dies die Schulden, die nur aus dem Gewinn zu zahlen sind, z. B. Darlehne, die nur aus dem Gewinn zurückbezahlt werden sollen; Zusicherungen am Reingewinn an den Einleger eines Patents oder einen Handlungsgehilfen usw. Alles dies sind Schulden, sie sind aber nicht in den Passiven der Bilanz aufzuführen, da sie nur den Gewinn belasten.

Zu den Passiven gehört ferner die **Grundkapitalsziffer**. Diese stellt zwar keine **§ 261.** Schuld der Gesellschaft dar. Der Aktionär ist nicht Gläubiger (mit Unrecht nennt daher Anm. 13. Beigel [3] das Aktienkapital eine Schuld, die die Gesellschaft den Aktionären schuldig würde). Aber das Gedeihen der Gesellschaft macht es unbedingt erforderlich, daß ein der Grundkapitalsziffer gleichkommender Wertbetrag von der Verteilung ausgeschlossen, zurückbehalten bleibe bzw. aufgesammelt werde, damit er den Gesellschaftszwecken, denen er gewidmet ist, fortgesetzt dienen könne. — Unter den Passiven befinden sich ferner alle sogenannten Reservefonds, — die man richtiger als Reservekonten bezeichnen würde — die sämtlich nichts anderes bedeuten, als daß ein bestimmter Wertbetrag von der Verteilung ausgeschlossen, zurückbehalten bzw. aufgesammelt werden soll. Die Bilanz der Aktiengesellschaft ist überhaupt keine Vermögensbilanz, die den Überschuß der Aktiven über die Schulden bedeutet, sondern sie ist eine Verteilungsbilanz, die ersehen läßt, wieviel die Gesellschaft an verteilungsfähigen, oder ihrer Natur nach verteilbaren (Rehm 36) Werten besitzt (Aktiva) und wie hoch der Betrag der für die Gesellschaft erforderlichen und daher zurückzubehaltenden bzw. anzusammelnden Werte ist. Das letztere sind die Passiva, die sich in Schulden, d. h. Posten, die die Aktiven mindern und in Reservekonten, d. h. Werte, die von der Verteilung ausgeschlossen sind (Grundkapital, Reservefonds) teilen.

Rehm (33) bekämpft den Begriff „Verteilungsbilanz" und will statt dessen den Begriff „Gewinnermittlungsbilanz" setzen. Doch wohl zu Unrecht. Die Bilanz der Aktiengesellschaften ist die gesetzliche Grundlage für die Gewinnverteilung; die Vorschriften sind gegeben, um die den Gesetzen entsprechende Saldoziffer des Gewinns, der verteilt werden soll, festzustellen; sie ist daher ihrem Zweck nach Verteilungsbilanz. Die Ermittlung der den Gewinnsaldo ergebenden Ziffern ist Voraussetzung, nicht Zweck der Bilanz. Auch das RG. (in JW. 05, 235[20]) spricht von „Gewinnverteilungsbilanz".

Dabei gibt die Bilanz überall nur ein Augenblicksbild. Wie die Aktivseite nur bedeutet, Anm. 14. was zu der Zeit, für die die Bilanz gilt, an verteilbaren Werten vorhanden war, so zeigt die Passivseite, wieviel an Werten zu diesem Zeitpunkte erforderlich waren oder als erforderlich erachtet wurden. Auf wie lange sie erforderlich, wie lange sie zurückbehalten werden müssen, wie lange gespart werden muß, damit sie vorhanden seien, das ist aus der Bilanz nicht ersichtlich. Das ist bei den einzelnen Konten verschieden. Die den Schulden entsprechenden Beträge sind auszuzahlen, sobald dies aus zivilrechtlichen Gründen erforderlich ist; die aus freier Selbstbestimmung der Generalversammlung gebildeten Reservekonten sind auszuschütten, sobald die freie Selbstbestimmung der Generalversammlung die Ausschüttung anordnet; das gesetzliche Reservekonto ist zu streichen, sobald der Fall des § 262 vorliegt, das Aktienkapital ist niemals zu streichen, solange die Gesellschaft dauert, es sei denn, daß es nach den gesetzlichen Vorschriften herabgesetzt wird. Die Bilanz gibt hierüber keine Auskunft, vielmehr folgt dies aus anderen Bestimmungen und Grundsätzen.

Die Lehre von der Verteilungsbilanz und den Passiven als Reservekonten bekämpft Anm. 15. Simon (95). Er meint, auch die Bilanz der Aktiengesellschaft sei eine reine Vermögensbilanz. Aber er gibt auf S. 337 u. 449 doch wieder zu, daß die für die Bewertung der Aktiva gegebenen Fundamentalvorschriften des § 261 Nr. 1 und 2, nach denen die Aktiva höchstens zum Anschaffungspreise eingestellt werden dürfen, mit einer reinen Vermögensbilanz sich nicht vertragen, da dies dazu führe, daß nicht der Bestand der überhaupt vorhandenen Aktiva, sondern der Bestand der verteilungsfähigen Aktiva aus der Bilanz hervorgeht. Er findet sich mit dieser Vorschrift dadurch ab, daß er sagt, es sei materiell keine Bilanzvorschrift, sondern sie beträfe die Dividendenverteilung. Aber nach dem Gesetze **ist** sie doch eine **Bilanzvorschrift**, ja sie ist die erste seiner aktienrechtlichen Bilanzvorschriften. Verträgt sich die Vorschrift nicht mit einer reinen Vermögensbilanz, sondern nur mit einer Bilanz, die das verteilungsfähige Vermögen zeigt, so folgt daraus nicht, daß es keine Bilanzvorschrift ist, sondern daß die Bilanz der Aktiengesellschaft keine reine Vermögensbilanz, sondern eine Vermögens**verteilungsbilanz** ist. Simon hält weiter entgegen, daß es unklar sei, wie die zurückzu-

§ 261. behaltenden Konten Passiven sein sollen. Und doch bestimmt § 261 Nr. 5, daß der Betrag eines jeden Reservefonds unter die Passiva aufzunehmen sei. Und wenn er ferner anführt, daß auch der Gewinn unter den Passiven steht, obwohl dieser ja gerade verteilbar sei, während doch nach unserer Auffassung die Passiva lauter zurückzubehaltende Werte sein sollen, so ist dem wiederum entgegenzuhalten, daß unsere Anschauung die des Gesetzgebers ist. Dieser zählt die Ziffer, die sich in den Bilanzen der Aktiengesellschaften als letzter Posten der Passiva befindet, den Posten „Gewinn", nicht zu den eigentlichen Passiven, sondern betrachtet ihn lediglich als formellen Ausgleichungsposten. Das ergibt sich aus § 261 Nr. 6, nach dem am Schlusse der Bilanz anzugeben ist „der aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und sämtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust". Also gehört doch der Posten „Gewinn" nicht unter die eigentlichen Passiva (so auch Cosack § 118 III 2). Daß aber das Aktienkapitalkonto ein Reserveposten ist, muß entschieden aufrecht erhalten werden. Gerade diese Bezeichnung ist geeignet, auf das Wesen der Grundkapitalziffer ein helles Licht zu werfen. So sagt auch Lehmann, Aktienrecht I 160: „Das Grundkapital stellt den Betrag dar, den die Gesellschaft bei ihrer Entstehung als Minimalgarantiefonds reinen Aktivvermögens ihren Gläubigern zu reservieren verspricht. Die Gesellschaft erklärt mit der Angabe des Grundkapitals, daß sie von ihrem jederzeitigen Vermögen an ihre Aktionäre Dividenden erst dann zahlen wird, wenn sich nach Abwägung von Aktivis und Passivis mehr ergibt, als der Betrag des Grundkapitals anzeigt. Das ist der Sinn der Vorschrift, daß das Grundkapital bei der jährlichen Bilanz als Passivum zu figurieren hat." Hier wie auch sonst, scheint es, als wenn Simon allzusehr in dem Banne der Anschauungen der doppelten Buchführung lebte und nur von diesem Gesichtswinkel aus die Konstellationen der aktienrechtlichen Bilanzen erklären wollte. Auch Nenkamp (bei Holdheim 7, 189) verteidigt in ausführlicher Polemik gegen Simon unsere Auffassung von der Aktienbilanz als Verteilungsbilanz, ebenso bekämpft Rehm (32) die Simonsche Ansicht; vgl. auch Fuisting in DJZ. 02, 561.

II. Das Beispiel einer Bilanz.

Anm. 16. Nach Cosack (§ 118) wird nachstehend das Beispiel einer Bilanz gegeben, auf deren einzelne Posten im Verlaufe der Darstellung zurückgekommen wird.

Aktiva.		Passiva.	
Grundstücke	300 000 ℳ	Schulden	220 000 ℳ
Maschinen	50 000 „	Grundkapital	500 000 „
Warenvorräte	150 000 „	Gesetzlicher Reservefonds	30 000 „
Forderungen	100 000 „	Delkrederefonds	30 000 „
Geld und Wertpapiere	260 000 „	Erneuerungsfonds	50 000 „
		Gewinn	30 000 „
		Hiervon	
		a) zum Reservefonds 1 500 ℳ	
		b) 5% Dividende 25 000 „	
		c) Tantieme 3 000 „	
		d) Vortrag auf neue Rechnung 500 „	
		30 000 ℳ	
Summa:	860 000 ℳ	Summa:	860 000 ℳ

III. Der Inhalt der aktienrechtlichen Bilanzvorschriften.

Anm. 17. A. **Im allgemeinen gelten die allgemeinen Vorschriften des § 40, soweit sie nicht durch die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen geändert werden.** Insbesondere ist wegen des Ansatzes der Schulden, des Disagiokonto, wegen der Fragen nach dem wahren Werte, auch wegen der Frage nach der Bewertung zweifelhafter Forderungen

auf das zu § 40 Gesagte zu verweisen. Daß zweifelhafte Forderungen hier oft voll angesetzt werden und die zu hohe Bewertung durch eine Delkrederekonto auf der Passivseite ausgeglichen wird, ist keine Eigentümlichkeit der Aktiengesellschaft. Dies kann auch sonst geschehen. Ein solches Delkrederekonto hat lediglich die Bedeutung eines Korrektivpostens, einer Abschreibung (vgl. zu § 262). Späterer Eingang über den Taxwert vermehrt den Gewinn des neuen Geschäftsjahres (ROHG. 25, 327). Sollte freilich das Delkrederekonto die für Abschreibungen erforderlichen Beträge übersteigen, so läge insoweit ein wirkliches Reservekonto, sogenannter echter Reservefonds, vor, der den allgemeinen Regeln der freiwilligen Reservefonds unterläge (vgl. zu § 262). **§ 261.**

Über die Behandlung klagloser Differenzgeschäfte in der Bilanz vgl. Simon im BankA. II 67, der mit Recht zu folgendem Resultat kommt: Forderungen aus Börsengeschäften, deren Eingang zu erwarten ist, sind einzustellen; ist die Gesellschaft aus solchen Geschäften Geld schuldig, so erfolgt die Einstellung unter die Passiva. Für etwaige nach dem Gesetz an sich begründete Rückforderungsrechte erfolgt keine Einstellung, es sei denn, daß die Rückforderung bereits geltend gemacht und trotz § 814 BGB. eine Verurteilung zu erwarten ist. Alles dies ist nach pflichtgemäßer Prüfung zu beurteilen.

Über die Eröffnungsbilanz der Aktiengesellschaft siehe besonders Anm. 7 zu § 239.

Über den Wertsansatz schwebender Engagements bei der Aktiengesellschaft s. Anm. 24. Darüber, inwieweit überhaupt schwebende Engagements zu berücksichtigen sind vgl. Simon in der Festgabe für Koch 384 ff. und bei uns Anm. 8 zu § 40. Grundsatz ist an sich, daß nicht die Geschäftsabschlüsse, sondern nur die infolge des Geschäfts eintretenden Vermögensveränderungen ersichtlich zu machen sind. Immerhin ist aber pflichtmäßig zu erwägen, ob nicht aus dem Engagement ein Verlust möglich oder wahrscheinlich ist. Schwebende Geschäfte, bei denen Forderungen und Schulden gleichwertig sind z. B. Verpflichtungen und Rechte aus Mietsverträgen, aus Wechseln mit Regreßrecht gegen zahlungsfähige Vormänner usw. sind nicht aufzunehmen. Ist dagegen nach der mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorzunehmenden Prüfung bei derartigen Geschäften anzunehmen, daß aus ihnen Verluste entstehen, so sind diese mit ihrem zu schätzenden Betrage als Passiva zu buchen. Eine Buchführung, die, wie im Falle der Leipziger Bank, dies nicht berücksichtigt, wird mit Recht von Simon als nicht ordnungsmäßig bezeichnet (vgl. auch Reisch bei Holdheim 13, 68).

Über Bilanzierung von Wechselforderungen und Schulden vgl. Rehm 220 ff. und bei uns Anm. 7 zu § 40.

Daß Wertsminderungen und Verluste, die in der Zeit zwischen dem Jahresschluß und der Vorlegung der Bilanz an die Generalversammlung eintreten, das neue Geschäftsjahr treffen, darüber s. Anm. 11 zu § 213. Wie weit Wertserhöhungen gegen die Ansätze früherer Jahre vorgenommen werden können, darüber oben Anm. 7.

B. **In einzelnen wichtigen Punkten sind im vorliegenden Paragraphen Abänderungen der allgemeinen Bilanzsätze des § 40 vorgeschrieben.** Anm. 18.

Ziffer 1. Wertpapiere und Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zum Börsen- oder Marktpreise und höchstens zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden, je nachdem der eine oder der andere niedriger ist.

a) Sinn und Bedeutung der Vorschrift. Nach § 40 sind sämtliche Vermögensstücke zu ihrem wirklichen Wert anzusetzen. Diese Vorschrift erleidet bei Aktiengesellschaften eine Änderung. Die Rücksicht auf alle Interessenten, Gläubiger und Aktionäre, gebietet hier, daß nicht Gewinne verteilt werden, die lediglich durch Wertsteigerung der vorhandenen Objekte, durch Schätzungen und Rechnung entstehen, sondern in der Regel nur solche, die durch Realisierung erzielt sind (RG. in JW. 05, 235 [20]). Aus diesem Grunde ist vorgeschrieben, daß bei Gegenständen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Geschäftswert nach § 40 dann nicht anzusetzen ist, wenn er den Herstellungs- oder Marktpreis übersteigt. Ist dies letztere

§ 261. der Fall, dann ist der Herstellungs- oder Marktpreis, je nachdem der eine oder der andere niedriger ist, der Höchstbetrag der Bewertung. Der Geschäftswert bleibt daneben als selbständiger Höchstbetrag der Bewertung bestehen. Mehr als die Ware für das Geschäft wert ist, darf für sie nicht angesetzt werden, weshalb z. B. eine Ware, die für das Geschäft einen geringeren Wert hat, als der Anschaffungspreis beträgt, nur zu dem geringeren Werte angesetzt werden kann. Aber auch wenn sie mehr Wert für das Geschäft hätte, so soll sie nach dem vorliegenden Paragraphen doch höchstens zum Marktpreise oder zum Anschaffungs- bzw. Herstellungspreise angesetzt werden. Diese Vorschrift hat eine doppelte Bedeutung; sie enthält die Höchst- und Mindestgrenze der Bewertung; aber beides mit verschiedener Tragweite. Diese ist in Anm. 1 ff. auseinandergesetzt.

Anm. 19. b) Der Begriff Marktpreis ist derselbe wie im § 453 BGB. (vgl. RG. 34, 121).

Ist der Marktpreis höher als zur Zeit der letzen Bilanz, so kann der höhere Marktpreis eingestellt werden, wenn er nur nicht höher ist als der Anschaffungspreis oder der wahre Geschäftswert der Ware (vgl. Anm. 18). Auf diese Weise kann es doch kommen, daß ein Gewinn verteilt wird, der nicht Ergebnis des Betriebes ist.

Geht der Kurs in der Folgezeit, zwischen Aufstellung der Bilanz und Vorlegung an die Generalversammlung, herunter, so ist deshalb allein die Bilanz nicht entsprechend zu ändern, wie dies die M. z. AGes. von 1884 (I 259) von der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleute als selbstverständlich fordern. Doch wird dies unter Umständen geboten sein, nämlich, wenn sich hierdurch der Geschäftswert, den die Ware zur Zeit der Bilanzaufstellung in Wahrheit gehabt hat, nunmehr als zu hoch herausstellt (Lehmann-Ring Nr. 5).

Anm. 20. c) Der Anschaffungs- und Herstellungspreis der Ware. Was unter dem Anschaffungspreis zu verstehen ist, bedarf nicht der Erläuterung. Es ist alles, was dazu aufgewendet wurde, um den Gegenstand anzuschaffen, also nicht nur der nackte Kaufpreis, sondern auch die Provisionen, Versicherungen, Steuern, der Stempel usw., die dabei verausgabt wurden. Vgl. unten Anm. 30. Dagegen kommen Rabatte, Skonti in Abzug. Bei in die Gesellschaft eingebrachten Gegenständen muß der volle angesetzte Preis als Anschaffungspreis angenommen werden, da auch das Aktienkapital in solcher Höhe in die Bilanz eingestellt wird (Simon 370). Ob die Aktien der Gesellschaft den Pariwert haben oder nicht, ist gleichgültig (vgl. Anm. 2 zu § 191). Aber es kann dieser Umstand, nämlich daß die Aktien der Gesellschaft einen Marktpreis unter pari haben, ein Anlaß sein zur Prüfung, ob die eingebrachten Gegenstände den bei der Gründung festgesetzten Wert haben; denn der wahre Wert darf bei dem Bilanzeinsatz nicht überschritten werden. Über Gegenstände, die die Gesellschaft selbst (bei Gründung einer anderen) einbringt, s. Anm. 34.

Anm. 21. Ob unter dem Herstellungspreis nicht nur der Betrag der Materialien und Löhne zu verstehen ist, sondern auch der Teil der allgemeinen Verwaltungskosten, der mittelbar zu den mit der Herstellung in Verbindung stehenden Aufwendungen und Leistungen verwendet wurde: also die Ausgaben für die zur Aufsicht der Arbeiter bestimmten Personen. Meister, Techniker und Betriebsinspektoren; Versicherungsbeiträge; Unterhaltung der für die Herstellung der Waren erforderlichen Anlagen, Maschinen und Geräte, bzw. Anteil an ihrer Abnutzung (Amortisation) ist sehr bestritten. Für die Berücksichtigung der Generalunkosten hat sich Esser (ZHR. 34, 327); Holdheim bei Holdheim 2, 161; Knappe 94; Beigel 27; Cosack § 118 II 1 d; Goldmann Anm. 21; gegen sie Simon 346; Petersen-Pechmann-Kehm 709: Lehmann-Ring Nr. 7; Pinner 208 ausgesprochen. Die D. 158 entscheidet die Frage nicht, überläßt vielmehr dem „verständigen Ermessen im einzelnen Fall" zu prüfen, inwieweit die Einstellung zu erfolgen hat.

So sehr an sich anzuerkennen ist, daß wirtschaftlich die Generalunkosten zu den Herstellungskosten zu zählen und bei der Berechnung der Verkaufspreise zu berücksichtigen sind, so muß mit Rücksicht auf die positiven Vorschriften des Gesetzes der Ansicht, daß sie bilanzmäßig den Herstellungskosten nicht zuzuschlagen sind, entgegen den Ausführungen der 6./7. Aufl., zugestimmt werden. Die Zusammenstellung von Anschaffungs- und Herstellungs-

preisen in § 261 beweist, daß beide nach gleichen Grundsätzen zu behandeln sind. Nun erfordert auch die Anschaffung von Waren Generalunkosten: Gehalt des den Einkauf besorgenden Personals, Miete der Lagerräume usw.; dennoch wird niemand auf den Gedanken kommen, diese den Anschaffungspreisen zuzurechnen. Ferner spricht die Bestimmung der Ziffer 4 dieses Paragraphen gegen die Berücksichtigung. Sie würde entgegen der gesetzlichen Vorschrift die Verwaltungskosten als Teil der Herstellungspreise im Aktivum erscheinen lassen. Es kann daher zum Herstellungspreise nur zugerechnet werden, was direkt für die betreffende Ware verwendet, nicht aber das, was für das Unternehmen als solches aufgewendet wird. § 261.

Mit Recht hebt Simon (348) hervor, daß es Fälle gibt, in denen sich der Herstellungspreis gar nicht ziffermäßig nachweisen läßt, und daß alsdann entweder der Durchschnittsherstellungspreis oder, wenn auch dieser nicht ermittelt werden kann, eine Schätzung des Herstellungspreises eintreten muß. Es kann in solchen Ausnahmefällen, d. h. dann, wenn der Herstellungspreis nicht zu ermitteln ist, der Wert auch derart festgestellt werden, daß von dem Verkaufspreis prozentuale Abzüge gemacht werden; jedoch sind letztere unter allen Umständen so hoch zu bemessen, daß der wirkliche Herstellungspreis nicht überschritten wird. Immerhin ist eine derartige Bilanzierung gefährlich und nur zulässig, wenn eine andere Möglichkeit, den Herstellungspreis zu ermitteln, nicht vorhanden ist.

d) Die Zeit, für die die Bilanz aufgestellt wird, ist überall zugrunde zu legen, d. h. der Schluß des Geschäftsjahres. Sind an dem hiernach entscheidenden Tage verschiedene Börsen- oder Marktpreise notiert worden, so bildet der zuletzt notierte die Grenze der zulässigen Bewertung (Simon 357). Hat die Gesellschaft Waren oder Wertpapiere im Laufe des Geschäftsjahres verkauft und dann wieder gekauft, so gilt als Erwerbspreis der letzte Kaufpreis. Es kann dies zur Umgehung der gesetzlichen Vorschrift führen. Eine Bank hat Aktien zu 100 erworben; sie verkauft sie am 31. Dezember zum Tageskurse von 200, und erwirbt sie am selben Tage für 200 wieder. Diese Umgehung ist dann nicht verboten, wenn keine Scheinmanipulation vorliegt, wenn also z. B. die Bank vor dem Verkauf den Wiederankauf sich nicht schon gesichert hat (Simon 342; Lehmann-Ring Nr. 4). Anm. 22.

e) Im einzelnen entstehen Zweifel:

α) bei Waren, die verkauft und angefertigt, aber noch nicht abgesandt sind. Bei diesen ist der erzielte Kaufpreis nach seinem wahren Werte (also unter Berücksichtigung des Ziels, der Zahlungsfähigkeit des Käufers) einzustellen. Sicherlich trifft das zu, wenn der Kaufpreis geringer ist, als der Herstellungspreis, denn der niedrigere Preis tut den geringeren Veräußerungswert unwiderleglich dar (Lehmann-Ring Nr. 8). Aber das gleiche muß mit Simon (352) entschieden angenommen werden, wenn der erzielte Kaufpreis höher ist. Daß die nackte Eigentumsübergangsfrage entscheidet, wie Ring (1. Aufl. 260) meinte, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen und wird auch von Ring nicht mehr aufrecht erhalten. Aber ebenso wenig zutreffend ist das, was Ring in der 2. Aufl. (Anm. 7) zur Begründung seiner Ansicht anführt: „Es entscheidet, daß nach der Absicht des Gesetzes nicht eingegangene, wenn auch noch so sichere Gewinne nicht ansatzfähig sind." Allein dieser Satz ist nicht richtig, er würde auch bei einem verkauften und schon übergebenen Gegenstande hindern, den vollen gestundeten Kaufpreis in die Bilanz einzustellen, wenn der Eingang noch so sicher wäre. Es entscheidet daher auch nicht, wie Lehmann-Ring Nr. 8 und Goldmann Anm. 16 annehmen, der „buchmäßige Eingang" des Preises d. h. wohl die Zahlung, sondern es genügt, daß eine Forderung gegen den Käufer entstanden ist. Anm. 23.

Ist die Ware noch anzufertigen, so kommt das betreffende Verkaufgeschäft nicht in Betracht und auch sonst bei schwebenden Engagements muß bei den Aktiengesellschaften der Anschaffungspreis als zulässiger Höchstbetrag (Anm. 8 zu § 40) gelten (Simon 353). Anm. 24.

β) Halbfabrikate können als Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, nicht gelten und fallen daher unter Ziffer 2 (vgl. Esser Anm. 4; Simon 186). Anm. 25.

§ 261. Anm. 26. γ) Geschenkte Gegenstände sind nur pro notitia in die Bilanz einzustellen, höchstens können das dem Überbringer gegebene Trinkgeld oder ähnliche kleine Aufwendungen, wie Abtragsporto, als Anschaffungspreis gelten (vgl. Lehmann II 304; Rehm 191; OLG. Naumburg bei Bauer 10, 55); Lehmann-Ring Nr. 6; Simon 339 und Goldmann Anm. 18 wollen den nach sonstigen Grundsätzen zu ermittelnden Wert gelten lassen; aber das widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes, über den nichts hinweghilft, abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, inwiefern hier Hilfe erforderlich wäre, da das Ergebnis doch gerade nicht mißlich und der Fall überdies sehr selten ist.

Anm. 27. δ) Besitzt die Gesellschaft Aktien einer anderen Gesellschaft mit Dividendenscheinen, so darf sie die letzteren nicht besonders bewerten. Denn der Dividendenschein bildet mit der Aktie ein Ganzes und hat mit der Aktie einen gemeinsamen Anschaffungspreis. Dies gilt sowohl, wenn das Geschäftsjahr der betreffenden Gesellschaft noch läuft, als auch, wenn es abgelaufen ist. Denn in letzterem Fall ist zwar der Dividendenschein im börsentechnischen Sinn bereits abgetrennt, d. h. die Aktie wird ohne Dividendenschein gehandelt und es drückt sich der Abzug beim Kurse aus, so daß die Aktie entsprechend niedriger bewertet ist. Nach der strikten Bestimmung des § 261, 1 aber darf nur der wirkliche Kurswert eingesetzt, der Dividendenschein andererseits kann mangels sicherer Feststellung des Wertes nicht berücksichtigt werden. Ist die Dividende festgestellt, so besteht ein Forderungsrecht, das eingesetzt werden kann.

Anm. 28. ε) Über die Frage, wann Waren Eigentum im Bilanzsinne werden vgl. Rehm 192, der mit Recht nicht den juristischen Begriff des Eigentumsübergangs, sondern den der wirtschaftlichen Zugehörigkeit entscheiden läßt (vgl. Anm. 4 zu § 40).

Anm. 29. Ziffer 2. **Andere Vermögensgegenstände, d. h. solche, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, sind höchstens zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise anzusetzen.** Dies gilt nicht nur von zur Veräußerung bestimmten Gegenständen, sondern auch von den Ziffer 3 bezeichneten stabilen Werten (RGSt. 36, 436). Auch hier ist zunächst der wahre Geschäftswert maßgebend. Bleibt aber der Anschaffungs- oder Herstellungspreis hinter dem Geschäftswerte zurück, so ist nicht dieser, sondern der Anschaffungs- oder Herstellungspreis maßgebend. Grund und Sinn dieser Bestimmung sind hier die gleichen, wie bei Ziffer 1, desgleichen die Begriffe Anschaffungs- und Herstellungspreis. In dieser Beziehung aber ist noch folgendes anzuführen:

Anm. 30. Zum Anschaffungs- und Herstellungspreise gehört auch die gezahlte Provision; z. B. bei Aufnahme eines Darlehns zum Zweck der Herstellung einer Fabrikeinrichtung bildet die aufgenommene Summe einschließlich der dafür gezahlten Provision den Herstellungspreis für die Einrichtung (Bolze 6 Nr. 643).

Anm. 31. Bei Kauf in der Zwangsversteigerung ist der ganze dafür eingesetzte Verlust der Erwerbspreis. Wenn also z. B. eine Aktiengesellschaft ein Grundstück, auf dem hinter 20000 Mark eine Hypothek von 30000 Mark für sie haftet, um Stempel zu sparen, zum Nominalpreise von 20000 Mark ersteht, so ist nicht, wie Esser Anm. 3 annimmt, der Preis von 20000 Mark, sondern der Betrag von 50000 Mark als Erwerbspreis in die Bilanz einzustellen. Denn dann gehört dieser Ausfall zu den Opfern, die die Gesellschaft bringen mußte, um das Grundstück für 20000 Mark zu erwerben (ebenso Rehm 307). Würde sie das Opfer des Ausfalls nicht gebracht haben, so würde das Grundstück 50000 Mark gekostet haben (Simon 348). Allein es muß ein wirkliches Opfer vorliegen. Es liegt ein solches nicht vor, soweit der Wert der ausgefallenen persönlichen Forderung reicht. Aber auch soweit diese wertlos ist, liegt in dem Umfange kein Opfer vor, in welchem die Hypothek dinglich wertlos war. Der dingliche Wert reicht bis zur Grenze des wahren Wertes des Grundstückes. Eine darüber hinausgehende dingliche Berechtigung ist insoweit wertlos, ihr Verlust kein Opfer (Simon 178).

Anm. 32. Bei Patenten können neben dem Erwerbspreis auch die Kosten der Experimente hinzugerechnet werden (Simon 349; RG. bei Holdheim 13, 160; Fischer 98).

Sind mehrere Gegenstände zu einem Pauschalpreise angeschafft, so muß der gezahlte Preis auf die einzelnen Gegenstände im Verhältnis ihres wahren Wertes zu einander verteilt werden (Simon 349; Rehm 708). **§ 261.** Anm. 33.

Über Gegenstände, die die Gesellschaft eingebracht erhalten hat, s. Anm. 20. Legt die Aktiengesellschaft selbst (bei Gründung einer anderen Gesellschaft) Gegenstände ein, so darf sie die dafür erhaltenen Geschäftsanteile der anderen Gesellschaft höchstens zu dem Preise in ihre eigene Bilanz einstellen, den die eingebrachten Werte sie selbst gekostet haben; denn das ist der von ihr aufgewendete Anschaffungspreis jener Geschäftsanteile. Anm. 34.

Ziffer 3. **Anlagen oder sonstige nicht zur Weiterveräußerung, sondern dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmten Werte dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden, sofern nur die Abnutzung durch Abschreibung oder durch einen Erneuerungsfonds berücksichtigt wird.** Anm. 35.

a) Sinn und Grund der Bestimmung. Diese Vorschrift enthält eine Erleichterung, während die beiden vorangehenden eine Erschwerung enthalten. Während nach § 40 zunächst der wahre Geschäftswert entscheidet und jedenfalls ein höherer Wert nicht angesetzt werden darf, soll es bei den sogenannten stabilen Werten den Aktiengesellschaften gestattet sein, eine andere Bewertungsart zu wählen, bei der es vorkommen kann, daß ein höherer als der wahre Geschäftswert in der Bilanz erscheint. Es kann hiernach vorkommen, daß ein der Gesellschaft gehöriges Fabrikgrundstück, das zu teurem Preise erworben und wenig abgenutzt wird, fortgesetzt zu hohem Preise in der Bilanz erscheint, obgleich sein wahrer Wert sich, etwa durch Verschlechterung der Kommunikation erheblich verringert hat oder obgleich es von vornherein zu teuer gekauft ist. Desgleichen kann das bei Maschinen vorkommen, deren Wert durch neue Erfindungen erheblich sinkt. Simon (403) und Beigel (54) legen das Wort „Abnutzung" ausdehnend als Wertminderung oder Entwertung aus, so daß darunter jede Verminderung des Werts, z. B. durch neue Erfindungen, Konjunkturverhältnisse usw. fällt. Diese Auslegung scheitert aber an dem Wortlaut des Gesetzes. Nur ist mit Rehm (704), und Staub GmbH. (Anm. 32 zu § 42) anzunehmen, daß die Vorschrift der Ziff. 3 nur da Anwendung findet, wo eine Abnutzung begrifflich möglich ist; nicht also z. B. bei Patenten, Wertpapieren usw. Für diese ist § 40 und § 261 Ziff. 1 und 2 maßgebend.

Es ist aber zu beachten, daß es den Gesellschaften nur freigestellt ist, von dieser Bewertungsart Gebrauch zu machen. Ihr eigenes wohlverstandenes Interesse wird sie bestimmen, von dieser Freiheit dann keinen Gebrauch zu machen, wenn sich ein zu großes Mißverhältnis zwischen wahrem Wert und Bilanzansatz herausstellen würde und so die Verteilung von unentbehrlichem Gesellschaftsvermögen als Dividende die Folge wäre. Anm. 36.

Macht die Aktiengesellschaft von Ziff. 3 nicht Gebrauch, so kommt Ziff. 2 zur Anwendung.

b) Was unter Anlagen und sonstigen Gegenständen, die nicht zur Weiterveräußerung, sondern dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind, zu verstehen ist, ist schon in Anm. 3 zu § 207 auseinandergesetzt. Materialien und Warenvorräte, die zur Verarbeitnng bestimmt sind, gehören nicht dazu. Sie sind, wenn auch im verarbeiteten Zustande, zur Weiterveräußerung bestimmt und fallen daher unter Ziff. 1 und 2 (Esser Anm. 4; Neukamp 149). Sonstige Mobilien mannigfachster Art, wie Geräte und Utensilien, die der Abnutzung unterliegen, gehören allerdings dazu; ebenso an sich Wertpapiere, wenn sie nicht zum Zweck der Wiederveräußerung, sondern z. B. zur Kautionsstellung, zur dauernden Beteiligung bei einem anderen Unternehmen bestimmt sind (vgl. jedoch Anm. 35). Anm. 37.

c) Es muß ein der Abnutzung gleicher Betrag in Abzug oder ein Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht sein. Beide Wege führen rechnerisch zu demselben Ziele. Der letztere aber empfiehlt sich deshalb, weil er stets den Anschaffungs- oder Herstellungspreis des Gegenstandes ersehen läßt, was zur Klarheit der Bilanz beiträgt (vgl. Anm. 27 zu § 262). Der Erneuerungsfonds, von dem hier die Rede ist, wird richtiger Erneuerungs-Reservekonto Anm. 38.

§ 261. oder kurz Erneuerungskonto genannt. Denn ein eigentlicher Fonds ist nicht zu bilden (vgl. Anm. 2 zu § 262). Er bildet ein sogenanntes unechtes Reservekonto, da er lediglich einen Korrektivposten gegen ein zu hoch angesetztes Aktivum bildet. Enthält er aber durch statutarische Fürsorge oder durch Generalversammlungsbeschluß einen höheren Betrag als den der tatsächlichen Abnutzung, dann liegt insoweit ein echtes Reservekonto vor und zwar ein freiwilliges. Für dies gelten die allgemeinen Grundsätze über freiwillige Reservekonten (vgl. Anm. 29 ff. zu § 262).

Anm. 39. **Ziffer 4. Die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktivum in der Bilanz erscheinen.** Von den Verwaltungskosten versteht es sich von selbst, daß sie kein Aktivum sind. Dasselbe ist begrifflich von den Organisationskosten der Fall. Das Gesetz spricht zwar von Kosten der Errichtung. Es beruht das aber wohl auf einem Schreibfehler und soll „Einrichtung" heißen, womit das Wort Organisation des früheren Art. 185a übersetzt werden sollte (Simon 169; Lehmann-Ring 16; Fischer 4; Pinner 209; dagegen Rehm 717). Organisationskosten sind die Kosten der Ingangsetzung des Betriebs und der Vorbereitung (ROHG. 20, 216). So wichtig und wertvoll es auch sein mag, diese Ausgaben zu machen, so sind sie doch nicht das, was man unter einem Aktivum versteht. Denn darunter kann man doch nur wirkliche Verkehrsobjekte verstehen. Dennoch waren die Bestimmungen des Gesetzes gegenüber einer Praxis notwendig, die (vor dem AGes. von 1884) gegen die begriffliche Rechtslage fehlte: die Organisationskosten wurden oft als Aktivum gebucht. Das verbietet das Gesetz. Das daran im AGes. von 1884 geknüpfte Gebot, daß die Organisationskosten in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen müssen, war überflüssig, da es sich von selbst versteht, daß Kosten in der Jahresrechnung (Gewinn- und Verlustrechnung) als Verlust erscheinen müssen. Außerdem können sie in der Bilanz unter den Passiven (Kreditorenkonto) erscheinen, soweit sie nämlich noch nicht bezahlt sind. Dieses Zusatzgebot ist daher vom jetzigen HGB. mit Recht gestrichen worden.

Anm. 40. Zu den Organisationskosten sind insbesondere zu zählen die Gründungsentschädigungen, Maklerprovisionen, Notariats- und Gerichtskosten, Kosten für Anfertigung von Taxen, Rentabilitätsberechnungen, Stempel, Druckkosten für Prospekte usw.

Anm. 41. Dasselbe gilt bei der bereits bestehenden Gesellschaft für die bei Einrichtung eines neuen Geschäftszweigs entstehenden Vorbereitungskosten.

Anm. 42. Soweit aber durch die aufgewendeten Kosten der Organisation und Verwaltung Vermögensobjekte geschaffen werden, die für den Geschäftsbetrieb von Wert sind, sind diese nach Ziffer 1—3 als Aktiva in die Bilanz einzustellen. Was die Verwaltungskosten anbelangt, so ist dies bei Ziff. 1 hinsichtlich des Herstellungspreises ausgeführt. Die Organisationskosten aber kommen bei der Bewertung der neuen Einrichtung in Betracht, also z. B. bei Herstellung eines neuen Fabrikgebäudes, von Maschinen, Mustern, Utensilien. Solche Gegenstände können nach Ziff. 3 zum vollen Herstellungspreise angesetzt werden (Simon 163). Dies widerspricht auch nicht dem Gesetz, das nur verbietet, daß die Kosten als solche unter die Aktiven aufgenommen werden. Die durch sie geschaffenen Werte sind Vermögen der Gesellschaft und in den Aktiven zu führen.

Anm. 43. **Ziffer 5. Der Betrag des Grundkapitals und jedes Reserve- oder Erneuerungsfonds ist unter die Passiva aufzunehmen.** Grundkapital-, Reserve- und Erneuerungsfonds sind keine Schulden der Gesellschaft. Aber das ist eben auch nicht der Begriff der Passiva bei der Aktiengesellschaft. Vielmehr umfaßt der Begriff Passiva außer den Schulden die Erfordernisse der Gesellschaft (vgl. Anm. 11 ff.). Es ist aber ein gesetzliches Haupterfordernis der Aktiengesellschaft, daß das Grundkapital möglichst in seinem vollen Bestande erhalten werde. Deshalb muß die Ziffer des Grundkapitals unter den sogenannten Passiven vorhanden sein. Dadurch wird bewirkt, daß ein dieser Ziffer gleichkommender Betrag von der Verteilung ausgeschlossen, zurückbehalten und daß nicht eher Gewinn verteilt wird, als bis die verminderten Aktiva mindestens wiederum diese Wertsziffer erreicht haben (vgl. Anm. 15). Nicht erforderlich ist, daß die Bilanz das Verhältnis von Stamm- und Vorzugsaktien ersichtlich macht.

Dabei ist, wenn die Einzahlung noch nicht voll erfolgt ist, der statutarische Grundkapitalsbetrag, nicht die Summe der erfolgten Einzahlung entscheidend (ebenso Rehm 381; Simon 207; Lehmann II 294 Anm. 3; Beigel 6, 33; Reisch-Kreibig 22; dagegen Knappe 79 der es für zulässig erachtet, unter Aktienkapital nur den Betrag der Einzahlungen zu vermerken). Das ist nicht nur, wie Gareis-Fuchsberger (518 Note 435) meinen, ein rechnerischer, materiell aber wesenloser Unterschied. Denn es ist z. B. die nach § 262 an den gesetzlichen Reservefonds abzuführende Summe eine verschiedene, je nachdem die eine oder die andere Ziffer als Grundkapitalsbetrag in das Passivum eingestellt wird, und korrekterweise muß die gesetzliche Quote von der vollen Grundkapitalsziffer berechnet werden (vgl. Neukamp in ZHR. 38, 79). Daß die statutarische Grundkapitalsziffer entscheidet, folgt aus dem ganzen Aufbau der Aktiengesellschaft. Daß aber diese Grundziffer erst dann in ihrer vollen Höhe zum Ausdruck und zur Geltung kommen soll, wenn alle Einzahlungen voll geleistet sind, hat das Gesetz nicht vorgeschrieben. Das Gesetz hat sich mit einer geringeren Bedingung begnügt, nämlich mit der Viertelsdeckung. Andererseits muß die Bilanz freilich auch ersichtlich machen, wie viel auf das Aktienkapital eingezahlt ist (RGSt. 26, 104). Der Betrag der rückständigen Einlagen ist als Forderung der Gesellschaft unter den Aktiven und zwar so zu buchen, daß ersichtlich ist, daß es sich um Einlagerückstände handelt. Die Forderungen sind nach ihrem wirklichen Wert, also unter Berücksichtigung der Zahlungsfähigkeit der Aktionäre, beziehungsweise der nach §§ 218 ff. Regreßverpflichteten zu buchen (Lehmann-Ring Nr. 17). Anm. 44.

Ob die Grundkapitalsziffer bei Kapitals-Herabsetzungen und Amortisationen unverkürzt stehen bleibt, bis den Vorschriften des § 301 Genüge geschehen ist, oder sofort zu ändern ist, darüber vgl. zu § 301. Daß jeder andere Reserve- oder Erneuerungsfonds unter den Passiven zu buchen ist, ist nach der oben niedergelegten Anschauung vom Wesen der Passiva eine Tautologie. Über die Bildung von Reservekonten s. Anm. 29 ff. zu § 262. Anm. 45.

Ziffer 6. **Der Gewinn und der Verlust müssen besonders angegeben sein.** In der Praxis ist viel dagegen gesündigt worden. Bald steckte der Reingewinn, soweit er dem Reservefonds zufließt, in diesem, soweit er unter die Aktionäre zu verteilen ist, in dem Dividendenkonto (vgl. Simon 93). Demgegenüber schreibt das Gesetz vor, daß der Gewinn oder Verlust am Schlusse der Bilanz besonders, d. h. getrennt von allen anderen Bilanzposten und in einer Ziffer angegeben werden muß. Durch die Zerstückelung des Gewinns in verschiedene Posten geht seine Erkennbarkeit verloren (Simon 94). Dagegen ist nicht notwendig, daß der Gewinn oder der Verlust als solcher bezeichnet werden muß. Wer überhaupt eine Bilanz versteht, der weiß, daß die letzte Ziffer der Aktiva als Ausgleichsziffer den Verlust, die letzte Ziffer der Passiva als Ausgleichsziffer den Gewinn darstellt. Das klingt allerdings sonderbar: der Verlust soll die letzte Ziffer der Aktiva, der Gewinn die letzte Ziffer der Passiva sein? Indessen das beruht auf den Regeln der doppelten Buchführung und hängt wie folgt zusammen. An sich ergeben die Aktiva und die Passiva, wenn sie nicht zufällig gleich lauten, ungleiche Summen: entweder überwiegen die Aktiva oder die Passiva. Die Kaufleute schaffen aber die Ungleichheit fort, indem sie die Überschußsumme an die Posten der kleineren Seite als letzten fingierten Posten anreihen. So betragen z. B. in der Bilanz oben Anm. 16 die Aktiva 860000 Mark, die Passiva, wie eine Zusammenrechnung ergibt, 830000 Mark, der Überschuß der Aktiva also 30000 Mark. Dieser Überschuß wird als letzter Posten den Passivposten hinzugefügt. Dann sind beide Seiten gleich groß. Anm. 46.

Die Verteilung des Gewinns gehört begrifflich nicht in die Bilanz der Aktiengesellschaften. Nach § 246 sind die Jahresrechnungen, die Bilanz und die Vorschläge zur Gewinnverteilung getrennte Begriffe. Doch steht nichts entgegen, daß die Gesellschaften, wie sie es meist tun, die Gewinnverteilung vor dem Strich skizzieren (vgl. das Beispiel Anm. 16). Anm. 47.

Hervorzuheben ist, daß Gewinn nur das ist, was sich aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und sämtlicher Passiva einschließlich Grundkapitals und der Reservekonten ergibt; z. B. Anm. 48.

§ 261. eine Gesellschaft hat am Ende eines Geschäftsjahres 750000 Mark Aktiven und 1 Million Mark Grundkapital ohne weitere Passiven; sie verdient im Jahre 250000 Mark; ein Bilanzgewinn ist nicht vorhanden.

Anm. 49. Die hier in Rede stehende Gewinnziffer ist übrigens dieselbe, die sich als Ergebnis der Gewinn- und Verlustrechnung ergibt, da auch die letztere nicht nur die Ergebnisse des betreffenden Jahres registriert, sondern als ersten Posten noch den Gewinn- oder Verlustvortrag aus der letzten Bilanz enthält (vgl. Anm. 22 zu § 260 und Simon 78; Neukamp 150). Die gegenteilige Anschauung von Gareis-Fuchsberger (517 Note 436) ist verfehlt (gegen diese ausführlich unsere 1. Aufl. 525).

§ 262.

§ 262. Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden. In diesen ist einzustellen:

1. von dem jährlichen Reingewinne mindestens der zwanzigste Theil so lange, als der Reservefonds den zehnten oder den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Theil des Grundkapitals nicht überschreitet;
2. der Betrag, welcher bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag über diesen und über den Betrag der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten hinaus erzielt wird;
3. der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

Lit.: Alterthum, Der Reservefonds der Aktiengesellschaften in ABürgR. 23, 96; Neukamp in ZHR. 38, 10.

Der Paragraph handelt von den Zwecken und der Bildung eines gesetzlichen Reservefonds. Es muß aber zunächst die Natur und alsdann auch seine Umwandlung beleuchtet werden.

Anm. 1. 1. **Die Natur des gesetzlichen Reservefonds.** Während im § 261 Ziff. 5 für die Erhaltung bzw. Neuansammlung von der Grundkapitalsziffer gleichkommenden Werten dadurch gesorgt wird, daß ein der Grundkapitalsziffer gleichkommender Betrag in die Reservekonten oder Passiven eingestellt und dadurch der Verteilung entzogen wird, ist hier für die Erhaltung weiteren Vermögens gesorgt, indem angeordnet wird, daß ein bestimmter Prozentsatz der erzielten Gewinne und gewisse Kapitalseinlagen als gesetzliches Reservekonto unter die sogenannten Passiva eingestellt und dadurch ebenfalls der Verteilung entzogen werden. Verwendet soll dieses in guten Geschäftsjahren gebildete Reservekonto dazu werden, um in schlechten Jahren eine Unterbilanz auszugleichen. Alsdann soll dieses gesetzliche Reservekonto soweit gestrichen werden, als die Unterbilanz reicht. Dadurch wird die Unterbilanz beseitigt und die Aktionäre kommen dem Dividendenbezuge näher, weil sich nunmehr im nächsten Jahre leichter ein Bilanzüberschuß ergibt, als wenn die Unterbilanz für das nächste Jahr vorgetragen würde.

Anm. 2. Um den vom Gesetze beabsichtigten Zweck zu erreichen, genügt die Bildung eines Reservekontos. Von der Bildung eines Reservefonds hätte besser nicht gesprochen werden sollen. Das Wort Fonds wird sonst nur von einem Komplex greifbarer und getrennt verwalteter Vermögensobjekte gebraucht. Daß aber ein dem Betrage des gesetzlichen Reservefonds entsprechender Teil der Gesellschaftsaktiva besonders angelegt und verwaltet werden solle, das ist vom Gesetz nicht gewollt (anders beim Prämienreservefonds der Versicherungsgesellschaften vgl. § 57 PrivVersUntGes.). Es war erwogen worden, ob man dies anordnen solle, aber man hat hiervon abgesehen (KB. z. AGes. von 1884, 25). Nur hätte man alsdann das Wort

Fonds vermeiden sollen, weil es dem Irrtum Raum gibt, als sei auch ein entsprechender Teil der Aktiva als besonderer Fonds zu verwalten. Daß ein Fonds ein Passivum ist, ist nicht jedem verständlich.

Anm. 3. Andererseits ist es auch nicht richtig, wenn gesagt wird, der Reservefonds bestehe in einer bloßen Buchoperation. Denn die Einstellung unter die Reservekonten oder die Passiva hat gleichzeitig den realen Erfolg, daß ein entsprechender Teil von im Betriebe gewonnenen Aktiven von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen wird. Reservefonds ist also, nach Dernburgs (I § 81 IV) treffender Definition, der Teil des Vermögens der Gesellschaft, der nicht Grundkapital bildet, aber auch nicht unter die Aktionäre zu verteilen ist (ebenso Alterthum 100).

Anm. 4. Eine ganz andere, hiervon unabhängige, nach selbständigen Grundsätzen zu beantwortende Frage ist es, ob es sich im Einzelfalle im Interesse der Gesellschaft empfiehlt, einen ebenso großen Teil der Gesellschaftswerte, wie er auf solche Weise der Verteilung entzogen ist, in besondere Verwaltung zu nehmen, z. B. eine entsprechende Summe in Wertpapieren anzulegen und von der Verwendung im Geschäftsbetriebe fernzuhalten. Das liegt im Ermessen der Gesellschaftsorgane, ist Sache ihrer Verwaltungspflichten (KB. z. AGes. von 1884, 25; Neukamp in ZHR. 38, 89). Bei Industriegesellschaften, bei denen möglichst alle Mittel parat sein müssen, wird eine Anlegung meist dem Gesellschaftsinteresse widersprechen. Wo besondere Anlegung und Nichtverwendung im Geschäftsbetriebe nicht angeordnet ist, da kann der durch Zuführung zum Reservekonto bei der Bilanzfeststellung von der Verteilung ausgeschlossene Teil des Gesellschaftsvermögens im Laufe des Geschäftsjahres beliebig zu den Zwecken des Geschäftes verwendet werden, „im Geschäfte arbeiten" (OLG. Dresden in ZHR. 35, 238; Cosack (§ 118 III 2).

Anm. 5. Ist eine Anlegung in zinstragenden Papieren erfolgt, so sind die Zinsen Gesellschaftsgewinn, und es versteht sich keinesfalls von selbst, daß die Zinsen dem Reservekonto zufließen, d. h. ein der Höhe der aufgelaufenen Zinsen gleichkommender Betrag am Schlusse des Jahres dem Reservekonto zugeschrieben und gleichfalls der Verteilung entzogen wird. Die Statuten können dies anordnen (KB. z. AGes. von 1884, 25). Daß Effekten, in denen der Reservefonds angelegt ist, als Aktivum in der Bilanz figurieren müssen, ist selbstverständlich, doch ist es unrichtig, sie als „Effekten des Reservefonds" zu buchen, da letzterer kein besonderes Unternehmen ist, die Effekten also lediglich Teil des Gesamtvermögens der Gesellschaft sind (Alterthum 138).

Anm. 6. 2. **Zweck und Bildung des gesetzlichen Reservekontos.** Das ist der eigentliche Gegenstand des vorliegenden Paragraphen.

a) **Der Zweck des gesetzlichen Reservekontos** ist die Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes. Diesem Zwecke ist das Reservekonto ausschließlich und obligatorisch gewidmet.

α) Ausschließlich darf das gesetzliche Reservekonto zur Deckung eines Bilanzverlustes verwendet werden: es darf lediglich dann wieder gekürzt oder gestrichen werden, wenn dies erforderlich ist, um eine Unterbilanz auszugleichen. Der Erfolg ist der, daß im nächsten Jahre sich leichter ein Bilanzüberschuß erwarten läßt. Aber nur eine Unterbilanz, nicht ein Geschäftsverlust im Laufe des Jahres darf in dieser Weise ausgeglichen werden. Ist z. B. im Laufe des Jahres ein Kessel explodiert, oder hat der Kassierer eine erhebliche Summe unterschlagen, ohne daß durch den hierdurch entstandenen Schaden eine Unterbilanz sich ergeben hätte, so kann das Reservekonto zur Deckung dieses Verlustes nicht verwendet werden (Neukamp in ZHR. 38, 92; Cosack § 118, III 2). Auf welche Weise die Deckung der Unterbilanz aus dem Reservekonto bilanzmäßig zum Ausdruck gebracht wird, ob so, daß der Verlust zunächst angegeben und alsdann vermerkt wird, daß er durch entsprechende Streichung des Reservekontos gedeckt werden soll, oder so, daß er bereits gedeckt erscheint, soll nach Petersen-Pechmann 204 gleichgültig sein. Das ist aber nicht für richtig

§ 262. zu erachten. Nach § 261 Ziff. 6 muß der Jahresverlust, zu dessen Deckung nach § 262 der Reservefonds bestimmt ist, besonders in die Erscheinung treten (vgl. Simon 240).

Anm. 7. β) Unter Bilanz ist nur Jahresbilanz zu verstehen. Ergibt sich aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Zwischenbilanz ein Verlust, so kann der Reservefonds nicht zur Deckung herangezogen werden. Will die Gesellschaft den aus einer Zwischenbilanz sich ergebenden Verlust aus dem Reservefonds decken, so kann sie in der Weise verfahren, daß sie das Geschäftsjahr verlegt und das gegenwärtige abkürzt. Den Verlust, der sich aus der für das abgekürzte Jahr aufgestellten Bilanz ergibt, kann sie dann aus dem Reservefonds decken.

Anm. 8. γ) Zwingend ist diese Verwendungsart. Das Gesetz bestimmt sie und dadurch wird sie geboten, d. h. die Aktionäre haben ein Recht darauf, daß das Reservekonto in dieser Weise verwendet, daß eine Unterbilanz so ausgeglichen werde, damit sie dem Dividendenbezuge näher kommen. Sollte die Generalversammlung hiergegen verstoßen, z. B. die Unterbilanz unausgeglichen lassen oder zur Ausgleichung ein anderes als das gesetzliche Reservekonto verwenden, so ist der Beschluß ungültig und anfechtbar, wird aber durch unterlassene Anfechtung gültig, da das öffentliche Interesse hierdurch nicht verletzt ist (Petersen-Pechmann 204; Neukamp 92; Simon 241; Behrend § 130 Anm. 18 a; Förtsch Anm. 3 zu Art. 185 b; Alterthum 142; teilweise anders Lehmann-Ring Nr. 7).

Anm. 9. b) **Die Bildung des gesetzlichen Reservekontos.** Seine Bestandteile sind die in Ziffer 1–3 aufgezählten.

Ziffer 1. Es sind ihm zuzuführen 5 Prozent des jährlichen Reingewinns, solange als das Reservekonto 10 Prozent des Gesamtkapitals nicht übersteigt. Das Statut kann aber eine höhere Quote, sowohl der zuzuführenden Summe, als der Höhe des Reservekontos anordnen.

α) 5 Prozent des jährlichen Reingewinns. Unter dem jährlichen Reingewinn ist der am Schlusse der Bilanz sich ergebende Überschuß der Aktiva über die Passiva zu verstehen. Die Praxis der Aktiengesellschaften zieht hiervon zunächst den Gewinnvortrag des Vorjahrs ab, ehe sie die 5 Prozent berechnet, und in der Theorie wird diese Praxis gebilligt (Hergenhahn 197; Petersen-Pechmann 202; Simon 271; Alterthum 123), jedoch mit Unrecht. Unter dem jährlichen Reingewinn kann füglich nichts anderes verstanden werden, als was das Gesetz in den unmittelbar vorangehenden Gesetzesworten (§ 261 Ziffer 6) definiert hat. Auch kommt derselbe Ausdruck im § 213 und im § 215 vor und bedeutet dort zweifellos nichts anderes als den bilanzmäßigen Gewinn. Wollte man unter dem jährlichen Reingewinn im Sinne des vorliegenden Paragraphen nur die Gewinnergebnisse des betreffenden Jahres verstehen und den Gewinnvortrag des Vorjahres deshalb unberücksichtigt lassen, weil er dazu nicht gehört, so müßte man folgerichtig auch den Verlustvortrag des Vorjahrs unberücksichtigt lassen und käme auf diese Weise zu einer Verpflichtung zur Dotierung des Reservefonds auch in solchen Jahren, in denen die Bilanz keinen Gewinn ergibt, eine Folgerung, die Alterthum (124) zieht (zust. Lehmann-Ring Nr. 2; Förtsch Anm. 4 zu Art. 185 b).

Anm. 10. Unter dem jährlichen Reingewinn ist daher das zu verstehen, was nach Dotierung der unechten Reservekonten (Erneuerungsfonds, Delkrederefonds, soweit sie die Stelle von erforderlichen Abschreibungen ersetzen) und der anderen gesetzlichen Reservekonten übrig bleibt: Schulden und Aktienkapital, dagegen ohne Rücksicht auf die Dotierung der freiwilligen Reservekonten (über die verschiedenen Reservekonten vgl. Anm. 29 ff.). — Dagegen ist die Generalversammlung durch die Vorschrift der Ziffer 1 des vorl. Paragraphen nicht gehindert, die Ziffer des Reingewinns durch Abschreibungen zu verringern, auch wenn diese durch die wirkliche Wertsverminderung nicht geboten sind. Tut sie dies und bleibt ihr Beschluß unangefochten, so bildet sie dadurch stille Reserven. Diese treten in der Bilanz nicht hervor und nur von den aus der Bilanz sich ergebenden Gewinnüberschüssen ist die Reservefondsdotierung zu berechnen.

Die Tantiemen der Gesellschaftsorgane sind vor der Dotierung der gesetzlichen Reservefonds nicht in Abzug zu bringen (§§ 237, 245). **§ 262.** Anm. 11.

Ist ein Reingewinn nicht erzielt, so unterbleibt die Dotierung des Reservekontos. Es braucht im nächsten Jahre, wenn in ihm Gewinn erzielt ist, nicht etwa um soviel mehr eingestellt zu werden. Anm. 12.

Die Zuführung von 5 Prozent ist nicht nur gesetzlicher Mindestbetrag, sondern auch gesetzlicher Höchstbetrag, aber beides in verschiedenem Sinne. Unter den Mindestbetrag darf das Statut nicht heruntergehen, soweit liegt jus publicum vor; der Höchstbetrag dagegen darf überschritten werden, aber eben auch nur statutarisch, nicht durch einfachen Generalversammlungsbeschluß. Dieser wäre, wenn die Generalversammlung nicht etwa über den Reingewinn nach Gutdünken zu befinden hätte, ungesetzlich und daher anfechtbar, würde aber durch unterlassene Anfechtung gültig werden. Anm. 13.

Gegen eine durch Statutenänderung erfolgende Erhöhung des Reservefonds hat der einzelne Aktionär ein Widerspruchsrecht nicht (vgl. § 213 Anm. 9).

β) Bis das Reservekonto 10 Prozent des Gesamtkapitals beträgt. Unter dem Gesamtkapital ist das gezeichnete, nicht das eingezahlte zu verstehen (vgl. Anm. 44 zu § 261; OLG. Dresden in ZHR. 35, 238). Ist diese Grenze erreicht, so hört die Zuführung zum Reservekonto auf. Wodurch diese Höhe erreicht ist, ist gleichgültig, ob durch Zuführung von Reingewinn oder von Emissionsagio. Wenn daher eine Aktiengesellschaft gleich bei der Gründung oder bei einer Kapitalserhöhung 10 Prozent des Aktienkapitals als Agio erzielt, so braucht eine weitere Zuführung von Gesetzes wegen zunächst nicht zu erfolgen. Weitere Zuführungen sind ev. ungesetzlich und anfechtbar, wenn das Statut sie nicht anordnet (Simon 280; Neukamp 82). Auch bei Sacheinlagen kann ein Agio erzielt werden. Denn wenn der Einbringer Aktien in geringerem Nennbetrage erhält, als der Wert der Einlage beträgt, so können die Aktien mit einem entsprechenden Agio ausgegeben werden (Simon 280). Aber sie müssen in solchem Falle natürlich nicht mit Agio ausgegeben werden, sondern können auch al pari ausgegeben werden (vgl. Anm. 18). Anm. 14.

Ziffer 2. Das Agio, d. h. der Betrag, der als Preis für die Ausgabe der Aktien über den Nennbetrag und über die Emissionskosten erzielt wird. Anm. 15.

a) Die Frage, ob das Agio als Gewinn oder Kapitalsvermehrung anzusehen sei, hatte das PrOVG. im Gegensatz zu der in Literatur und Praxis herrschenden, auch vom RG. angenommenen Ansicht, in letzterem Sinne entschieden. Durch Plenarentsch. v. 21. 6. 02 hat es seinen Standpunkt verlassen, so daß nunmehr das Agio nicht mehr als versteuerbarer Gewinn anzusehen ist. Die Steuern, die auf Grund der früheren Rechtsprechung gezahlt sind, können aber nicht vom Fiskus zurückgefordert werden (vgl. Rehm 360 Anm. 5).

b) Dieser Betrag fließt unbedingt in den gesetzlichen Reservefonds, d. h. ohne Rücksicht auf die Höhe des Agio und ohne Rücksicht auf die Höhe des gesetzlichen Reservekontos, also auch dann, wenn sich dies bereits weit über die gesetzliche Höhe hinaus gefüllt hat. Anm. 16.

c) Abzuführen ist das volle Agio abzüglich der Emissionsausgaben. Anm. 17.

α) Das volle Agio, also der volle Betrag, der durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag der Aktien erzielt wird. Stückzinsen, die die Aktionäre regelmäßig zu zahlen haben, wenn die Aktien im Laufe des Jahres ausgegeben werden, aber doch an der Dividende des vollen Jahres teilnehmen sollen, sind nicht in den Rersefonds abzuführen. Sie sind eine Vergütung nicht für die Aktie, sondern für einen Anteil am Gewinn (so gegen 6./7. Aufl. allgemeine Ansicht; auch RG. 55, 46).

β) Nur nach Abzug der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten. Es gehen also die Emissionskosten (Stempel, Provisionen, Gerichtskosten, Notariatskosten) ab. Anm. 18.

Die Vorschrift der Zuführung des Agios zum gesetzlichen Reservefonds ist übrigens nicht dahin zu verstehen, daß eine Gesellschaft bei der Gründung oder Kapitalserhöhung, wenn sie Gegenstände, die mehr wert sind, als der Nennwert der dafür hergegebenen Aktien, gezwungen sei, die Aktien über

§ 262. pari auszugeben und das Agio dem Reservefonds zuzuführen. Sie darf so vorgehen, wie Anm. 14 dargelegt ist. Aber sie muß nicht so vorgehen. Es ist ihr vielmehr völlig unbenommen, auch in diesem Falle die Aktien al pari auszugeben und die erworbenen Gegenstände zum Nennwerte der hergegebenen Aktien in die Bilanz einzustellen. Sie hat sie dann eben billig erworben. Sie besitzt in dem Aktivum, des zum Parikurse in die Bilanz eingestellt, in Wahrheit aber mehr wert ist, in Höhe dieser Differenz eine stille Reserve.

Anm. 19. γ) Als Agio gilt nur, was der Aktionär als Gegenwert für die dauernden Zwecke der Gesellschaft als Betriebsmittel zahlt. Wird dagegen z. B. den Aktionären die Verpflichtung auferlegt, außer dem Nennbetrag eine bestimmte Summe an Dritte (z. B. an eine Wohltätigkeitsanstalt, oder als Stempelzahlung an den Staat) zu leisten, oder wenn sie verpflichtet werden, etwas der Gesellschaft für einen bestimmten vorübergehenden Zweck (z. B. bei Versicherungsgesellschaften zu einem Organisationsfonds) zu zahlen, so sind diese Summen nicht dem Reservefonds zuzuwenden.

Anm. 20. Ziffer 3. **Der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.** Durch diese Vorschrift wird bezweckt, daß der Betrag solcher Zuzahlungen nicht sofort wieder zur Verteilung gelangt, sondern dem Zwecke dient, für den er von den Aktionären eingezahlt ist, zur Stärkung der wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft. Deshalb soll sein Betrag zunächst zu Abschreibungen oder zur Deckung von Verlusten verwendet werden können. Zwar ist gesagt: zu außerordentlichen Abschreibungen und zur Deckung von außerordentlichen Verlusten. Damit ist aber nicht etwa gemeint, daß ordentliche, wirklich notwendige Abschreibungen und gewöhnliche Betriebsverluste, selbst wenn der Grund nicht außerordentlicher Natur ist, ausgeschlossen sind; vielmehr ist an den regelmäßigen Fall der Zweckbestimmung solcher Zuzahlungstransaktionen gedacht. Ordentliche Abschreibungen und Betriebsverluste können also jedenfalls durch jene Zuzahlungen gedeckt werden (dagegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes Rehm 496, 3; Lehmann-Ring Nr. 5; Alterthum 134; Goldmann Anm. 22); und auch dann können Abschreibungen und Verluste jeder Art durch jene Zuzahlungen gedeckt werden, wenn nicht gerade eine Unterbilanz vorhanden ist (dies gegen Simon 226). Soweit aber jene Zuzahlungen zu Abschreibungen und Deckung von Verlusten nicht verwendet werden, sollen sie dem gesetzlichen Reservefonds einverleibt und so der Verteilung entzogen werden. Gleichgültig ist dabei, welche Höhe der gesetzliche Reservefonds schon hat und insbesondere, ob er nicht etwa schon bis zur gesetzlichen Höhe angewachsen ist.

Anm. 21. Daß die Kosten der Transaktion (Stempel, Provisionen, Gerichts- und Notariatskosten, etwaige Einkommensteuer) von den dem Reservefonds zuzuführenden Beträgen in Abzug kommen, ist zwar hier nicht gesagt, muß aber unter entsprechender Anwendung der Vorschrift bei Nr. 2 auch hier angenommen werden.

Anm. 22. Auf den Fall, daß der Zweck der Zuzahlungstransaktion durch Ausgabe von Vorzugsaktien im Wege der Kapitalserhöhung und Annahme von Aktien an Zahlungsstatt erreicht wird, will Simon (227) die vorliegende Vorschrift entsprechend anwenden. Allein auf diesen Fall greifen nach jeder Richtung andere Vorschriften Platz, wie dies bereits Anm. 3 zu § 185 hervorgehoben ist.

Anm. 23. Dagegen ist in sinngemäßer Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmung anzunehmen, daß der Betrag, den die Gesellschaft durch Rückkauf eigener Aktien unter pari buchmäßig gewinnt, gemäß Nr. 3 dieses Paragraphen zu behandeln ist (vgl. Anm. 9 zu § 227).

Anm. 24. 3. **Die Umwandlung des gesetzlichen Reservekontos.** Hier sind die folgenden Grundsätze aufzustellen:

a) Soweit das gesetzliche Reservekonto auf gesetzlichem Gebote beruht, kann es weder ein gewöhnlicher Generalversammlungsbeschluß, noch ein Beschluß auf Statutenänderung verkürzen, weder

für die Folgezeit, noch für die Vergangenheit. Daraus folgt: soweit das Reservekonto 10 % des Aktienkapitals noch nicht übersteigt oder soweit es aus angesammeltem Agiogewinn besteht, ist es jeglicher statutarischer Einwirkung entzogen. Ist die Ausschüttung seinem Zweck gemäß erfolgt, so muß von neuem gemäß Nr. 1 dieses Paragraphen verfahren werden. § 262.

b) Soweit aber das Reservekonto auf Statutenbestimmungen beruht, kann dieselbe Rechtsquelle es wieder aufheben, und zwar nicht nur für die Folgezeit, sondern ein Beschluß auf Statutenänderung kann auch bestimmen, daß das bisher auf Grund statutarischer Bestimmung angesammelte Reservekonto aufgehoben und entweder zu einem anderen Konto (Erneuerungs-, Delkrederekonto oder sonst) umgewandelt oder daß es gestrichen werde. Die Rechtsquelle, die eine Anordnung treffen kann, kann sie auch aufheben, nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit. In gleicher Weise muß sich der Aktionär ja auch gefallen lassen, daß der Gegenstand des Unternehmens, also die Grundlage der Beteiligung und der Gewinnverteilung, durch Mehrheitsbeschluß abgeändert werde (zust. Neukamp in ZHR. 38, 10 ff.; RG. 28, 45; Cosack § 118 III 2; Pinner 213; Förtsch Anm. 5 zu Art. 185 b; D. 159; Geißmar bei Holdheim 11, 10; dagegen Lehmann-Ring Nr. 8; Alterthum 146; Simon 261). Anm. 25.

c) Soweit endlich das gesetzliche Reservekonto auf einfachem Generalversammlungsbeschluß beruht, kann es durch einen ebensolchen Beschluß umgewandelt und gekürzt werden. Hätte z. B. eine Generalversammlung ohne Statutenänderung beschlossen, einen höheren als den gesetzlichen oder den statutarischen Betrag dem gesetzlichen Reservekonto zuzuführen — ein Beschluß, der nur dann zulässig wäre, wenn die Generalversammlung über den Reingewinn nach Gutdünken zu verfügen hätte, der aber auch sonst durch unterlassene Anfechtung gültig wird —, so kann eine spätere Generalversammlung durch einfachen Beschluß diesen Betrag dem Reservekonto entziehen (vgl. auch hierfür RG. 28, 43; Neukamp 113). Anm. 26.

Zusatz. Die freiwilligen Reservekonten. Der frühere Art. 185 c Abs. 3 schrieb vor, daß die Grundsätze, nach denen Reservefonds zu bilden sind, im übrigen der Gesellschaftsvertrag bestimme. Die Vorschrift ist gestrichen. Aber geändert ist damit die Rechtslage nicht. **Auch jetzt gilt regelmäßig der Satz, daß im übrigen nur der Gesellschaftsvertrag die Bildung von freiwilligen Reservekonten rechtsgültig anordnen kann.** Anm. 27.

1. **Zunächst muß klargelegt werden, was unter freiwilligen Reservekonten zu verstehen ist.** Es muß zunächst darauf zurückgegriffen werden, daß die sogenannten Passiva der Bilanz, soweit sie nicht wirkliche Schulden darstellen, durchweg Reservekonten sind. Sie enthalten die von der Verteilung auszuschließenden, für die Gesellschaft erforderlichen Wertbeträge (vgl. Anm. 11 zu § 261). Streng genommen gehören in diese Rubrik nicht die Posten, die eigentlich als Abschreibungen, als Gegenposten gegen zu hohe Bewertungen der Aktiva, zu betrachten sind. Die Posten enthalten nicht einen vorhandenen, aber von der Verteilung auszuschließenden Wert, sondern sind nur die Korrektur einer an sich zu hohen Wertsansetzung in der Rubrik der Aktiva. Sie sind daher nicht aus dem Gewinn zu machen, es liegt vielmehr kein Gewinn vor, ehe nicht die notwendigen Abschreibungen gemacht sind. Man kann sie Korrektivposten oder unechte Reservekonten nennen. Dahin gehört normalerweise der Erneuerungsfonds nach § 261 Ziffer 3; der Delkrederefonds als Gegenposten gegen voll angesetzte, in Wirklichkeit nicht unzweifelhafte Forderungen (ROHG. 25, 326; RG. 22, 162; näheres über ihn Anm. 17 zu § 261); ein Reservefonds wegen Unsicherheit der in Ansatz gebrachten Werte (RG. 4, 102 ff.). Über Abschreibungen in steuerrechtlicher Hinsicht vgl. Rehm 509; Fischer, Bilanzwerte 60 und PrOVGSt. 10, 295.

Diese uneigentlichen Reservekonten beruhen auf gesetzlicher Vorschrift, nicht auf der, die von den gesetzlichen Reservekonten handelt, sondern schon auf der, die von der richtigen Bewertung der Aktiva handelt.

Das Statut kann hier keine Abweichungen treffen, d. h. es kann nicht anordnen, daß die Bildung solcher Konten unterbleibe, außer wenn sie durch richtige Bewertung der betreffenden Aktiva überflüssig werden.

§ 262.

Anm. 28. Zu unterscheiden von diesen unechten Reservekonten sind die echten. Diese deuten in Wahrheit an, wieviel, abgesehen von dem Gegenwert der auf der Passivseite stehenden Schulden, von den wirklich vorhandenen Werten von der Verteilung unter die Aktionäre auszuschließen und im Vermögensbestande der Gesellschaft zurückzubehalten ist.

Die Quelle der Bildung dieser echten Reservekonten ist normalerweise entweder das Gesetz oder das Statut, die Generalversammlung nur ausnahmsweise (vgl. Anm. 30 ff.).

Auf dem Gesetz beruhen zwei echte Reservekonten: Die Einstellung der Grundkapitalsziffer und die Einstellung des sogenannten gesetzlichen Reservefonds.

Beide sind ausdrücklich angeordnet.

Das Statut kann auch in dieser Hinsicht nichts ändern, kann von der Bildung dieser Reservekonten nicht abstehen, da sie auf öffentlichem Recht beruhen.

Dagegen kann das Statut im übrigen die Grundsätze aufstellen, nach denen Reservefonds zu bilden sind, und nur ausnahmsweise kann die Generalversammlung ein Reservekonto bilden.

Anm. 29. 2. **Regelmäßig kann nur der Gesellschaftsvertrag freiwillige Reservekonten anordnen**, d. h. er kann einen Teil des Gewinnes von der Verteilung ausschließen. Solange die Reservekonten bestehen, müssen sie auf der Passivseite vermerkt werden.

a) Der Gesellschaftsvertrag kann es. Es kann den Aktionären nicht verwehrt werden, durch statutarische Vereinbarung einen beliebigen Teil des Gesellschaftsvermögens von der Verteilung auszuschließen. Auf seiten der Aktionäre liegt darin ein Verzicht auf Verteilung von Gesellschaftsgewinn; den Gesellschaftsgläubigern kann dies nur willkommen sein, da die Kreditbasis der Gesellschaft dadurch verstärkt wird. Die Statuten können daher beliebige Reservekonten anordnen (RG. in JW. 05, 345[22]): Spezialreserven für bestimmte Zwecke, Extrareserven für außerordentliche Verluste, Arbeiterunterstützungsreserven, Dividendenergänzungsfonds (vgl. hierüber Anm. 5 zu § 215), Delkrederekonto und Erneuerungskonto über das wahre Bedürfnis hinaus. Buchtechnisch verschieden, aber demselben Zweck dienend sind Abschreibungen über das notwendige Maß hinaus, sogenannte stille Reserven (z. B. das Grundstückskonto wird auf 1 Mark abgeschrieben). Auch für sie gilt das von freiwilligen Reservekonten Gesagte.

Eine solche statutarische Anordnung liegt übrigens auch schon in der Bestimmung, daß die Generalversammlung den Gewinn nach Gutdünken verteilen, nach ihrem Gutdünken Reservekonten bilden und dotieren kann.

Anm. 30. b) **Regelmäßig kann nur das Statut freiwillige Reservekonten anordnen und dotieren, nicht ein einfacher Generalversammlungsbeschluß**, noch weniger andere Organe. Zwar kann die Generalversammlung über die Verteilung des Gewinnes Beschluß fassen, aber wenn ihr dabei nicht freigestellt ist, nach Gutdünken zu verfahren, so muß sie nach gesetzlicher Vorschrift verfahren, sonst verfährt sie ungesetzlich und ihr Beschluß unterliegt der Anfechtung (vgl. Anm. 6 zu § 260). Ihr ist es daher verwehrt, aus Gründen der Wohlfahrt Reservefonds zu bilden (z. B. einen Arbeiterunterstützungsfonds; Bolze 21 Nr. 561: RG. 40, 33).

Anm. 31. c) Auch durch *Statutenänderung* kann die Anlegung freiwilliger Reservefonds angeordnet werden. Der Aktionär hat kein Sonderrecht auf nicht festgestellte Dividende (vgl. Anm. 9 zu § 213).

Anm. 32. *Die Generalversammlung kann daher auch einen* sogenannten Gewinnvortrag (vgl. über diesen Anm. 15 zu § 237; RG. in JW. 05 345[22] und OLG. Colmar in OLGR. 10, 242) *nicht ohne weiteres beschließen*. Denn das wäre eine unzulässige Schmälerung des Dividendenanspruchs. Der Umstand, daß die Gesellschaft bares Geld zur Entfaltung ihrer geschäftlichen Tätigkeit bedarf und daß es daher verständigen Erwägungen entspricht, wenn ein Teil des Reingewinns zurückbehalten wird, um damit geschäftlich handeln zu können, rechtfertigt den Beschluß auf Bildung eines Gewinnvortrags nicht. Für solche Fälle mag, da das Gesetz nicht genügend Fürsorge trifft (vgl. Einl. zu § 215), der Gesellschaftsvertrag durch Anordnung von Reservekonten oder durch Ausstattung der Generalversammlung

mit diesbezüglicher Bewegungsfreiheit Fürsorge treffen. Mangels statutarischer Fürsorge nach dieser Richtung kann die Generalversammlung aus eigener Machtvollkommenheit einen Teil des Reingewinnes nicht mit der Begründung der Verteilung entziehen, daß dies den Zwecken der Gesellschaft förderlich wäre. Solcher Beschluß wäre ungültig, weil über die Gültigkeit der Beschlüsse Gesetz und Statut, nicht die Frage der Zweckmäßigkeit entscheiden (Anm. 2 zu § 271). Die entgegenstehende Entscheidung des RG. vom 26. 1. 98 (mitgeteilt im SächsA. 8, 251 und bei Holdheim 7, 143) kann vom Standpunkte des geltenden Aktienrechts nicht gebilligt werden, sondern geht von Grundsätzen aus, die an sich billigungswert wären, aber nur de lege ferenda (ebenso Lehmann-Ring Nr. 9; Pinner 217). In einem Ausnahmefall aber hat die einfache Generalversammlung das Recht zur Bildung des Gewinnvortrags. Es beruht nämlich auf einem allgemeinen Handelsgebrauch, daß die Dividende in Prozenten oder bequemen Bruchteilen von Prozenten festgesetzt und der bei dieser Abrundung überschießende Betrag auf neue Rechnung vorgetragen wird (Behrend § 133; Pinner 216; Simon 248). Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man sagt, daß Bruchteile von weniger als $^1/_2$ % nicht als Dividenden verteilt werden. Über steuerrechtliche Behandlung des Gewinnvortrages vgl. Eames bei Holdheim 14, 201. § 262.

Durch unterlassene Anfechtung wird übrigens ein Generalversammlungsbeschluß, durch den unzulässigerweise ein Reservekonto angelegt also auch ein Gewinnvortrag über das Übliche hinaus (vgl. vor. Anm.) gebildet wird, gültig, und von diesem Gesichtspunkte aus kann eine Dotierung von freiwilligen Reservekonten auch sonst auf Generalversammlungsbeschluß beruhen. Die Anfechtung eines solchen Beschlusses, der freiwillige Reservekonten anordnet, ist jetzt sogar nach einer gewissen Richtung beschränkt, nämlich an einen bestimmten Minimalbesitz von Aktien geknüpft (§ 271 Abs. 3). Das Gesetz begünstigt auf diese Weise die Bildung von freiwilligen Reservekonten durch bloßen Generalversammlungsbeschluß. Anm. 33.

Dem Vorstand oder Aufsichtsrat kann das Statut die Schaffung von Reservefonds nicht überlassen (Rehm 601; anders Simon 239). Denn der Reservefonds kann nur durch die Ausschließung eines Teiles des Gewinns von der Verteilung beschlossen werden. Über die Gewinnverteilung aber beschließt die Generalversammlung (§ 260), und eine Delegation dieser Machtbefugnis an andere Organe ist nicht gestattet. Anm. 34.

3. **Die Umwandlung und Ausschüttung von freiwilligen Reservekonten.** Hier gilt das gleiche, wie für die Frage der Umwandlung oder Ausschüttung einer freiwilligen Dotierung des gesetzlichen Reservefonds. Die beiden Rechtsfragen decken sich vollständig. Ein auf statutarischer Anordnung beruhendes Reservekonto kann durch statutarische Anordnung umgewandelt und auch gestrichen werden, ein auf Generalversammlungsbeschluß beruhendes Reservekonto durch einfachen Generalversammlungsbeschluß (Neukamp in ZHR. 38, 113; OLG. Colmar in OLGR. 10, 242). Anm. 35.

4. Über **steuerrechtliche** Behandlung des Reservefonds vgl. Rehm 630; Knappe, Bilanzen 89. Anm. 36.

§ 263.

Die im § 260 Abs. 2 bezeichneten Vorlagen sind mindestens während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung in dem Geschäftsraume der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. § 263.

Auf Verlangen ist jedem Aktionär spätestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung eine Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bemerkungen des Aufsichtsraths und des Geschäftsberichts zu ertheilen.

An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablauf die Hinterlegung zu geschehen hat.

§ 263. **Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Einsicht und die Abschriftserteilung der Jahresrechnungen und ihrer Anlagen.**

Anm. 1. 1. **Die Einsichtsgewährung.** Mindestens zwei Wochen vor der Generalversammlung bzw. der dem letzten Tage der Aktienhinterlegungsfrist hat die Auslegung zu erfolgen. Nach der Generalversammlung kann dies nicht mehr verlangt werden, da es sich nur um eine Vorbereitung der Bilanzprüfung handelt (zust. Behrend § 132 Anm. 6; Pinner 218).

Anm. 2. 2. **Die Abschrifterteilung.** Diese gestaltet sich in der Praxis anders. Die Jahresrechnung und Geschäftsberichte werden hier gewöhnlich gedruckt und jedem gegeben, der sie verlangt, insbesondere aber Vertretern der Presse. Eigentlich kann sie nur der verlangen, der sich als Aktionär ausweist. Doch scheut eine redliche Verwaltung die Öffentlichkeit nicht und verteilt ihre Jahresrechnungen und Geschäftsberichte im weitesten Umfange. — Die Abschrifterteilung hat kostenfrei zu erfolgen (D. 158).

Anm. 3. 3. **Die beiden Rechte können nur von dem Aktionär ausgeübt werden, der sich als solcher ausweist.** Wie dieser Ausweis zu geschehen hat, ist nicht gesagt. Es kann dies auf jede Weise geschehen und zwar braucht nur nachgewiesen zu werden, daß im Augenblicke, in dem das Verlangen gestellt wird, die Aktionäreigenschaft vorhanden ist, nicht etwa bis zur Generalversammlung. Der bloße Besitz genügt bei Inhaberaktien.

Anm. 4. 4. **Die beiden Rechte sind unentziehbar,** keine Generalversammlung und keine Statutenänderung kann bestimmen, daß einem Aktionär oder allen Aktionären dieses Recht entzogen wird.

Anm. 5. 5. **Das Recht wird durch Klage und einstweilige Verfügung erzwungen,** das Recht auf Einsichtsgewährung auch durch Anträge auf Ordnungsstrafen (§ 319).

Anm. 6. 6. **Außerdem kann wegen Verletzung dieser Rechte in den geeigneten Fällen die Anfechtungsklage erhoben werden** (Bolze 14 Nr. 494 d; Behrend § 132 Anm. 2; dagegen KGJ. 12, 25 und Lehmann-Ring Nr. 4). Die unterlassene Anfechtung macht den Beschluß gültig.

§ 264.

§ 264. Die Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz ist zu vertagen, wenn dies in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird, auf Verlangen der Minderheit jedoch nur, soweit von ihr bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden.

Ist die Verhandlung auf Verlangen der Minderheit vertagt, so kann von dieser eine erneute Vertagung nur gefordert werden, wenn über die in der früheren Verhandlung bemängelten Ansätze der Bilanz die erforderliche Aufklärung nicht ertheilt worden ist.

Vorschriften über Vertagung der Bilanzgenehmigungsverhandlung.

Anm. 1. 1. **Die Vertagung.** Wegen der großen Bedeutung, die dem Bilanzgenehmigungsbeschlusse zukommt, schafft das Gesetz Vorsichtsmaßregeln gegen einen übereilten Beschluß. Es gibt nicht nur der einfachen Mehrheit der Generalversammlung, der statutarisch eine verstärkte Mehrheit nicht substituiert werden darf (Behrend § 132), sondern auch schon einer bestimmten Minderheit das Vertagungsrecht. Ein Bilanzfestsetzungsbeschluß, der ohne Rücksicht auf das Vertagungsverlangen dieser Minderheit gefaßt würde, wäre ungültig und anfechtbar. Die Minderheit hat allerdings das Recht nur, wenn sie bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt. Soll diese Bemängelung nicht eine bloße Farce und damit ein sehr gefährliches Recht werden und zur Bedrohung der Mehrheit ausarten, so muß gefordert werden, daß sie in substantiierter Weise erfolge. Es würde nicht genügen, wenn der Antragsteller sagte: Ich bemängele den Posten Kreditores oder gar: Ich bemängele sämtliche Ansätze der Bilanz. Vielmehr muß seine Erklärung ergeben, was er denn eigentlich bemängelt (ebenso LG. Eisenach bei Bauer 9, 222). Entspricht die Bemängelung nicht diesem Erfordernisse, so kann

die Versammlung über den Antrag zur Tagesordnung übergehen und über die Bilanzgenehmigung Beschluß fassen. Entspricht dagegen die Bemängelung jenem Erfordernisse, so braucht gleichwohl nicht die Verhandlung und Beschlußfassung über alle Bilanzpunkte vertagt zu werden, vielmehr kann über die nicht bemängelten Punkte weiter verhandelt und Beschluß gefaßt werden. Denn die Verhandlung ist nur zu vertagen, „soweit" bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden, nicht „wenn" dies geschehen ist. **§ 264.**

2. **Die Folge der Vertagung** ist die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, eine neue Generalversammlung anzuordnen. Die Generalversammlung kann bestimmen, wann spätestens und wann frühestens die neue Generalversammlung, auch wann sie erfolgen muß. Es muß aber zu diesem Zwecke eine neue Berufung erfolgen. Es kann nicht etwa, wie im Zivilprozeß, einfach in der ersten Generalversammlung ein neuer Termin bestimmt und alsdann von besonderer Einberufung Abstand genommen werden, außer wenn sämtliche Aktionäre anwesend und damit einverstanden waren (vgl. Anm. 9 zu § 256). Auf die Anberaumung der neuen Versammlung kann gemäß § 254 hingewirkt werden. — Soweit die bemängelten und vertagten Punkte der Bilanz die Gewinnverteilungsfrage zu beeinflussen in der Lage sind, insoweit kann auch über die Gewinnverteilung nicht Beschluß gefaßt werden. Soweit aber jene Punkte auf die Verteilung der vorgeschlagenen Dividende ohne Einfluß sind, insoweit kann auch die Gewinnverteilung beschlossen werden. So kann z. B. die Verteilung der vorgeschlagenen Dividende beschlossen werden, wenn lediglich ein Bilanzansatz auf der Aktivseite als zu niedrig bemängelt wird (RG. 44, 67). Die entsprechende Wirkung hat jede Vertagung auf die Verhandlung über die Entlastung. Hier gilt folgendes: Anm. 2.

Soweit die Bemängelungen für die Frage der Entlastung von Einfluß sind, hat die auf Verlangen der Minderheit erfolgte Vertagung der Bilanzgenehmigung zur Folge, daß auch die Entlastung nicht beschlossen werden kann. Es kann nicht etwa, weil nur die Vertagung der Bilanzgenehmigung durchgesetzt werden kann, ungeachtet der durchgesetzten Vertagung von der Mehrheit schlechthin die Entlastung beschlossen werden. Aber andererseits kann auch die Durchsetzung jener Vertagung nicht schlechthin zur Folge haben, daß über die Entlastung nicht beschlossen werden kann. Vielmehr zieht, wie gesagt, die Vertagung der Bilanzgenehmigung die Vertagung des Entlastungsbeschlusses insoweit nach sich, als die erfolgten Bemängelungen auf den letzteren Beschluß von Einfluß sind. So kann z. B., wenn die Minderheit die Ansätze als zu niedrig bemängelt und einen höheren Gewinn herausrechnet, über die Entlastung unbedenklich Beschluß gefaßt werden. Wenn dagegen das Debitorenkonto bemängelt wird, weil auf diesem Konto durch leichtsinniges Kreditieren mehr Ausfälle entstanden seien, als dies in der Bilanz zum Ausdruck gekommen sei, so kann, soweit diese Bemängelung reicht, auch keine Entlastung beschlossen werden, wohl aber im übrigen (vgl. RG. 44, 67, wo der Grundsatz dahin formuliert ist, daß die Vertagung der Bilanz regelmäßig die Vertagung der Entlastung zur Folge hat; auch hiermit kann man sich einverstanden erklären). Ein Entlastungsbeschluß, der diesen Grundsätzen entgegen gefaßt wird, ist anfechtbar. Dagegen hat umgekehrt die Vertagung wegen Bemängelung bestimmter Ansätze nicht zur Folge, daß im übrigen die Entlastung als erteilt gilt. Die betreffende Bestimmung des früheren Rechts ist gestrichen. Anm. 3.

3. **Die neue Verhandlung.** Die vertagte Verhandlung findet in einer neuen Versammlung, die vom Vorstande so schleunig zu berufen ist, als dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint oder als dies die vorige Versammlung bestimmt hat (Anm. 2), von neuem statt, d. h. es wird eine neue Generalversammlung mit neuer Berufung, neuer Anmeldung usw. abgehalten, nicht etwa eine Fortsetzung der alten Versammlung unter den Teilnehmern derselben. Anm. 4.

Eine abermalige Vertagung kann die Minderheit, und zwar auch eine andere Minderheit, als die, die die erste Vertagung durchgesetzt hatte (Lehmann-Ring Nr. 2; gegen Makower Anm. II), nur verlangen, wenn über die früheren Bemängelungen nicht die erforderlichen Aufklärungen erteilt werden. Entsteht darüber Streit, ob die erforderlichen Aufklärungen erteilt sind, so entscheidet darüber zunächst die Mehrheit, deren Beschluß der Nach- Anm. 5.

§ 264. prüfung durch den Prozeßrichter unterliegt. Sind die erforderlichen Aufklärungen nicht gegeben und ist die Vertagung gleichwohl abgelehnt, so ist das Gesetz verletzt. Man kann auch nicht sagen, daß dies eine Tatfrage sei, der Prozeßrichter aber nur zu prüfen habe, ob das Gesetz verletzt ist, also nur Rechtsfragen zu entscheiden habe. Das wäre eine irrige Auslegung des § 271 (vgl. Anm. 3 zu § 271). — Die Mehrheit kann auch abermals vertagen, selbst wenn die Aufklärung erteilt ist; die Minderheit dann, und so lange, als die Aufklärung verweigert oder nicht genügend erteilt ist (Rießer, Neuerungen 17).

§ 265.

§ 265. Nach der Genehmigung durch die Generalversammlung ist die Bilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung unverzüglich durch den Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung sowie der im § 260 bezeichnete Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsraths ist zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

Vorschriften über die Bekanntmachung der Jahresrechnung und die Einreichung zum Handelsregister. Die Vorschriften sind im öffentlichen Interesse gegeben, daher zwingend (KG. bei Holdheim 14, 55; für Versicherungsgesellschaften vgl. auch §§ 55, 64, 65 PrivVersUntGes.).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Bekannt zu machen** ist die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung (letzteres war im früheren HGB. nicht enthalten). Da „die" Bilanz veröffentlicht werden muß, so ist gegen 6./7. Aufl. anzunehmen, daß die Veröffentlichung so zu erfolgen hat, wie sie beschlossen ist (ebenso Gareis Anm. 1; Rehm 801 Anm. 11; Pinner 220).

Anm. 2. Die Veröffentlichung hat in deutscher Sprache zu erfolgen (KGJ. 22 A S. 285 gegen Tobias bei Holdheim 12, 85 und Lehmann II 314).

Anm. 3. „Unverzüglich" bedeutet ohne schuldhaftes Zögern. Veröffentlicht der Vorstand nicht, weil eine seiner Ansicht nach begründete Anfechtung bevorsteht oder erhoben ist, so liegt schuldhaftes Zögern nicht vor (Rehm 801 Anm. 8; Makower Anm. I a; Lehmann-Ring Nr. 1).

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Einzureichen** ist die Bekanntmachung sowie der Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsrats, und zwar nur zum Hauptregister. Der Geschäftsbericht wird meist in beglaubigter Abschrift als Anlage des Protokolls eingereicht. Dies genügt jedenfalls. Liegt der Geschäftsbericht dem Protokoll nicht bei, so ist er im Original („der" Geschäftsbericht) einzureichen. Eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats beglaubigte Abschrift genügt nicht (so Wetzges gegen eine Entsch. des LG. Elberfeld bei Bauer 10, 147).

Anm. 5. 3. **Zwang zur Erfüllung dieser beiden Pflichten.** Die Einreichung des Abs. 2 kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Darin liegt ein indirekter Zwang zur Bekanntmachung gemäß Abs. 1. Der Registerrichter hat lediglich zu prüfen, ob die ihm vorgelegte Bekanntmachung eine Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung im gesetzlichen Sinne ist. Die Richtigkeit der einzelnen Ansätze, insbesondere die Frage, ob Abschreibungen überhaupt oder genügend gemacht sind, entzieht sich seiner Prüfung. Eine Bilanz im gesetzlichen Sinne ist vorhanden, wenn eine summarische Aufstellung der einzelnen Aktiv- und Passivposten, aus deren Gegenüberstellung sich Gewinn oder Verlust ergibt, gegeben ist. Lediglich Endsummen, ohne Teilung in Einzelposten, genügen nicht (vgl. über diese bestrittene Frage KGJ. 20 A S. 62; OLG. Hamburg bei Bauer 9, 52 und KGJ. 23 D S. 19; KG. bei Holdheim 11, 143; KG. in OLGR. 8, 261; KGJ. 24 A S. 202; ferner Cohn im „Recht" 02, 381 und bei Holdheim 11, 253; Geißmar bei Holdheim 10, 152 und 245; Staub in DJZ. 01, 547; Rehm 802 B).

Anm. 6. 4. Wird die Bilanz nicht genehmigt oder nicht festgestellt, so braucht sie auch nicht veröffentlicht zu werden (Birkenbihl bei Gruchot 35, 819). In diesem Falle muß aber wenigstens der Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsrats eingereicht werden.

Anm. 7. 5. Der Entlastungsbeschluß bedarf nicht der Bekanntmachung und der Einreichung.

§ 266.

Die Generalversammlung kann mit einfacher Stimmenmehrheit die Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung beschließen. § 266.

Ist in der Generalversammlung ein Antrag auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung abgelehnt worden, so können auf Antrag von Aktionären, deren Antheile zusammen den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, Revisoren durch das Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, ernannt werden.

Dem Antrag ist nur stattzugeben, wenn glaubhaft gemacht wird, daß bei dem Vorgang Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags stattgefunden haben. Die Antragsteller haben die Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag zu hinterlegen und glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, Besitzer der Aktien sind.

Vor der Ernennung sind der Vorstand und der Aufsichtsrath zu hören. Die Ernennung kann auf Verlangen von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Revision zur Prüfung der Bilanz und zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung. Dies Recht wird in Abs. 1 der Generalversammlung, in Abs. 2 auch einer Aktionärminderheit gegeben.

I. (Abs. 1.) **Das Recht der Generalversammlung zur Bestellung von Revisoren.**

1. **Jede Generalversammlung kann Revisoren bestellen** und zwar mit einfacher Stimmenmehrheit. Eine Statutenbestimmung, durch die die Abstimmung erschwert würde, wäre ungültig (D. 160; Pinner 221, 222). Die Bestellung von Revisoren muß natürlich auch als Gegenstand der Tagesordnung angekündigt sein, es sei denn, daß es sich um Prüfung des Vorganges handelt, der gerade den Gegenstand der angekündigten Beratung bildet. So können z. B. in der ordentlichen Generalversammlung Revisoren zur Prüfung der Bilanz ohne besondere Ankündigung bestellt werden (OLG. Köln in RheinA. 95, 19). Anm. 1.

2. **Zur Prüfung der Bilanz und zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung** können Revisoren bestellt werden. Wie lange die Vorgänge zurückliegen, darauf kommt es hier bei dem Rechte der Generalversammlung nicht an (anders bei dem Rechte der Minderheit: Anm. 8). Auch ein im Regreßwege nicht mehr verfolgbarer Anspruch kann eine wichtige Information für einen anderen Punkt bilden. Anm. 2.

3. **Die Ausführung des Beschlusses** ist Sache des Vorstands unter Überwachung des Aufsichtsrats. Der Vorstand hat die Revisoren zu bestellen. Es steht auch nichts entgegen, daß diese, zumal sich der Beschluß gegen die Gesellschaftsorgane richtet, im Auftrage der Generalversammlung vom Aufsichtsrat oder von der Generalversammlung direkt bestellt werden. Insoweit müssen Aufsichtsrat und Generalversammlung für berechtigt erachtet werden, die Gesellschaft zu vertreten. Wenn die Revisoren aus den Kreisen der in der Generalversammlung erschienenen Aktionäre bestellt werden (sog. Revisionskommission), was häufig der Fall ist, so ist die direkte Bestellung durch die Generalversammlung die Regel. Die Ernannten erklären in solchen Fällen sofort, ob sie die Wahl annehmen, und bejahenden Falls liegt hierin ein Akt der Bestellung. Anm. 3.

§ 266. Durch die Übernahme des Amtes treten die Revisoren in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft. Was den Entgelt betrifft, so ist, wenn Aktionäre als Revisoren bestellt werden, im Zweifel anzunehmen, daß sie dadurch ihre Rechte als Aktionäre wirksam wahren wollen, weshalb sie in solchen Fällen ohne besondere Abmachung eine Vergütung nicht beanspruchen dürfen, auch wenn es z. B. Kaufleute oder Rechtsanwälte sind (Bolze 18 Nr. 168). Im übrigen greift in dieser Hinsicht § 612 BGB. Platz, d. h. es gilt eine Vergütung stillschweigend als vereinbart, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, also z. B., wenn Kaufleute oder Rechtsanwälte bestellt werden.

Anm. 4. II. (Abs. 2—4.) **Das Recht der Minderheit auf Bestellung von Revisoren.** Dies wird nach folgenden Richtungen abgehandelt:

1. Gerichtliche Zuständigkeit, Gegenstand und Voraussetzung des Antrags (Abs. 2 und 3); 2. Verfahren des Gerichts (Abs. 4).

1. (Abs. 2 und 3.) **Gerichtliche Zuständigkeit, Gegenstand und Voraussetzung des Antrags.**

Anm. 5. a) **Zuständigkeit des Gerichts.** Es ist lediglich gesagt, daß das Gericht zuständig ist. Das bedeutet (abweichend von Art. 222b, durch den früher das LG. für zuständig erklärt worden war) nach § 145 FGG. das Amtsgericht (über Rechtsmittel s. Anm. 15).

Anm. 6. b) **Gegenstand des Antrags** ist ein Vorgang bei der Gründung und ein nicht länger als zwei Jahre zurückliegender Vorgang bei der Geschäftsführung, nicht aber die Prüfung der Bilanz, für die die Bestellung von Revisoren nach Abs. 1 nur der Generalversammlung zusteht (KG. in OLGR. 3, 84). Unter einem Vorgang ist nur ein bestimmter Vorgang gemeint; es kann nicht etwa beantragt werden, „den gesamten Gründungsvorgang" oder „die Geschäftsführung des letzten Jahres" zu revidieren (KG. in OLGR. 3, 84 und 9, 263). Der Vorgang bei der Gründung kann hiernach beliebig lange zurückliegen.

Anm. 7. c) **Die Voraussetzungen des Antrages.** Diese sind als Höchst- und Mindesterfordernisse zu betrachten. Nach beiden Richtungen sind sie zwingend. Weder darf das Statut höhere, noch darf es geringere Erfordernisse aufstellen, höhere nicht, damit das vom Gesetzgeber gewollte Untersuchungsrecht nicht unter Umständen hinfällig gemacht werde, geringere nicht, um dem Einzelaktionär ein so außerordentliches, dem Mißbrauch ausgesetztes Recht nicht leichter zu gewähren, als unter den Voraussetzungen, die der Gesetzgeber nach reiflicher Erwägung für notwendig hielt (in letzterer Hinsicht anders Behrend § 127a Anm. 8 gemäß seiner prinzipiellen Auffassung, daß alle Minderheitsrechte statutarisch erweitert werden können).

Die Voraussetzungen sind:

Anm. 8. α) Ein in der Generalversammlung gestellter Antrag auf Bestellung der Revisoren zum Zwecke der Prüfung von Gründungs- oder Geschäftsführungsvorgängen muß abgelehnt sein. Ist der Antrag auf Prüfung der Bilanz abgelehnt, so hat es dabei sein Bewenden (vgl. Anm. 6). — Der Antrag muß nicht gerade von denen gestellt sein, die den gerichtlichen Antrag stellen (RG. in JW. 03, 244[25]). Die Letzteren brauchen in der Generalversammlung gar nicht anwesend gewesen zu sein. — Abgelehnt muß der Antrag sein. Doch kommt der Ablehnung die Vereitelung der Verhandlung durch die Leiter der Versammlung gleich. — Der abgelehnte Antrag muß auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung gerichtet gewesen sein, nicht allgemein auf Ernennung einer Revisionskommission. Wie lange der Gründungsvorgang zurückliegt, ist gleichgültig. Das Gericht kann nicht lediglich deshalb, weil die fünfjährige Verjährungsfrist des § 206 bereits abgelaufen sei, den Antrag ablehnen, es kann dies wohl ein Erwägungsgrund bei der Frage der Zweckmäßigkeit des Antrages sein, aber es ist dies kein unbedingter Ablehnungsgrund, zumal aus der Gründung noch andere Ansprüche außer den im § 202 vorgesehenen und nach § 206 verjährenden entstehen können und weil die Verjährung ja auch unterbrochen sein kann (Pinner 222). Überdies können dem Antrage noch andere Veranlassungen zugrunde liegen, z. B. Prüfung der Zuverlässigkeit der Gesellschaftsorgane (Makower I 615). — Der Geschäftsführungsvorgang muß längstens zwei Jahre zurückliegen, d. h. zwei Jahre

hinter der Generalversammlung (vgl. Pinner 223). Daß der Antrag erheblich später gestellt **§ 266.** wird, mag der Richter bei seinem richterlichen Ermessen berücksichtigen.

β) Es muß glaubhaft gemacht werden, daß bei dem Vorgange Unredlichkeiten Anm. 9. oder grobe Gesetz- oder Statutenwidrigkeiten vorgekommen sind. Der Begriff Glaubhaftmachung ist zu ergänzen aus der CPO. § 294. Beweisaufnahmen, die sofort erfolgen können, sind hierbei zulässig (RG. 10, 322). Auch kann ein Beteiligter zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden (§ 15 Abs. 2 FGG.).

γ) Die Aktionäre müssen ihre Aktien im Betrage von 1/10 des Grundkapitals Anm. 10. bis zur Entscheidung über den Antrag hinterlegen und den sechsmonatlichen Besitz glaubhaft machen. Beim Vorhandensein dieser Voraussetzung kann trotz des Wortlauts des Gesetzes auch ein einzelner Aktionär den Antrag stellen. Desgleichen können es auch Aktionäre verschiedener Gattung tun. Wieviel auf die Aktien eingezahlt ist, ist gleichgültig. Der Nominalbetrag entscheidet.

αα) Hinterlegung der Aktien bis zur Entscheidung. Man verfährt richtig Anm. 11. derart, daß man den Antrag einreicht und um Anordnung der Hinterlegung ersucht. Auf Grund der hierauf ergehenden Hinterlegungsanordnung wird hinterlegt, alsdann die Hinterlegung dem Gerichte nachgewiesen. Die Hinterlegung der Aktien hat nur den Zweck, die Antragsteller als Aktionäre festzuhalten. Die Hinterlegungsstelle muß die Aktien wieder herausgeben, sobald die Entscheidung erfolgt ist, mag diese zustimmend oder abweisend lauten. Zur Sicherung dient die Hinterlegung nicht. Dafür ist in Abs. 2 anderweit gesorgt. Findet inzwischen eine Generalversammlung statt, für die Niederlegung der Aktien gefordert wird, so muß man die Aktionäre, die die Aktien hinterlegt haben, für legitimiert erachten, da die Hinterlegung für die Gesellschaft erfolgt ist.

ββ) Glaubhaftmachung sechsmonatlichen Besitzes. Wegen Glaubhaftmachung Anm. 12. vgl. Anm. 9.

Die Bankiernote über den Ankauf vor 6 Monaten würde als Glaubhaftmachung genügen, wie dies auch in der Reichstagskommission zur Nov. von 1884 hervorgehoben wurde. Unter dem sechsmonatlichen Besitz ist der Nachweis zu verstehen, daß man so lange Zeit Eigentümer der Aktie gewesen sei. Daß man sie als Pfandgläubiger oder Leiher oder Nießbraucher besessen habe, genügt nicht, wie es andererseits nicht schadet, daß man während der kritischen Zeit die Aktien verpfändet, verliehen oder einem anderen zum Nießbrauch überlassen hat. Bei Namensaktien ist nicht erforderlich, daß man 6 Monate lang eingetragener Aktionär war (Pinner 223; Esser Anm. 5; anders Makower I 615). Denn solches Erfordernis geht aus den Worten des Gesetzes nicht hervor. Nach diesem muß der Antragsteller zur Zeit des Antrages eingetragen sein; das ergibt sich daraus, daß er Aktionär sein muß, d. h. der Gesellschaft gegenüber. Bei der Berechnung des sechsmonatlichen Besitzes wird die Zeit des Rechtsvorgängers, wenn es sich um Universalnachfolge handelt, hinzugerechnet, wenn um Singularnachfolge, natürlich nicht (Behrend § 127a Anm. 15).

Die Berechnung der Frist erfolgt gemäß § 188 BGB. in der Weise, daß von dem Anm. 13. Tage des Antrages bis zum Ablauf des Tages des 6. Monats zurückgerechnet wird, der durch seine Zahl dem Tage der Antragstellung entspricht. Besteht die Aktiengesellschaft noch nicht 6 Monate, so genügt die Besitzzeit seit der Entstehung (KB. 96). Dagegen kann der Eigentümer von im Wege der Kapitalserhöhung ausgegebenen Aktien vor Ablauf von 6 Monaten seit dem Erwerbe solche Anträge nicht stellen.

δ) Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen können die Revisoren vom Gericht Anm. 14. ernannt werden. Es fragt sich, wie dieses „kann“ zu deuten ist. Die M. z. AGes. von 1884 (I 248) meinen, daß, wenn das Gericht die gesetzliche Voraussetzung für gegeben erachtet, es die Anordnung treffen muß. Petersen-Pechmann 438 und Behrend § 127a Anm. 16 bestreiten dies, jedoch mit Unrecht. Stellt das Gesetz bestimmte Voraussetzungen für die Anordnung des Richters auf, so ist anzunehmen, daß das richterliche Ermessen sich nur noch auf die Würdigung dieser Requisite im Einzelfalle erstreckt. Sonst wäre nicht

§ 266. ersichtlich, welchen Zweck die Aufstellung der bestimmten Erfordernisse hätte, und nicht richterliches Ermessen, sondern richterliche Willkür würde entscheiden (Lehmann-Ring Nr. 10). Diese Auslegung entspricht auch dem Sprachgebrauch der neuen Gesetzbücher (Planck I 27; vgl. auch Pinner 224).

Anm. 15. 2. (Abs. 4.) **Das Verfahren.** Es handelt sich um ein Verfahren nach dem Gesetze betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Zuständig ist das Amtsgericht (vgl. Anm. 5). Die Anträge und Erklärungen können zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 11 FGG.) oder auch schriftlich ohne jede Förmlichkeit gestellt werden. Das Gericht kann von Amts wegen alle erforderlichen Ermittlungen anstellen und Beweise erheben (§ 12 FGG.). Jedenfalls hat es nach dem vorliegenden Paragraph Abs. 4 den Vorstand und den Aufsichtsrat vor der Ernennung, also wenn es dem Antrage stattgeben will, zu hören. Wenn es den Antrag zurückweisen will, braucht es die Gesellschaftsorgane nicht zu hören. Der § 146 FGG., der ganz allgemein anordnet, daß vor jeder Entscheidung über den Antrag der Antragsgegner wenn tunlich zu hören ist, weicht der besonderen Vorschrift des vorliegenden Paragraphen. Die letztere wäre sonst überflüssig. Dagegen ist die vorliegende besondere Vorschrift gleichfalls dahin auszulegen, daß die Gesellschaftsorgane nur, wenn tunlich, zu hören sind. Fehlen sie oder sind sie nicht zu erreichen, so darf dadurch das Antragsrecht nicht beschränkt werden. Es ist ferner zu erwähnen, daß als Antragsgegner lediglich die Gesellschaft zu betrachten ist, nicht etwa die Personen, gegen die die Vorwürfe sich richten, so daß diese Personen auch dann nicht zu hören wären, wenn § 146 des gedachten Gesetzes hier Platz griffe. — Die Entscheidung erfolgt durch eine gerichtliche Verfügung. Lautet diese auf Ernennung von Revisoren, so kann die Gesellschaft auch verlangen, daß die Ernennung von der Hinterlegung einer nach freiem Ermessen zu bestellenden Sicherheit abhängig gemacht werde. Die Sicherheit muß also verlangt werden, und zwar von der Gesellschaft, die ja, wie ausgeführt, der einzige Antragsgegner ist, und wenn sie verlangt wird, so kann das Gericht sie festsetzen; es muß dies nicht immer tun, sondern nur, wenn eine Gefährdung vorliegt. Die Sicherheit kann auch in Aktien der Gesellschaft bestehen (KB. z. AGes. von 1884, 92; vgl. RG. 37, 113). Die Hinterlegung erfolgt nach den allgemeinen Hinterlegungsvorschriften. Über die Rückzahlung der Sicherheit muß, wenn keine Einigung erzielt wird, im Prozeßwege entschieden werden (Förtsch Anm. 5 zu Art. 222a). Dabei ist davon auszugehen, daß die Sicherheit nur für den Schaden haftet, auf dessen Ersatz die Antragsteller nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haften, also insbesondere für den Schaden, für den sie gemäß § 267 Abs. 3 haften. Die Sicherheit haftet nicht etwa ohne weiteres für allen entstehenden Schaden ohne den Nachweis einer an sich begründeten Schadensersatzpflicht. Die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten gehören nach allg. Grundsätzen dazu (Esser Anm. 7; Makower I 616). — Die gerichtliche Verfügung hat das Gericht auch den Revisoren zuzustellen. Darin liegt ja erst ihre Ernennung. Das Gericht hat sie nicht zu benennen, sondern zu ernennen. Wenn der Beschluß nicht schon die Richtung enthält, in der sich die Revision bewegen soll, so muß das Gericht den Revisoren auch diese Information geben. Wer sollte das sonst tun? Gegen die Verfügung ist sofortige Beschwerde an das Landgericht zulässig, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht, in Preußen an das Kammergericht, welches letztere in Konfliktsfällen die Entscheidung dem Reichsgericht zu überlassen hat (§§ 146, 19, 28, 199 FGG.; in Verbindung mit PrFGG. Art. 7; vgl. Anm. 9ff. zu § 14 u. Anm. 26 zu § 254). Die Beschwerde steht im Falle der Zurückweisung dem Antragsteller, sonst dem zu, der durch die Entscheidung beeinträchtigt ist (§ 20 FGG.), also der Gesellschaft, nicht etwa den Personen, gegen die die Vorwürfe sich richten, diesen schon deshalb nicht, weil durch die Revision ihrer Tätigkeit ihre Rechte nicht beeinträchtigt werden. — Ernannt werden kann auch ein Revisor. Der Ausdruck Revisoren zwingt nicht zur Annahme des Gegenteils, wie ja auch das Wort Aktionäre in dem zweiten Absatz nicht zu der Annahme zwingt, daß nur eine Mehrheit von Aktionären den Antrag stellen kann, und wie ja auch die Generalversammlung trotz des im Abs. 1 gebrauchten

Plurals sicherlich berechtigt ist, auch nur einen Revisor zu bestellen (anders Makower I 614; Lehmann-Ring Nr. 10). — Die Vorschläge des Antragstellers sind bei der Ernennung nicht bindend. § 266.

Mit der Ernennung hört die Tätigkeit des Gerichts auf. Was weiter geschehen soll, ordnet der folgende Paragraph. Es wird nicht vom Gerichte untersucht, ob die behauptete Unredlichkeit wirklich stattgefunden hat. Anm. 16.

Über die Kosten des Antrags vgl. Anm. 4 zu § 267. Anm. 17.

§ 267.

Der Vorstand hat in den Fällen des § 266 den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse sowie der Bestände an Werthpapieren und Waaren zu gestatten. § 267.

Der Bericht über das Ergebniß der Prüfung ist von den Revisoren unverzüglich dem Handelsregister einzureichen und von dem Vorstande bei der Berufung der nächsten Generalversammlung als Gegenstand der Beschlußfassung anzukündigen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung des Berichts nicht statt.

Im Falle des § 266 Abs. 2 beschließt die Generalversammlung, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind. Wird der Antrag auf Ernennung von Revisoren durch das Gericht zurückgewiesen oder erweist er sich nach dem Ergebnisse der Prüfung als unbegründet, so sind die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, für einen der Gesellschaft durch den Antrag entstehenden Schaden als Gesammtschuldner haftbar.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Revision selbst. Anm. 1.

1. **Die Pflichten der Gesellschaftsorgane bei der Revision.** Der Vorstand, und selbstverständlich auch die Liquidatoren, obwohl diese nicht besonders erwähnt sind (vgl. § 298 Abs. 2), haben die Pflicht, den Revisoren alles vorzuweisen. Was insbesondere die Bücher und Skripturen betrifft, so ist diese Vorweisungspflicht nicht etwa auf das beschränkt, was auf den zu prüfenden Vorgang unmittelbar Bezug hat. Der Vorstand hat ferner den Revisionsbericht auf die Tagesordnung der nächsten Generalversammlung zu bringen (und zwar zur Beschlußfassung, so daß Anträge, die sich auf den durch die Revisoren geprüften Hergang beziehen, in der betreffenden Generalversammlung ohne vorherige besondere Ankündigung zur Abstimmung gebracht werden können, Behrend § 127 a Anm. 20). Eine besondere Generalversammlung zu diesem Zwecke braucht er nicht anzuberaumen. Aber er kann es, und, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint, muß er es (§ 253 Abs. 2).

Zur Erfüllung dieser Pflichten dient das Mittel der Ordnungsstrafen nach § 219. Im übrigen können die Aktionäre die letztere Pflicht durch § 254 (bei Versicherungsgesellschaften auch durch Anrufung des Aufsichtsamts, vgl. §§ 64 ff. PrivVersUntGes.) erzwingen.

Den Antragstellern gegenüber besteht diese Vorweisungspflicht nicht. Sie haben nicht einmal das Recht der Anwesenheit bei der Vornahme der Revision.

2. **Die Bestellung und Tätigkeit der Revisoren.** Anm. 2.

a) Wie die von der Generalversammlung ernannten Revisoren bestellt werden, darüber s. Anm. 15 zu § 266. Die vom Gericht ernannten Revisoren sind vom Antragsteller zu bestellen. Die Gesellschaftsorgane haben dazu keine Verpflichtung. Sache des Antragstellers ist es auch, die Vergütung mit den Revisoren zu vereinbaren (D. 161). Die Revisoren sind Beauftragte des Antragstellers (dagegen Lehmann-Ring Nr. 13 zu § 266), zu der Gesellschaft

§ 267. treten sie in kein Vertragsverhältnis (Behrend § 127a a. E.). Ihre Tätigkeit hat aber offiziellen Charakter (vgl. Anm. 6). Ob die Kosten der Revision von der Gesellschaft übernommen werden sollen, entscheidet die Generalversammlung (darüber s. Anm. 4). Näheres über die rechtliche Stellung der Revisoren s. Anm. 5 ff. zu § 192.

Anm. 3. b) **Der Inhalt und Umfang ihrer Tätigkeit** ist ihrem sachverständigen Ermessen überlassen. Sie haben einen schriftlichen Bericht zu erstatten und ihn unverzüglich zum Handelsregister der Hauptniederlassung einzureichen. Einen Zwang hierzu gibt es aber nicht. Ihre Vertragsgegner (die Gesellschaft oder der Antragsteller) können durch die Klage die Abfassung und Einreichung des Berichts erzwingen. Aber im Falle der gerichtlichen Bestellung kann auch das Gericht auf Antrag zur Ernennung anderer Revisoren schreiten, wenn die zuerst ernannten die Berichterstattung ungebührlich verzögern. Es wird daher auch zulässig sein, ihnen zur Vermeidung dieser Folgen eine Frist zu setzen (Behrend § 127a Anm. 18).

Anm. 4. 3. **Die Kosten.** Die Kosten der Revision trägt im Falle der Ernennung durch die Generalversammlung selbstverständlich die Gesellschaft, im Falle gerichtlicher Ernennung zunächst der Antragsteller (Anm. 2). Die von dem Vorstande nach Abs. 2 einzuberufende Generalversammlung kann aber beschließen, daß die Kosten der Gesellschaft zur Last fallen. In diesem Falle, aber auch nur dann, trägt sie die Gesellschaft. Auf Grund dieses Beschlusses kann der Antragsteller die Kosten von der Gesellschaft ersetzt verlangen. Lehnt aber die Versammlung die Kostentragung durch die Gesellschaft ab, so muß sich der Antragsteller damit bescheiden, und kann nicht etwa den Beschluß anfechten und die Kosten gleichwohl gegen die Gesellschaft einklagen, mit der Begründung, daß sein Antrag wohl gerechtfertigt war und der Gesellschaft Vorteil gebracht hat (vgl. Anm. 25 zu § 254; KG. bei Holdheim 12, 52; RG. in JW. 03, 244[25]).

Anm. 5. 4. **Folgen unbegründeter Antragstellung.** Durch den Antrag und seine Folgen kann der Gesellschaft Schaden erwachsen. Ist dies der Fall und fällt den Antragstellern bösliche Handlungsweise zur Last, so haften sie der Gesellschaft auf Schadensersatz als Gesamtschuldner. Über bösliche Handlungsweise s. Anm. 13 zu § 202. Der der Gesellschaft entstandene Schaden ist gemeint. Freilich kann in der unbegründeten Antragstellung, besonders in den in dem Antrage gemachten Vorwürfen eine gegen andere Personen gerichtete unerlaubte Handlung, z. B. eine Verleumdung liegen. Dann haften die Antragsteller auch diesen Personen nach §§ 823 und 824 BGB. Aber sie haften nicht etwa ohne weiteres allen Aktionären oder den Gläubigern für die nachteiligen Folgen, die durch den Antrag der Gesellschaft und dadurch mittelbar auch ihnen entstanden sind. Denn ein Fall des § 823 Abs. 2, die Verletzung einer zum Schutz eines anderen gegebenen Vorschrift, liegt nicht vor. Die Gründe für diese Annahme sind die gleichen wie die im § 241 Anm. 25 ff. entwickelten: es besteht kein Schutzverhältnis zwischen den Antragstellern und den Aktionären bzw. den Gläubigern.

Anm. 6. **Zusatz 1. Die Rechtsstellung der Revisoren.** Werden die Revisoren von der Generalversammlung bestellt, so liegt Dienstvertrag bzw. Auftrag vor. Ein Werkvertrag wird nicht anzunehmen sein, da die Revisionstätigkeit, nicht ihr Erfolg, Gegenstand des Vertrages ist. Ob Honorierung zu erfolgen hat, darüber siehe Anm. 3 zu § 266. — Erfolgt die Bestellung durch das Gericht, so hat die Stellung der Revisoren einen amtsähnlichen Charakter (siehe hierüber Anm. 6 ff. zu § 192; dagegen Lehmann-Ring Nr. 13 zu § 266; Goldmann Anm. 6).

Anm. 7. **Zusatz 2.** Das Kennen oder das Kennenmüssen der Revisoren muß die Generalversammlung bei erfolgter Entlastung gegen sich gelten lassen (Anm. 14 zu § 260).

§ 268.

§ 268. Die Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung gegen die nach den §§ 202 bis 204, 208 verpflichteten Personen oder aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths müssen geltend gemacht werden, wenn es in der Generalversammlung mit einfacher Stimmen-

mehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird. § 268.

Zur Führung des Rechtsstreits kann die Generalversammlung besondere Vertreter wählen. Ist die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt, so können die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft als deren Vertreter zur Führung des Rechtsstreits bestellt werden. Im Uebrigen bewendet es bei den Vorschriften des § 247; diese kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt ist.

Lit.: Biberfeld, Regreßklagen auf Verlangen der Minderheit in ZgA. 11, 1.

Der vorliegende Paragraph schreibt vor, in welchen Fällen Regreßklagen gegen die Gesellschaftsorgane erhoben werden müssen. In Abs. 1 wird von den Voraussetzungen des Klagerechts, in Abs. 2 von den Prozeßvertretern gehandelt.

1. (Abs. 1.) **Voraussetzungen des Klagerechts.**

a) **Es muß sich um Ansprüche aus fehlerhafter Gründung, Nachgründung oder Geschäftsführung handeln,** Ansprüche aus §§ 202—204, 208 (gegen Gründer, Gründergenossen, Emittenten, Gesellschaftsorgane aus der Gründung oder Nachgründung) oder aus der Geschäftsführung (gegen die Gesellschaftsorgane). Über die Voraussetzungen dieser Ansprüche ist anderweit abgehandelt. Ansprüche anderer Art, z. B. aus besonderen Vertragsabreden, sind hier nicht gemeint (vgl. Anm. 25 zu § 202 und RG. in JW. 01, 142[10]). Dagegen brauchen es nicht gerade Schadensersatzklagen zu sein. Die Bestimmung findet auch z. B. auf Feststellungs- und Unterlassungsklagen Anwendung. Wenn etwa ein Teil der Aktionäre der Ansicht ist, daß ein bestimmter Betrieb statutenwidrig oder der Gesellschaft nachteilig ist, so ist das ein Anspruch aus der Geschäftsführung, für den der § 268 maßgebend ist. Anm. 1.

Auch hier ist überall nur von Ansprüchen der Gesellschaft die Rede. Ob Ansprüche der einzelnen Aktionäre daneben bestehen, ist anderweit erörtert (§ 241 Anm. 22 ff.). Jedenfalls aber kann sich jeder Aktionär der Regreßklage der Gesellschaft als Nebenintervenient anschließen (Lehmann-Ring Nr. 8; KB. z. AGes. von 1884, 33; dagegen Behrend § 113 Anm. 2). Anm. 2.

b) **Diese Ansprüche müssen geltend gemacht werden, wenn einfache Stimmenmehrheit es beschließt oder eine bestimmte Minderheit es verlangt.** Anm. 3.

α) **Sie müssen geltend gemacht werden.** Sie können auch sonst geltend gemacht werden. Der Gegner kann nicht etwa einwenden, daß weder die Generalversammlung die Regreßerhebung beschlossen, noch die Minderheit sie verlangt habe. Der vorliegende Paragraph will nur zum Ausdruck bringen, daß der Regreß in diesen Fällen erhoben werden muß, d. h. Pflicht der Gesellschaftsorgane ist. Dies war auch früher schon von der herrschenden Ansicht (außer von dem RG. 18, 61) angenommen worden, und sollte jetzt durch den veränderten Wortlaut des Paragraphen („müssen geltend gemacht werden", statt „sind zu erheben") klargestellt werden (D. 161; auch Pinner 227; Makower I 619). Ja, die Gesellschaftsorgane haben sogar die Verpflichtung, mit Regreßklagen vorzugehen, wenn es das Interesse der Gesellschaft gebietet, und machen sich durch pflichtwidrige Unterlassung der Regreßklage selbst verantwortlich. Den Gläubigern gegenüber bleibt diese Verantwortlichkeit selbst dann bestehen, wenn die Generalversammlung beschlossen hatte, die Regreßklage nicht zu erheben (§ 241 Abs. 4 Satz 2). Auch der Konkursverwalter kann selbständig die Ansprüche geltend machen (Bolze 23 Nr. 581); doch ist dieser nicht verpflichtet, sie zu erheben, wenn die Generalversammlung oder eine Minderheit dies verlangt. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ist im Konkurse auf ihn übergegangen; der Gemeinschuldner, also hier die Generalversammlung, hat ihm Vorschriften nicht zu machen.

§ 268. Anm. 4. β) **Wenn die Generalversammlung einen dahingehenden Beschluß mit einfacher Stimmenmehrheit faßt, oder Repräsentanten des 10. Teils (früher des 5. Teils) des Grundkapitals dies verlangen.** Für den Beschluß der Generalversammlung darf eine höhere Mehrheit statutarisch nicht gefordert werden (Behrend § 113 Anm. 6; Förtsch Anm. 3 zu Art. 223). Zu „dem Verlangen" genügt nicht, daß sich die betreffenden Aktienbesitzer an einer Abstimmung in diesem Sinne beteiligt haben; es muß der Ausspruch eines selbständigen Verlangens sein (Behrend § 113 Anm. 9). Es genügt auch nicht ein Antrag, Regreßansprüche zu erheben; nötig ist vielmehr, daß ein Minderheitsverlangen als solches gestellt wird (KGJ. 20 A S. 170). Daß die Mehrheit vorher den Antrag abgelehnt hat, wird der gewöhnliche Fall sein, notwendige Voraussetzung, wie es der zitierte KG.Beschluß anzunehmen scheint, ist dies aber mangels einer dahingehenden Gesetzesvorschrift nicht. Jener Beschluß wie dieses Verlangen müssen in einer rechtmäßig einberufenen Generalversammlung mit gehörig bekannt gemachter Tagesordnung ausgesprochen sein. Einer besonderen Ankündigung des „Verlangens" bedarf es nicht; es genügt, wenn in der Tagesordnung „Erhebung von Regreßansprüchen gegen Vorstand und Aufsichtsrat" angekündigt ist. Ob diese dann die Generalversammlung beschließt, oder eine Minderheit das Verlangen stellt, ist Frage der Ausführung des zur Beratung stehenden Punktes der Tagesordnung (so Goldmann Anm. 6 gegen Lehmann-Ring Nr. 3). — Bei der Berechnung des vertretenen Grundkapitals wird auf den Nennbetrag Rücksicht genommen, nicht auf den eingezahlten Betrag. Da das Verlangen der Minderheit dem Beschluß der Generalversammlung gleichgestellt ist, so kann auch ein derartiger Minderheitsbeschluß gemäß § 271 angefochten werden (so OLG. Karlsruhe in ZHR. 43, 325; Rießer, Neuerungen 16: Pinner 228; Biberfeld in ZgA. 11, 7; gegen 6./7. Aufl. sowie Goldmann Anm. 7; Lehmann-Ring Nr. 3).

Die Benennung der einzelnen, die Minderheit bildenden, Aktionäre ihrem Namen nach im Protokoll der Generalversammlung ist zwar zweckmäßig, nicht aber unbedingt nötig (OLG. Dresden in SächsOLG. 23, 454).

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Die Prozeßvertreter.** Klägerin ist die Gesellschaft, auch dann, wenn die Minderheit die Klage verlangt hat. Als ihre Prozeßvertreter sind die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, soweit sie nicht selbst die Verklagten sind, in erster Linie ihre berufensten Vertreter. Insbesondere steht, wenn die Mitglieder des jetzigen Vorstandes zu verklagen sind, das Vertretungsrecht nach § 247 dem Aufsichtsrat zu.

Anm. 6. Es kann aber die Generalversammlung besondere Vertreter bestellen, die dann jeden anderen Vertreter ausschließen. Die Bestellung kann direkt durch die Generalversammlung erfolgen. Soweit ist der Generalversammlung das Recht beigemessen, die Gesellschaft nach außen zu vertreten (vgl. Anm. 5 zu § 250).

Anm. 7. Ferner aber kann der Aufsichtsrat auch gegen den Beschluß der Generalversammlung, also auch wenn andere Vertreter bestellt sind, den Prozeß gegen die Mitglieder des Vorstandes anstellen, soweit es sich um seine eigene Verantwortlichkeit handelt, da es ja bei den Vorschriften des § 247 bewendet, wie unser Abs. 2 hervorhebt. Haben in solchem Falle die von der Generalversammlung bestellten Vertreter außerdem den Prozeß angestellt, so sind die beiden Prozesse zu verbinden und die Vertreter beider Arten vertreten die Gesellschaft im Prozesse, doch so, daß die Rechtshandlungen des einen Vertreters dem andern nicht schaden können. Es sind eigentümliche, prozessuale Konflikte, die auf solche Weise entstehen können und die nach der Natur der Sache gelöst werden müssen.

Anm. 8. Soll der Prozeß auf Antrag der Minderheit geführt werden, so können die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht als Prozeßvertreter bestellt werden. Es ist anzunehmen, daß auch die Minderheit den Antrag zu stellen hat; doch können auch die ernannten Vertreter den Antrag stellen (OLG. Dresden in SächsOLG. 23, 454). (Zuständig ist das Amtsgericht, die Gesellschaft ist tunlichst zu hören, sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde, §§ 145 und 146 FGG.). Die Minderheit benennt hierbei entweder dieselben Personen, die

sie schon in der Generalversammlung benannt hat, oder sie bezeichnet sie jetzt (KGJ. 21 A S. 85). Das Gericht kann nur die ihr solchergestalt bezeichneten Personen ernennen, oder aber den Antrag zurückweisen (zust. Förtsch Anm. 5 zu Art. 223; anders Behrend § 123 Anm. 11). Das Gericht handelt dabei nach freiem Ermessen. Dies ist um so freier, als das Gesetz bestimmte Erfordernisse nicht aufstellt. Es ist als erforderlich zu erachten, daß den ordnungsmäßig bestellten Organen nicht zu trauen sei. Ist das der Fall, so muß dem Antrag stattgegeben werden (vgl. über den Begriff „kann" Anm. 17 zu § 254). Das Amtsgericht kann den Nachweis der Identität der Personen, die den Antrag stellen mit denen, die das Verlangen in der Generalversammlung gestellt haben, fordern, nicht aber Substanziierung der zu erhebenden Ansprüche; ebensowenig den Nachweis sechsmonatlichen Besitzes der Aktien (KGJ. 21 A S. 85ff.). Auch die Frage, ob die Klage begründet oder aussichtsvoll ist, hat das Gericht nicht zu prüfen (KG. ebend.). Der von der Behörde Ernannte ist gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, eine Nachprüfung des Prozeßgerichts, ob die Voraussetzungen der Ernennung vorliegen, ist unstatthaft (OLG. Hamburg in ZHR. 43, 326). § 268.

Anm. 9. Die vom Gericht ernannten Prozeßvertreter schließen jeden anderen Vertreter ebenso aus, wie dies oben von den von der Generalversammlung bestellten Prozeßvertretern gesagt ist. Die Bestellung durch das Gericht hat die gleiche Kraft, wie die Bestellung durch die Generalversammlung, aber auch keine höhere, so daß auch hier, wie dies Abs. 2 ausdrücklich hervorhebt, daneben auch noch der Aufsichtsrat das Prozeßführungsrecht hat, wenn es sich um seine eigene Verantwortlichkeit handelt. Über die Folgen dieses Nebeneinanderbestehens der beiden Prozeßführungsrechte durch den Aufsichtsrat und Vertreter der Minderheit s. Anm. 7.

Anm. 10. Das den Revisoren gemäß § 267 zustehende Recht auf **Einsicht** haben die bestellten Prozeßvertreter nicht (OLG. Dresden bei Holdheim 12, 259).

Anm. 11. **Zusatz. Übergangsfrage.** Auf ältere Gesellschaften findet die Vorschrift des Gesetzes Anwendung, und zwar selbst bei Geschäftsführungsvorgängen, die sich unter dem älteren Gesetze, auch unter dem Aktiengesetze von 1884 ereignet haben (RG. 18, 61). Dasselbe ist bei älteren Gründungsvorgängen anzunehmen. § 268 behandelt nicht die materielle Frage, ob eine Haftung eintritt; die Beantwortung dieser richtet sich gemäß Art. 170 EG. z. BGB. nach dem zur Zeit der Handlung maßgebenden Recht. Hier ist nur bestimmt, wer die Ansprüche zu erheben berechtigt ist; diese lediglich die innere Organisation der Gesellschaft betreffende Vorschrift ist unbeschränkt anwendbar. Art. 23 EG. z. HGB. steht nicht entgegen, da dieser Paragraph nur von den materiellen Ansprüchen handelt (so gegen 6./7. Aufl. KGJ. 21 A S. 80 und Marcus bei Holdheim 9, 272).

§ 269.

§ 269. Die Geltendmachung eines Anspruchs auf Verlangen der Minderheit muß binnen drei Monaten von dem Tage der Generalversammlung an erfolgen. Der Klage ist das Protokoll der Generalversammlung, soweit es die Geltendmachung des Anspruchs betrifft, in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Die Minderheit hat eine den zehnten Theil des Grundkapitals der Gesellschaft erreichende Anzahl von Aktien für die Dauer des Rechtsstreits zu hinterlegen; es ist glaubhaft zu machen, daß sich die Aktien seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, im Besitze der die Minderheit bildenden Aktionäre befinden.

Dem Beklagten ist auf Verlangen wegen der ihm drohenden Nachtheile von der Minderheit eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

§ 269. **Die Minderheit ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**

Für den Schaden, der dem Beklagten durch eine unbegründete Klage entsteht, haften ihm die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

Die prozessuale Behandlung der Regreßklage auf Verlangen der Minderheit und die Folge der ungerechtfertigten Regreßerhebung.

1. **Prozessuale Behandlung der Regreßklage.**

Anm. 1. a) Frist. Die hier vorgesehene Fristbestimmung für die auf Verlangen der Minderheit angestellte Klage hat zweierlei Bedeutung. Einmal wird dadurch eine Pflicht der zur Prozeßführung verpflichteten Organe begründet, deren Verletzung sie der Gesellschaft (nicht der Minderheit) gegenüber verantwortlich macht. Andererseits ist die Innehaltung der Frist ein Erfordernis der Klageanstellung, dessen Nichtvorhandensein von Amts wegen zu berücksichtigen ist (Behrend § 113 Anm. 12) und zur Abweisung der Klage führt, doch so, daß hierdurch das Regreßrecht der Gesellschaft nicht verloren geht. Vielmehr kann in einer neuen Versammlung die Prozeßführung von neuem von der Mehrheit beschlossen werden (M. z. AGes. von 1884, II 162). Auch kann ja der Vorstand namens der Gesellschaft auch ohne Beschluß der Generalversammlung und ohne Minderheitsverlangen die Regreßklage erheben (Anm. 3 zu § 268). Hinsichtlich des neuen Minderheitsverlangens bemerkt jedoch Behrend (§ 113 Anm. 12) mit Recht, daß es nicht statthaft ist, wenn das Verlangen seinem Inhalte nach identisch ist mit dem, das früher gestellt wurde. Der Vorstand braucht diesem erneuten Verlangen keine Folge zu geben, das Handelsgericht hat die Ernennung von Vertretern abzulehnen und der Gegner kann der gleichwohl (scil. nicht vom Vorstand; vgl. Anm. 3 zu § 268) erhobenen Klage einen dahingehenden Einwand entgegensetzen (anders Makower I 622).

Anm. 2. b) Beifügung der Protokollsabschrift. Durch diese wird die Legitimation dargetan. Das Erfordernis muß von Amts wegen beachtet werden, doch nicht schon bei der Terminsbestimmung. Eine Nachbringung heilt den Mangel (Behrend § 113 Anm. 13; anders Makower I 622). Sind die Namen der die Minderheit bildenden Aktionäre im Protokoll nicht benannt, so kann im Prozeß die Nennung verlangt werden (OLG. Dresden cit. Anm. 4 zu § 268).

Anm. 3. c) Die Minderheit hat ihre Aktien zu hinterlegen und sechsmonatlichen Besitz glaubhaft zu machen. Es müssen dieselben Aktien sein, auf Grund deren das Minderheitsverlangen gestellt ist. Aber es müssen nicht alle Aktien sein; es genügt eine Zahl, deren Betrag den 10. Teil des Aktienkapitals ausmacht. Nicht mitzuzählen sind die Aktien, für die in der Generalversammlung ein anderer im eigenen Namen aufgetreten ist, selbst wenn sie nachweislich einem Anhänger der Minderheit gehört haben (OLG. Dresden in OLGR. 6, 508). Über sechsmonatlichen Besitz vgl. Anm. 12 zu § 266. Eigentümlich gestaltet sich das Verhältnis insofern, als die Gesellschaft Klägerin, die Minderheit aber zur Hinterlegung und zum Nachweis des sechsmonatlichen Besitzes verpflichtet ist. Prozessualisch wird die Sache in der Weise verlaufen, daß die Vertreter der Gesellschaft sich mit den die Minderheit darstellenden Aktionären in Verbindung setzen, von ihnen die Hinterlegung auf Grund der gerichtlichen Anordnung und die Glaubhaftmachung des sechsmonatlichen Besitzes verlangen und diese Nachweise alsdann dem Gerichte überreichen. Das Erfordernis ist ebenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen, kann aber nachgebracht werden (Behrend § 113 Anm. 13). Es braucht daher nicht innerhalb der dreimonatlichen Frist die Hinterlegung zu erfolgen. Findet inzwischen eine Generalversammlung statt, so können die Aktionäre, die hinterlegt haben, trotz Statutenbestimmungen, die eine Niederlegung der Aktien an bestimmten Stellen fordern, mitstimmen, weil die Hinterlegung für die Gesellschaft erfolgt ist.

Anm. 4. d) Die Minderheit hat auf Verlangen des Beklagten Sicherheit zu bestellen. Auch hier wieder hat die Minderheit die Verpflichtung (vgl. zu c). Im übrigen vgl. wegen der Sicherheitsleistung Anm. 10 ff. zu § 272.

2. **Folgen unbegründeter Regreßerhebung.** **Hauptsache ist zunächst die Erstattung der Kosten.** § 269. Dem Staat und dem Gegner gegenüber ist zunächst die Gesellschaft als Prozeßführerin Anm. 5. Kostenschuldnerin (RG. bei Gruchot 48, 627). Sie kann aber Erstattung von der Minderheit verlangen und zwar nicht nur in betreff der ihr auferlegten Kosten, sondern auch der, die sie infolge Zahlungsunfähigkeit des Gegners zu zahlen hat. Dies ergibt der Wortlaut des § 269 im Gegensatz zu der früheren Bestimmung, die von „auferlegten" Kosten sprach. Wenn auch nach der D. (162) eine Änderung wohl nicht beabsichtigt war, so muß doch der Wortlaut und die sich aus ihm ergebende Absicht des Gesetzes entscheiden (dagegen Lehmann-Ring Nr. 7).

An sich ist ein Verschulden der Minderheit gemäß der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung nicht nötig, doch wird man nach der allgemeinen Vorschrift des § 254 BGB. den Nachweis des konkurrierenden Verschuldens der Gesellschaft oder ihrer Vertreter zulassen (so Lehmann-Ring Nr. 7; Pinner 231). Als Gesamtschuldner sind die Mitglieder der Minderheit nach § 420 BGB. nicht anzusehen (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 7; Pinner 231).

Für den Schaden durch unbegründete Klageanstellung haften dem Be- Anm. 6. klagten die böslich handelnden Aktionäre und zwar hier als Gesamtschuldner.

§ 270.

Bezüglich eines Anspruchs, dessen Geltendmachung die Minderheit auf § 270. Grund der Vorschrift des § 268 Abs. 1 verlangt hat, ist ein Verzicht oder ein Vergleich der Gesellschaft nur dann zulässig, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr den zehnten Theil des Grundkapitals darstellen.

Erschwerende Erfordernisse für einen Vergleich mit regreßpflichtigen Personen.

1. Der vorliegende Paragraph will verhindern, daß das Verlangen der Minderheit Anm. 1. auf Regreßerhebung durch einen Mehrheitsbeschluß verhindert wird, durch den auf die Regreßansprüche verzichtet wird. Ein solcher Mehrheitsbeschluß soll daher, nachdem einmal die Minderheit das Verlangen auf Regreßerhebung gemäß § 268 Abs. 1 gestellt hat, nur zulässig sein, wenn auch von dieser Minderheit soviel Aktionäre dem Mehrheitsbeschlusse zugestimmt haben, daß der Rest nicht mehr den 10. Teil des Grundkapitals darstellt. Die Zustimmung bedarf keiner Form und braucht nicht etwa in der Generalversammlung erklärt zu werden (Makower I 624).
2. Selbstverständlich bedarf es dieser Zustimmung nicht mehr, wenn die Frist des Anm. 2. § 269 Abs. 1 ohne Klageanstellung verstrichen ist. Denn dadurch hat das Verlangen seine Wirkung verloren (D. 162).
3. Hinsichtlich der Regreßansprüche aus der Gründung sind die Vergleiche und Ver- Anm. 3. zichte außerdem erschwert durch § 205.

§ 271.

Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Ge- § 271. setzes oder des Gesellschaftsvertrags im Wege der Klage angefochten werden.

Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Eine An-

§ 271. fechtung, die darauf gegründet wird, daß durch den Beschluß Abschreibungen oder Rücklagen über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage statthafte Maß hinaus angeordnet seien, ist nur zulässig, wenn die Antheile des Aktionärs oder der Aktionäre, welche die Anfechtungsklage erheben, den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen.

Außerdem ist der Vorstand und, sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

Lit.: Alexander in ZHR. 40, 89; Fuld in ZgA. 14, 3.

Einleitung. **Die §§ 271, 272 und 273 regeln das Anfechtungsrecht der Aktionäre.** § 271 handelt von den Voraussetzungen der Anfechtungsklage, § 272 von ihrer prozessualen Behandlung, § 273 von den Wirkungen des Anfechtungsprozesses. Über die Frage, ob neben der hier geordneten Klage eine Feststellungsklage zulässig ist, vgl. Anm. 8 zu diesem Paragraphen; über Beschwerde beim Registerrichter Anm. 26 zu § 273.

Der vorliegende Paragraph handelt also von den Voraussetzungen der Anfechtung und zwar Abs. 1 von ihren Bedingungen und ihrer Form, Abs. 2 von der Anfechtungsfrist, Abs. 3 und 4 von den anfechtungsberechtigten Personen.

Anm. 1 1. (Abs. 1.) **Bedingungen und Form der Anfechtung.**

a) **Erste Voraussetzung ist ein Beschluß der Generalversammlung.** Als solcher gilt auch die Vornahme einer Wahl (Bolze 12 Nr. 510; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 467); ferner auch der Beschluß, bei dem nach den gesetzlichen Vorschriften schon die Zustimmung einer gewissen Minderheit genügt (vgl. Anm. 4 zu § 268); endlich auch der in Sonderabstimmung bestimmter Aktionärgattungen gefaßte Beschluß (vgl. z. B. § 275 Abs. 3 HGB.). Dagegen ist die Ablehnung eines Antrages kein Beschluß (vgl. § 251 und Fleischmann in DJZ. 02, 293), kann daher auch nicht Grundlage einer Anfechtungsklage sein.

Anm. 2. b) **Fernere Voraussetzung ist Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages.**

α) Unerheblich ist hiernach, ob auch ein besonderes vermögensrechtliches Interesse des anfechtenden Aktionärs verletzt ist. Er braucht ein solches nicht nachzuweisen, und es kann ihm auch nicht eingewendet werden, daß er kein Interesse an der Anfechtung habe. Auch ob der Beschluß den Interessenten der Gesellschaft förderlich ist oder nicht, ist unerheblich. Es kann die Anfechtung nicht darauf gestützt werden, daß der Beschluß für die Gesellschaft nachteilig ist. Selbst wenn er die Gesellschaft zu ruinieren geeignet ist, eine Verletzung von Gesetz und Statut aber nicht enthält, ist er der Anfechtung entzogen. Umgekehrt kann, wenn solche Verletzung vorliegt, nicht der Einwand erhoben werden, er nütze gleichwohl der Gesellschaft (RG. 3, 126; Bolze 6 Nr. 644; vgl. OLG. Hamburg in OLGR. 8, 386). Was statuten- oder gesetzwidrig ist, wird dadurch nicht zulässig, daß es nützlich oder sittlich oder sozial geboten ist (RG. 40, 35).

Anm. 3. β) Unter Verletzung des Gesetzes insbesondere ist die Verletzung jeder Rechtsnorm zu verstehen, einer materiellen oder formellen. Zunächst Verletzungen des Aktiengesetzes (wenn z. B. der mitgestimmt hat, der durch den Beschluß entlastet werden soll, selbst oder durch einen Vertreter, Anm. 24 ff. zu § 252; ferner z. B. Anfechtung der Wahl des Orts der Generalversammlung [RG. 44, 8]; nicht gehörige Einberufung [RG. 30, 51]; Dividendenfestsetzung [RG. 22, 158]; Entlastung [RG. 34, 57] rc.). Dazu gehören natürlich auch die Strafbestimmungen des Aktiengesetzes; z. B. Mißbrauch der Aktie nach § 318 (OLG. Hamburg in ZHR. 40, 467, dahingestellt gelassen in Bolze 12 Nr. 510, 511); Bestechung nach § 317; wissentlich falsche Darstellungen nach § 314. Über Anfechtung bei Verletzung von Bilanzvorschriften vgl. Anm. 6 zu § 261; bei Verkürzung der Redezeit Anm. 14 zu

§ 256. Es brauchen aber nicht gerade die aktienrechtlichen Vorschriften zu sein, die verletzt wurden. Auch auf die Verletzung anderer Vorschriften kann die Anfechtung gestützt werden, endlich auch auf die Verletzung von Handelsgewohnheitsrecht. Letzteres ergibt sich daraus, daß unter Gesetz im Sinne unserer Reichsgesetzbücher jede Rechtsnorm zu verstehen ist (Art. 2 EG. z. BGB.; vgl. § 550 CPO.; § 12 EG. z. CPO.; § 7 EG. z. StPO.; § 2 EG. z. KO.). Bei der Statutenverletzung ist zu bemerken, daß auch hier die Berücksichtigung der Verkehrssitte für die Auslegung Platz greift, ein Verstoß hiergegen ist eine Verletzung der Statuten (§ 157 BGB.; § 346 HGB.). — Auch sog. Sollvorschriften können es sein, z. B. § 274 Abs. 2, 278 Abs. 1 Satz 1 (dagegen Makower I 626); doch kann der Zusammenhang ein anderes ergeben, z. B. § 256 Abs. 1 u. 2. — Endlich braucht die Gesetzes- oder Statutenverletzung nicht gerade gegen den Aktionär gerichtet gewesen zu sein, der anficht: jeder Aktionär kann jede Gesetzes- oder Statutenverletzung zum Gegenstande der Anfechtung machen. Es kann z. B. der erschienene Aktionär klagen, weil einem andern unzulässigerweise der Zutritt verweigert sei (vgl. Anm. 11). Wer an der Versammlung teilgenommen hat, kann gleichwohl ordnungswidrige Berufung rügen (RG. bei Holdheim 7, 231; vgl. jedoch Anm. 11). — Das Erfordernis der Gesetzesverletzung bedeutet übrigens nicht, daß nur eine revisio in iure, wie bei der Revision im Zivilprozesse, statthaft sei, so daß wegen tatsächlicher Erwägungen die Anfechtung ausgeschlossen wäre (so Simon 324). Jene Beschränkung beruht vielmehr auf der Eigenart jenes Rechtsmittels. Dort werden die Tatsachen durch den Richter festgestellt, und es fragt sich, ob er auf die von ihm festgestellten Tatsachen das Gesetz richtig angewendet hat. Diese Frage kann hier gar nicht aufgeworfen werden. Das Gesetz kann hier durch jedes Geschehnis verletzt werden, welches mit dem Gesetze im Widerspruch steht. Ob ein solches vorliegt, hat der Anfechtungsrichter zu prüfen, sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht. Jedoch hat sich auch hierauf seine Prüfung zu beschränken. Auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses hat er sich nicht einzulassen, eine sachliche Nachprüfung der Nützlichkeit oder Schädlichkeit steht ihm nicht zu (RG. bei Holdheim 13, 166 und oben Anm. 2).

§ 271.

γ) Muß der Beschluß auf der gerügten Verletzung beruhen? In dieser Weise ist die Anfechtungsvoraussetzung vom Aktiengesetze nicht festgesetzt (anders z. B. § 549 CPO.; § 376 StPO.). Es genügt daher, daß bei der Vorbereitung der Generalversammlung, bei der Verhandlung oder bei der Beschlußfassung eine Verletzung von Gesetz oder Statut erfolgt ist. Der Beweis, daß der Beschluß auf ihr beruhe, braucht nicht geführt zu werden. Indessen kann es doch als Wille des Gesetzes nicht angesehen werden, daß auch eine solche Verletzung die Anfechtung begründen solle, die auf das Ergebnis offensichtlich oder nachweisbar ohne Einfluß gewesen ist, so z. B. wenn die Berufung zur Generalversammlung ordnungswidrig war, jedoch alle Aktionäre erschienen waren und keiner gegen die Abhaltung der Versammlung protestiert hat (vgl. daher Anm. 9 zu § 256), oder wenn die Rüge lediglich darauf gestützt wird, daß der Aktionär, mit dem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, mitgestimmt hat, jedoch mit einer so geringen Aktienzahl, daß auch seine Stimmenthaltung auf das Abstimmungsergebnis unbedingt einflußlos gewesen wäre. Es ist hiernach der Beweis der Einflußlosigkeit der Verletzung zuzulassen (zust. Bolze 17 Nr 531; 23 Nr. 583; Fuld in ZgA. 14, 4; dagegen Lehmann-Ring Nr. 3; Rehm 800). Dieser Beweis ist jedoch dahin zu führen, daß die Verletzung sicher ohne Einfluß war (Makower I 627). Solche Verletzungen dagegen, deren möglicher Einfluß auf das Endergebnis sich nicht übersehen läßt, begründen die Anfechtung, so z. B. ungerechtfertigter Ausschluß eines Aktionärs von der Generalversammlung oder von der Diskussion (vgl. z. B. RG. 36, 25 und RG. bei Holdheim 12, 99). Anm. 4.

δ) Der Beweis der Verletzung kann durch jedes Beweismittel geführt werden. Daß dabei die Interna einer geheimen Abstimmung an das Tageslicht gezogen werden, ist gleichgültig, da das Gesetz nach dieser Richtung keine Beschränkung eingeführt hat, es aber Anm. 5.

§ 271. ungerechtfertigt erscheint, dieses wichtige Aktionärrecht durch Beschränkungen zu gefährden, die im Gesetze nicht positiv festgesetzt sind und für die nur Gefühlsgründe nicht zwingender Natur sprechen.

Anm. 6. c) **Die Form der Anfechtung ist die Erhebung der Klage.** Die Widerklage steht dem nicht gleich, weil die Vertretung der Gesellschaft hier anders geordnet ist, als bei anderen Klagen (Makower I 625; dagegen Goldmann Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 15). Aber eine Einrede genügt nicht und auch eine negatorische Klage der Gesellschaft gegen den widersprechenden Aktionär ist gegen Lehmann-Ring Nr. 15, Goldmann Anm. 9, Makower I 625 für unzulässig zu erklären. Für eine solche fehlt das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung, da innerhalb einer dem Gesetzgeber für kurz genug erschienenen und wahrlich recht kurz bemessenen Frist die Feststellung durch die Klage des Widersprechenden erfolgen muß. Überdies kann auch vor Ablauf der dem widersprechenden Aktionär gewährten einmonatlichen Frist von ihm nicht verlangt werden, daß er sich endgültig über die Gründe seines Widerspruchs erkläre. Er hat eben einen Monat Zeit, das Material hierzu zu sammeln, und dieses Recht kann ihm nicht durch ein vorbeugendes Verhalten der Gesellschaft verkürzt werden.

Anm. 7. d) **Über die Klage ist auch Antrag auf einstweilige Verfügung zulässig,** z. B. daß der Beschluß nicht ausgeführt oder daß er nicht eingetragen wird.

Anm. 8. e) **Die Klage aus § 271 ist keine Feststellungsklage** gemäß § 256 CPO., weil nicht deklarativ das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll, sondern eine Rechtsgestaltungsklage, da bei ihr durch das Urteil konstitutiv eine Rechtswirkung, nämlich die Nichtigkeit eines Beschlusses, allerdings ex tunc (vgl. jedoch Anm. 7 zu § 273) festgestellt wird (Hellwig, Anspruch 463; Gaupp-Stein 60, Vorbemerkung vor § 253). Daß neben ihr eine Feststellungsklage nicht zulässig erscheint, ist Anm. 6 ausgeführt. Wohl aber ist statt ihrer die Feststellungsklage in einem besonderen Fall gegeben. Wenn nach Ansicht eines Aktionärs ein Antrag angenommen ist, der Vorsitzende aber erklärt, er sei abgelehnt, z. B. weil er annimmt, daß eine Statutenänderung vorliege, daher eine größere Mehrheit nötig sei, so kann der Aktionär eine Feststellungsklage dahin erheben, daß ein Beschluß zustande gekommen sei, soweit die sonstigen Voraussetzungen des § 256 CPO. vorliegen. Diese Klage unterliegt den Vorschriften unseres § 271 nicht.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Die Frist zur Erhebung der Klage** ist ein Monat und zwar vom Tage der Generalversammlung an, ohne Rücksicht auf die Kenntnis. Hierbei findet die Berechnung von Datum zu Datum gemäß § 188 BGB. statt. Die Gerichtsferien beeinflussen den Lauf der Frist nicht. Die Frist gilt auch für den Vorstand, wenn er als solcher klagen will; auch gegen den nicht erschienenen Aktionär, selbst wenn er nachweislich von dem Stattfinden der Generalversammlung erst später erfahren hat. Die Frist ist von Amts wegen vom Prozeßgericht zu berücksichtigen. Es ist eine Ausschlußfrist, keine Verjährung. Aus der Befristung der Klage folgt auch, daß der Kläger nach Ablauf der Frist nicht neue Anfechtungsgründe geltend machen kann, auch nicht mit Einwilligung der Gesellschaft (RG. in JW. 03, 390[22]; OLG. Hamm bei Holdheim 14, 302; Makower I 628; Fuld in ZgA. 14, 5; dagegen Lehmann-Ring Nr. 16).

Anm. 10. 3. (Abs. 3.) **Die anfechtungsberechtigten Personen sind:**

a) **die Aktionäre,** und zwar:

α) **Jeder anwesende Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt hat.** Als anwesend gilt auch, wer durch Bevollmächtigte oder sonst in gültiger Weise vertreten ist. Bloßes Stimmen gegen den Beschluß genügt nicht. Selbstverständlich darf er nicht für den Beschluß gestimmt haben. Jedoch kann er sich der Abstimmung enthalten haben und sei es auch deshalb, weil er nicht mitstimmen durfte (vgl. Anm. 23 ff. zu § 252). Auch nachträglich darf der Aktionär den Beschluß nicht gutgeheißen haben. So hat z. B. das RG. (33, 91) angenommen, daß ein Aktionär, der 10 Aktien besaß, und der, nachdem die Generalversammlung die Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beschlossen hatte, sich mit fünf Aktien an dieser Gesellschaft beteiligt

hatte, nicht mehr berechtigt ist, den ergangenen Beschluß auf Umwandlung anzufechten. Der Widerspruch braucht nicht vor der Beschlußfassung erklärt zu werden (RG. 22, 161; 53, 292). Andererseits genügt ein vor der Abstimmung erhobener Widerspruch, auch ein allgemeiner, von vornherein gegen alle Beschlüsse gerichteter, z. B.: Ich protestiere gegen die Gültigkeit der heutigen Generalversammlung (RG. 36, 24, 25) oder gegen alle heute zu fassenden Beschlüsse (RG. 30, 51). Letzteres hält das RG. allerdings nur dann für zulässig, wenn auch der Anfechtungsgrund ein allgemeiner, alle zu fassenden oder gefaßten Beschlüsse ergreifender ist, eine Einschränkung, die wir nicht anerkennen können, da ja der Anfechtungskläger, wie RG. 20, 141 ergibt, bis zum Ablauf der Klagefrist einen Wechsel in den Anfechtungsgründen vornehmen kann. Ferner braucht ein vorher erklärter Widerspruch nach Mitteilung des Ergebnisses nicht wiederholt zu werden (RG. 20, 141); jedoch genügt es nicht, wenn nur gegen den Antrag, nicht gegen den Beschluß protestiert ist (OLG. Hamburg bei Bauer 8, 221). Eine Gutheißung der Beschlüsse kann nur dann angenommen werden, wenn der Aktionär die Verhandlung hat schließen lassen, ohne den Protest zu erklären. Gründe brauchen nicht angegeben zu werden, und wenn sie angegeben sind, so können im Prozesse andere oder weitere Gründe vorgebracht werden (RG. 20, 141; Bolze 12 Nr. 510). Darauf, daß der erklärte Widerspruch vom beurkundenden Beamten auch wirklich protokollarisch vermerkt ist, ist kein entscheidendes Gewicht zu legen, es genügt, daß der Widerspruch in einer Weise erklärt ist, daß daraus eine Rechtsverwahrung zu entnehmen ist, z. B. genügt die Erklärung: Ich protestiere gegen die Wahl und werde mein Recht weiter verfolgen (M. z. AGes. von 1884, II 157; Pinner 235; Makower I 628 u. RG. 35, 293). **§ 271.**

β) **Auch der nicht erschienene Aktionär in zwei Fällen**: wenn er unberechtigterweise zu der Generalversammlung nicht zugelassen wurde und wenn ungenügende Berufung oder Bekanntmachung geltend gemacht wird. Der Anfechtungsgrund der unberechtigten Zutrittsweigerung ist durch das jetzt geltende HGB. eingeführt, die herrschende Ansicht erkannte ihn schon früher an. — Ungehörige Berufung oder Bekanntmachung liegt z. B. vor, wenn nicht die richtige Zeitung gewählt ist, oder wenn das Gesellschaftsorgan nicht richtig gezeichnet hat oder wenn an den unrichtigen Ort eingeladen ist. Der Fehler der ersten Bekanntmachung kann aber durch eine rechtzeitige zweite Einladung ersetzt werden (Bolze 4 Nr. 808). Auch sind nur erhebliche Fehler von Bedeutung, kleine Abweichungen in der Firmenbezeichnung kommen z. B. nicht in Betracht (RG. 34, 113). Über die Frage der ordnungsmäßigen Berufung und die andere Frage, welche Folgen die Berufung durch ein unzuständiges Organ hat, s. § 256 u. Anm. 9 dazu. — Selbstverständlich kann auch der erschienene Aktionär die ordnungswidrige Berufung geltend machen (Anm. 3). Aber er muß dem Beschlusse widersprochen haben (RG. bei Holdheim 7, 231). Die umgekehrte Frage, ob auch der Nichterschienene sonstige Ungültigkeiten geltend machen kann, ist müßig, weil erste Voraussetzung seines Anfechtungsrechts die ordnungswidrige Berufung ist, mit ihrem Nachweise aber die Ungültigkeitserklärung erzielt ist, so daß es auf weitere Ungültigkeitsgründe nicht mehr ankommt. Daß dem nichterschienenen Aktionär der Einwand, er habe die Bekanntmachung gelesen, mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, ist entgegen der 6./7. Aufl. nicht anzunehmen. Denn, wie Lehmann-Ring Nr. 10 mit Recht hervorheben, braucht ein Aktionär nur die richtige Berufung zu beachten. Anm. 11.

γ) Das Anfechtungsrecht des Aktionärs (nicht des Vorstands, auch nicht seiner einzelnen Mitglieder, für die diese Beschränkungen nicht gelten, vgl. Neukamp in ZHR. 48, 485) ist in einem Falle beschränkt. Wenn nämlich (die Vorschrift war im früheren HGB. nicht enthalten) **die Anfechtung darauf gegründet wird, daß zu viel abgeschrieben oder in die Reservefonds gelegt wird,** so müssen die Aktien der anfechtenden Aktionäre den zwanzigsten Teil des Grundkapitals ausmachen, und zwar fortdauernd während des ganzen Prozesses (vgl. Anm. 13). Dem Inhalt und der Absicht der Vorschrift gemäß Anm. 12.

§ 271. ungerechtfertigt erscheint, dieses wichtige Aktionärrecht durch Beschränkungen zu gefährden, die im Gesetze nicht positiv festgesetzt sind und für die nur Gefühlsgründe nicht zwingender Natur sprechen.

Anm. 6. c) **Die Form der Anfechtung ist die Erhebung der Klage.** Die Widerklage steht dem nicht gleich, weil die Vertretung der Gesellschaft hier anders geordnet ist, als bei anderen Klagen (Makower I 625; dagegen Goldmann Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 15). Aber eine Einrede genügt nicht und auch eine negatorische Klage der Gesellschaft gegen den widersprechenden Aktionär ist gegen Lehmann-Ring Nr. 15, Goldmann Anm. 9, Makower I 625 für unzulässig zu erklären. Für eine solche fehlt das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung, da innerhalb einer dem Gesetzgeber für kurz genug erschienenen und wahrlich recht kurz bemessenen Frist die Feststellung durch die Klage des Widersprechenden erfolgen muß. Überdies kann auch vor Ablauf der dem widersprechenden Aktionär gewährten einmonatlichen Frist von ihm nicht verlangt werden, daß er sich endgültig über die Gründe seines Widerspruchs erkläre. Er hat eben einen Monat Zeit, das Material hierzu zu sammeln, und dieses Recht kann ihm nicht durch ein vorbeugendes Verhalten der Gesellschaft verkürzt werden.

Anm. 7. d) **Über die Klage ist auch Antrag auf einstweilige Verfügung zulässig**, z. B. daß der Beschluß nicht ausgeführt oder daß er nicht eingetragen wird.

Anm. 8. e) **Die Klage aus § 271 ist keine Feststellungsklage** gemäß § 256 CPO., weil nicht deklarativ das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll, sondern eine Rechtsgestaltungsklage, da bei ihr durch das Urteil konstitutiv eine Rechtswirkung, nämlich die Nichtigkeit eines Beschlusses, allerdings ex tunc (vgl. jedoch Anm. 7 zu § 273) festgestellt wird (Hellwig, Anspruch 463; Gaupp-Stein 60, Vorbemerkung vor § 253). Daß neben ihr eine Feststellungsklage nicht zulässig erscheint, ist Anm. 6 ausgeführt. Wohl aber ist statt ihrer die Feststellungsklage in einem besonderen Fall gegeben. Wenn nach Ansicht eines Aktionärs ein Antrag angenommen ist, der Vorsitzende aber erklärt, er sei abgelehnt, z. B. weil er annimmt, daß eine Statutenänderung vorliege, daher eine größere Mehrheit nötig sei, so kann der Aktionär eine Feststellungsklage dahin erheben, daß ein Beschluß zustande gekommen sei, soweit die sonstigen Voraussetzungen des § 256 CPO. vorliegen. Diese Klage unterliegt den Vorschriften unseres § 271 nicht.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Die Frist zur Erhebung der Klage** ist ein Monat und zwar vom Tage der Generalversammlung an, ohne Rücksicht auf die Kenntnis. Hierbei findet die Berechnung von Datum zu Datum gemäß § 188 BGB. statt. Die Gerichtsferien beeinflussen den Lauf der Frist nicht. Die Frist gilt auch für den Vorstand, wenn er als solcher klagen will; auch gegen den nicht erschienenen Aktionär, selbst wenn er nachweislich von dem Stattfinden der Generalversammlung erst später erfahren hat. Die Frist ist von Amts wegen vom Prozeßgericht zu berücksichtigen. Es ist eine Ausschlußfrist, keine Verjährung. Aus der Befristung der Klage folgt auch, daß der Kläger nach Ablauf der Frist nicht neue Anfechtungsgründe geltend machen kann, auch nicht mit Einwilligung der Gesellschaft (RG. in JW. 03, 390[22]; OLG. Hamm bei Holdheim 14, 302; Makower I 628; Fuld in ZgA. 14, 5; dagegen Lehmann-Ring Nr. 16).

Anm. 10. 3. (Abs. 3.) **Die anfechtungsberechtigten Personen sind:**

a) **die Aktionäre,** und zwar:

α) **Jeder anwesende Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt hat.** Als anwesend gilt auch, wer durch Bevollmächtigte oder sonst in gültiger Weise vertreten ist. Bloßes Stimmen gegen den Beschluß genügt nicht. Selbstverständlich darf er nicht für den Beschluß gestimmt haben. Jedoch kann er sich der Abstimmung enthalten haben und sei es auch deshalb, weil er nicht mitstimmen durfte (vgl. Anm. 23 ff. zu § 252). Auch nachträglich darf der Aktionär den Beschluß nicht gutgeheißen haben. So hat z. B. das RG. (33, 91) angenommen, daß ein Aktionär, der 10 Aktien besaß, und der, nachdem die Generalversammlung die Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beschlossen hatte, sich mit fünf Aktien an dieser Gesellschaft beteiligt

hatte, nicht mehr berechtigt ist, den ergangenen Beschluß auf Umwandlung anzufechten. **§ 271.** Der Widerspruch braucht nicht vor der Beschlußfassung erklärt zu werden (RG. 22, 161; 53, 292). Andererseits genügt ein vor der Abstimmung erhobener Widerspruch, auch ein allgemeiner, von vornherein gegen alle Beschlüsse gerichteter, z. B.: Ich protestiere gegen die Gültigkeit der heutigen Generalversammlung (RG. 36, 24, 25) oder gegen alle heute zu fassenden Beschlüsse (RG. 30, 51). Letzteres hält das RG. allerdings nur dann für zulässig, wenn auch der Anfechtungsgrund ein allgemeiner, alle zu fassenden oder gefaßten Beschlüsse ergreifender ist, eine Einschränkung, die wir nicht anerkennen können, da ja der Anfechtungskläger, wie RG. 20, 141 ergibt, bis zum Ablauf der Klagefrist einen Wechsel in den Anfechtungsgründen vornehmen kann. Ferner braucht ein vorher erklärter Widerspruch nach Mitteilung des Ergebnisses nicht wiederholt zu werden (RG. 20, 141); jedoch genügt es nicht, wenn nur gegen den Antrag, nicht gegen den Beschluß protestiert ist (OLG. Hamburg bei Bauer 8, 221). Eine Gutheißung der Beschlüsse kann nur dann angenommen werden, wenn der Aktionär die Verhandlung hat schließen lassen, ohne den Protest zu erklären. Gründe brauchen nicht angegeben zu werden, und wenn sie angegeben sind, so können im Prozesse andere oder weitere Gründe vorgebracht werden (RG. 20, 141; Bolze 12 Nr. 510). Darauf, daß der erklärte Widerspruch vom beurkundenden Beamten auch wirklich protokollarisch vermerkt ist, ist kein entscheidendes Gewicht zu legen, es genügt, daß der Widerspruch in einer Weise erklärt ist, daß daraus eine Rechtsverwahrung zu entnehmen ist, z. B. genügt die Erklärung: Ich protestiere gegen die Wahl und werde mein Recht weiter verfolgen (M. z. AGes. von 1884, II 157; Pinner 235; Makower I 628 u. RG. 35, 293).

β) **Auch der nicht erschienene Aktionär in zwei Fällen:** wenn er unberechtigterweise zu der Generalversammlung nicht zugelassen wurde und wenn ungenügende Berufung oder Bekanntmachung geltend gemacht wird. Der Anfechtungsgrund der unberechtigten Zutrittsweigerung ist durch das jetzt geltende HGB. eingeführt, die herrschende Ansicht erkannte ihn schon früher an. — Ungehörige Berufung oder Bekanntmachung liegt z. B. vor, wenn nicht die richtige Zeitung gewählt ist, oder wenn das Gesellschaftsorgan nicht richtig gezeichnet hat oder wenn an den unrichtigen Ort eingeladen ist. Der Fehler der ersten Bekanntmachung kann aber durch eine rechtzeitige zweite Einladung ersetzt werden (Bolze 4 Nr. 808). Auch sind nur erhebliche Fehler von Bedeutung, kleine Abweichungen in der Firmenbezeichnung kommen z. B. nicht in Betracht (RG. 34, 113). Über die Frage der ordnungsmäßigen Berufung und die andere Frage, welche Folgen die Berufung durch ein unzuständiges Organ hat, s. § 256 u. Anm. 9 dazu. — Selbstverständlich kann auch der erschienene Aktionär die ordnungswidrige Berufung geltend machen (Anm. 3). Aber er muß dem Beschlusse widersprochen haben (RG. bei Holdheim 7, 231). Die umgekehrte Frage, ob auch der Nichterschienene sonstige Ungültigkeiten geltend machen kann, ist müßig, weil erste Voraussetzung seines Anfechtungsrechts die ordnungswidrige Berufung ist, mit ihrem Nachweise aber die Ungültigkeitserklärung erzielt ist, so daß es auf weitere Ungültigkeitsgründe nicht mehr ankommt. Daß dem nichterschienenen Aktionär der Einwand, er habe die Bekanntmachung gelesen, mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, ist entgegen der 6./7. Aufl. nicht anzunehmen. Denn, wie Lehmann-Ring Nr. 10 mit Recht hervorheben, braucht ein Aktionär nur die richtige Berufung zu beachten. Anm. 11.

γ) **Das Anfechtungsrecht des Aktionärs** (nicht des Vorstands, auch nicht seiner einzelnen Mitglieder, für die diese Beschränkungen nicht gelten, vgl. Neukamp in ZHR. 48, 485) ist in einem Falle beschränkt. Wenn nämlich (die Vorschrift war im früheren HGB. nicht enthalten) **die Anfechtung darauf gegründet wird, daß zu viel abgeschrieben oder in die Reservefonds gelegt wird,** so müssen die Aktien der anfechtenden Aktionäre den zwanzigsten Teil des Grundkapitals ausmachen, und zwar fortdauernd während des ganzen Prozesses (vgl. Anm. 13). Dem Inhalt und der Absicht der Vorschrift gemäß Anm. 12.

§ 271. muß sie bezogen werden auf jede Dotierung eines Reservekontos (z. B. auch auf die Dotierung des Erneuerungskontos, Simon 325), und auch auf jede Bewertung von Aktiven (d. h. also auch auf den Fall, daß ein Aktionär sich über zu niedrige Bewertung eines in den früheren Bilanzen noch nicht vorhanden gewesenen Aktivums beklagt). Denn es wäre nicht gerechtfertigt, das Anfechtungsrecht gerade dann einzuschränken, wenn es sich um zu niedrige Bewertung eines bei Beginn des Geschäftsjahrs schon vorhandenen Gegenstandes handelt, und nicht in dem Falle, wo es sich um die erstmalige Bewertung eines früher nicht vorhandenen Gegenstands handelt. Die Vorschrift will die Sorgsamkeit und Vorsicht in der Bewertung, die Stärkung der wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft durch möglichste Zurückbehaltung von Werten begünstigen und dem einzelnen Aktionär die Anfechtung da erschweren, wo das sorgsame Gros der Aktionäre sich mit niedrigeren Dividenden im Interesse des Gedeihens der Gesellschaft bescheidet. Zu den „Abschreibungen und Rücklagen" gehören auch erstmalige Minderbewertungen und zwar in doppeltem Sinne: sie stellen eine Abschreibung (vom wirklichen Werte) und eine (versteckte) Rücklage dar (so auch Neukamp in ZHR. 48, 494 gegen Simon 325). Ebenso gehört hierzu der Gewinnvortrag, der als Reservefonds anzusehen ist (vgl. Anm. 15 zu § 237).

Hervorzuheben ist aber bei dieser Vorschrift, daß ihr Zweck ist, die Rechte der Aktionäre auf Anfechtung von Minderbewertungen zu beschränken, daß aber im übrigen neben der hier festgesetzten Voraussetzung des Besitzes von 5% des Aktienkapitals das allgemeine Erfordernis der Gesetzes- oder Statutsverletzung gilt. Die Aktionärminderheit kann daher eine zu hohe Bewertung oder eine erfolgte Abschreibung der Reservestellung nur anfechten, insoweit diese gegen Gesetz oder Statut erfolgt ist. Inwieweit dies bei nicht angemessener Wertangabe zulässig ist, vgl. Anm. 6 zu § 261.

Besitzt ein Aktionär nicht den zwanzigsten Teil des Grundkapitals, so muß er sich mit anderen Aktionären zusammentun, die im übrigen ebenfalls klageberechtigt wären, und alle müssen dann gemeinsam Klage erheben. Stellt jeder einzelne die Klage an, so ist jede einzelne Klage unbegründet und durch die Verbindung werden die einzelnen unbegründeten Klagen nicht begründet.

Anm. 13. δ) Das Anfechtungsrecht der Aktionäre ist aber nicht dadurch bedingt, daß der Aktionär seine Aktien hinterlegt. Früher (d. h. vor dem jetzigen HGB.) mußte er alle die Aktien hinterlegen, mit denen er gestimmt oder widersprochen hatte. Jetzt genügt es, wenn er zur Zeit der Generalversammlung und zur Zeit der Klageerhebung und bis zur Beendigung des Prozesses Aktionär ist (LG. Berlin I im „Recht" 00, 153). Dazu genügt der Nachweis, daß er zu diesen Zeiten eine Aktie besitzt. Diesen Nachweis muß er auf Erfordern des Gerichts und des Gegners jederzeit führen. Auch muß es immer dieselbe Aktie sein. Veräußert er eine der Aktien, die er zur Zeit der Generalversammlung besessen hat, so begibt er sich dadurch des Rechts, diese zu seiner Legitimation im Anfechtungsprozesse noch ferner zu benutzen und mit der Veräußerung der letzten geht sein Klagerecht unter. Ein Wiedererwerb anderer Aktien gibt es ihm nicht wieder. Denn sein Anfechtungsrecht entspringt den Mitgliedsrechten, die er zur Zeit der Generalversammlung besitzt. Erwirbt er später andere Aktien, so sind das Mitgliedschaften, an die das Anfechtungsrecht nicht geknüpft war, weil die betreffenden Aktionäre die Voraussetzung der Anfechtung nicht erfüllt hatten (Abwesenheit und Widerspruch usw.). Die Erleichterung des neuen Gesetzes liegt also darin, daß der Aktionär von den Aktien, mit denen er gestimmt hat, alle Aktien veräußern und auch die letzte verpfänden kann; es genügt, daß er nachweist, daß er fortdauernd Aktionär ist, und diesen Nachweis führt er, wenn er mindestens eine Aktie fortdauernd besitzt (ebenso OLG. Hamm bei Holdheim 14, 302). Im Falle der Anm. 12 muß natürlich der dort gedachte höhere Aktienbesitz fortdauernd vorliegen.

ε) Wer als Aktionär zu betrachten ist, s. bei Namensaktien Anm. 4 ff. zu § 223, bei Inhaberaktien Anm. 17 zu § 223; wenn Aktien noch nicht ausgegeben sind, Anm 11 zu § 179. Über den Einwand, der Kläger sei Strohmann, s. Anm. 17 zu § 223.

b) **Außerdem ist der Vorstand als Gesellschaftsorgan zur Klage berechtigt** (nicht der Aufsichtsrat als Gesellschaftsorgan), und zwar ohne die Voraussetzungen, unter denen ein Aktionär nach den zu a gemachten Ausführungen klageberechtigt ist, also auch wenn die Vorstandsmitglieder keine Aktien besitzen, wenn sie anwesend waren und nicht widersprochen haben, wenn sie abwesend waren und die Generalversammlung ordnungsmäßig berufen war und ohne Einschränkung, wenn es sich um zu hohe Abschreibungen oder Rücklagen handelt. Ja sogar, daß die Mitglieder des Vorstandes als Aktionäre zugestimmt haben, hindert sie nicht, als Vorstand zu klagen (zust. OLG. Jena in ZHR. 43, 324). Der Vorstand nimmt in solchem Falle die Interessen der Gesellschaft wahr, ohne im Namen der Gesellschaft aufzutreten. In ihrem Namen tritt in solchem Falle ein anderes Organ auf, der Aufsichtsrat (§ 272). **§ 271. Anm. 14.**

Handelt es sich um die Abberufung des Vorstandes, so kann auch der abgesetzte Vorstand den die Abberufung aussprechenden Beschluß anfechten (RG. 34, 113). — Während der Liquidation hat der Liquidator das Anfechtungsrecht (§ 398).

c) **Endlich aber kann auch jedes einzelne Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsrats die Anfechtungsklage erheben,** sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstand hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern gegenüber haftbar machen würden. Auch hier würde es der Anfechtung nicht entgegenstehen, wenn das Mitglied als Aktionär zugestimmt hätte, und auch im übrigen gelten hier, so wenig, wie im Falle zu b, die besonderen Voraussetzungen, die die Klage des Aktionärs erfordert (s. daher näheres zu b). Die solchergestalt angestellte Klage ist eine Klage des einzelnen Mitglieds des Gesellschaftsorgans. Auch wenn alle Mitglieder des Aufsichtsrats klagen, so ist es doch nicht die Klage des Aufsichtsrats. — Dieses Klagerecht erlischt durch Ausscheiden des Gesellschaftsorgans (Makower I 631; Lehmann-Ring Nr. 14; dagegen Hagen bei Gruchot 42, 366; Goldmann Anm. 27). Anm. 15.

d) **Schließlich kann aber auch jeder Aktionär als Nebenintervenient sich jeder Anfechtungsklage anschließen.** Das ist vom Gesetze allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus § 66 CPO. (vgl. OLG. Hamburg bei Bauer 9, 63; OLG. Karlsruhe in OLGR. 11, 33). Anm. 16.

§ 272.

Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrath vertreten. **§ 272.**

Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor dem Ablaufe der im § 271 Abs. 2 bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Das Gericht kann auf Verlangen anordnen, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachtheile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist. Art und Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Erhebung der Klage und der Termin zur mündlichen Verhandlung sind unverzüglich von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

Lit. vgl. zu § 271.

§ 272. Die prozessuale Behandlung der Klage.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Passivlegitimation.** Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Diese wird durch den Vorstand und den Aufsichtsrat (eine gegen den Vorstand allein gerichtete Klage ist unzulässig; Bolze 21 Nr. 564), und wenn der Vorstand klagt, durch den Aufsichtsrat allein vertreten. Das alles bestimmt der vorliegende Paragraph ausdrücklich, um frühere Unklarheiten zu beseitigen.

Das Rubrum wird etwa dahin zu lauten haben:

Klage des Aktionärs Müller gegen die Gasglühlicht-Aktiengesellschaft zu Berlin, vertreten durch

1. ihren Vorstand, bestehend aus den Herren Meyer und Schulze,
2. ihren Aufsichtsrat, bestehend aus den Herren Werner, Michel und Neumann.

Anm. 2. Der Aufsichtsrat und ev. auch der Vorstand handeln bei dieser Vertretung als Kollegien (Alexander in ZHR. 40, 95). Als Vorstandsmitglieder gelten die wirklich bestellten; aber guter Glaube muß auch hier entschuldigen, obgleich § 15 gegenüber den Aktionären nicht Platz greift (vgl. Anm. 9 zu § 234). Als Aufsichtsratsmitglieder gelten die aus dem Handelsregister ersichtlichen (vgl. Anm. 2 zu § 244), es sei denn, daß dem Kläger die dem Handelsregister nicht gemeldeten Veränderungen im Personalbestand des Aufsichtsrats sonst zuverlässig bekannt waren (vgl. RG. in JW. 91, 14).

Anm. 3. Nach § 130 Ziff. 1, § 253 Abs. 4 CPO. ist die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter in der Klage eine Sollvorschrift. Die unvollständige Bezeichnung im Klagerubrum schadet daher nicht; nur hat das Gericht bis zum Urteil auf Vervollständigung hinzuwirken; erfolgt die nachträgliche Benennung nicht, so muß Abweisung erfolgen (OLG. Dresden in OLGR. 5, 277; OLG. Köln in RheinA. 95, 19). Das RG. (JW. 01, 482 [1]) spricht nur von nachträglicher Genehmigung der in der Klage nicht Benannten; doch muß, wenn nur die Zustellung ordnungsmäßig, d. h. an je ein Mitglied der beiden Organe (vgl. Anm. 14) erfolgt ist, die nachträgliche Benennung genügen.

Anm. 4. Betrifft der Generalversammlungsbeschluß die Absetzung des Vorstands oder Aufsichtsrats, so müssen die durch den Beschluß eingesetzten neuen Organe verklagt werden, weil der gefaßte Beschluß so lange besteht, bis er für ungültig erklärt ist (RG. in JW. 96, 682). Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Auflösungsbeschluß angefochten wird; die eingesetzten Liquidatoren (und der neue Aufsichtsrat) müssen verklagt werden.

Anm. 5. Übrigens hat das Gesetz nicht für alle Fälle Fürsorge getroffen. Klagen die Vorstandsmitglieder als Aktionäre, was ihnen ja nicht genommen ist, so haben sie gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, zu klagen. Klagen die Aufsichtsratsmitglieder als Aktionäre, so haben sie gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, zu klagen. Ebenso scheidet das Mitglied eines Gesellschaftsorgans aus der Prozeßvertretung der Gesellschaft aus, das nach § 271 Abs. 4 klagt. Wie nun aber, wenn die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats als Aktionäre den Beschluß anfechten wollen? Hier wird nichts übrig bleiben, als der Gesellschaft einen Prozeßpfleger zu bestellen (§ 57 CPO.). Auf denselben Rechtsbehelf ist zu verweisen, wenn etwa Vorstand und Aufsichtsrat, um die Klage unmöglich zu machen, ihr Amt niederlegen. Hält man § 29 BGB. für anwendbar (vgl. hierüber Anm. 20 zu § 231; Anm. 8 zu § 178), so hilft auch ein Antrag an das Amtsgericht auf Zwangsbestellung eines Vorstands.

Wird der Vorstand oder Aufsichtsrat dadurch beschlußunfähig, daß ein Teil der Mitglieder klagt, so ist in gleicher Weise zu verfahren; der Umstand, daß ein Mitglied, dem zugestellt werden kann, vorhanden ist, erscheint als gleichgültig, weil dies Mitglied allein nicht gesetzlicher Vertreter ist (a. A. Goldmann Nr. 6).

Anm. 6. Mit Lehmann-Ring Nr. 1 ist anzunehmen, daß die beiden Organe der Gesellschaft nur einheitlich vertreten sein und nicht verschiedene Prozeßhandlungen vornehmen können (anders Alexander in ZHR. 40, 108).

Wegen der Zustellung s. Anm. 14.

Jeder Aktionär kann übrigens auch der Gesellschaft als Nebenintervenient beitreten (§ 66 CPO.; Anm. 16 zu § 271). **§ 272.** Anm. 7.

2. (Abs. 2.) **Zuständig ist ausschließlich das Landgericht am Sitze der Gesellschaft** und zwar die Kammer für Handelssachen (§ 101 Nr. 3a; § 102 GVG.). Aus dieser Zuständigkeitsvorschrift folgt, was oft übersehen wird, daß **die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zulässig ist** (§ 547 Nr. 2 CPO.). Anm. 8.

3. (Abs. 2.) **Mehrere Anfechtungsprozesse sind zu verbinden.** Was im § 147 CPO. dem Gerichte als Befugnis eingeräumt ist, ist ihm hier zur Pflicht gemacht. Die mehreren Anfechtungskläger sind notwendige Streitgenossen (§ 62 CPO.). Anm. 9.

4. (Abs. 3.) **Sicherheitspflicht.** Auf Verlangen der Gesellschaft kann das Gericht (aber es muß nicht; OLG. Hamburg in OLGR. 8, 386) anordnen, daß der klagende Aktionär wegen der der Gesellschaft drohenden Nachteile Sicherheit zu leisten habe. Nur der klagende Aktionär hat diese Verpflichtung, nicht, wenn die anderen anfechtungsberechtigten Personen klagen. — Die Art und die Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Der § 108 CPO. kommt nicht zur Anwendung, weil das Gesetz hier eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit zuläßt, dieser Fall aber von § 108 ausgenommen ist. Es steht nichts entgegen, daß das Gericht anordnet, die hinterlegten Aktien (mit Kupons und Talons) sollen als Sicherheit dienen (sc. falls dies im konkreten Fall als genügende Sicherheit erscheint) vgl. RG. 37, 112 und OLG. Köln in RheinA. 95, 19. — Ist das Verlangen gestellt, so spricht das Gericht die Festsetzung der Sicherheit nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurteil aus (RG. 24, 429ff. und RG. in JW. 02, 90[7], welches letztere Erkenntnis ein Zwischenurteil dann für entbehrlich erklärt, wenn Parteien über Pflicht und Höhe der Sicherheitsleistung einverstanden sind und nur die Bestimmung der Frist übrig bleibt). Das Gericht setzt dabei eine Frist, nach deren Ablauf zum neuen Termin geladen wird (§ 113 CPO.). Bis zum Termin kann die Sicherheitsbestellung nachgeholt werden (§ 231 Abs. 2 CPO.). Erscheint der Kläger jetzt nicht, so kann die Gesellschaft Antrag auf Versäumnisurteil stellen, und zwar nach ihrer Wahl wegen der prozeßhindernden Einrede oder in der Hauptsache. In beiden Fällen kann Einspruch eingelegt und die Sicherheit noch nachgeholt werden (RG. 24, 429). Die Vorschrift des früheren Rechts, daß das Verlangen auf Sicherheitsleistung eine prozeßhindernde Einrede sei, ist fortgefallen. Es kann jetzt jederzeit, auch in der zweiten Instanz, das Verlangen gestellt werden (OLG. Dresden in OLGR. 5, 277). Anm. 10.

Das Zwischenurteil ist nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar (RG. in JW. 02, 90[7] und 03, 289[4]).

Die Sicherheit haftet für die der Gesellschaft entstehenden Nachteile, jedoch nur, wenn der Fall der Haftung nach § 273 Abs. 2 vorliegt, oder wenn sonstige Schadensersatzpflichten bestehen, nicht einfach für den Schaden, wenn dieser objektiv vorliegt, obgleich die Worte „wegen der drohenden Nachteile" dies nahelegen. Dieses Ergebnis muß, wie Pinner 240 bemerkt, jetzt daraus gefolgert werden, daß das Gericht die Auferlegung der Sicherheit in seiner Hand hat. Es kann nicht angenommen werden, daß jemand, dem das Gericht die Bestellung einer Sicherheit wegen seiner zweifellosen Zahlungsfähigkeit erläßt, nur bei böslicher Handlungsweise haftet, der aber, dem die Sicherheit auferlegt wurde, ohne Verschuldung. — Ebenso Makower I 634. Anm. 11.

Wegen der Rückgabe der Kaution hat man sich an die Gesellschaft zu wenden. Die Einwilligung des jeweiligen Vorstandes genügt in jedem Falle, wer auch im Prozesse die Gesellschaft vertreten hat. Ist diese nicht zu erlangen, so muß eine Klage auf Einwilligung angestellt werden, da § 109 der CPO. nicht angeführt ist, also auch nicht angewendet werden kann (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 240). Anm. 12.

5. (Abs. 4.) **Die Bekanntmachung der Klageerhebung und des Verhandlungstermins** ist dem Vorstande zur Pflicht gemacht. Unter dem Verhandlungstermin ist der erste Verhandlungstermin zu verstehen. Die Bekanntmachung liegt dem Vorstande ob, also auch dann, wenn er Anm. 13.

§ 272. selbst klagt. Die Verpflichtung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§ 319). Die Bekanntmachung lautet etwa wie folgt:

Gegen den Beschluß der Generalversammlung vom 28. Mai 1898 auf Entlassung des Vorstandes hat der Aktionär Rentier Karl Müller zu Prenzlau Anfechtungsklage erhoben. Der erste Verhandlungstermin steht beim Königlichen Landgericht I zu Berlin, 4. Kammer für Handelssachen, am 7. Oktober 1898 an (Terminszimmer 73, im Gerichtsgebäude, Grunerstraße).

Der Vorstand.
Theophil Meyer.

Anm. 14. **Zusatz 1. Für die Zustellung der Klage** gilt der § 171 Abs. 3 CPO., d. h. es genügt, daß an einen der mehreren gesetzlichen Vertreter zugestellt wird. Es muß aber zur Vermeidung von Kollusionen an beide Organe zugestellt werden (RG. 14, 142; RG. in JW. 95, 602; OLG. Rostock in ZHR. 43, 325). Der § 171 Abs. 3 CPO. kann daher nur mit einer Änderung angewendet werden: mindestens einem Mitgliede eines jeden dieser beiden Organe muß zugestellt werden (OLG. Colmar in DJZ. 03, 456). Hinsichtlich des Aufsichtsrats genügt die Zustellung an den Vorsitzenden (z. B. OLG. Dresden in OLGR. 5, 277 und Bondi in DJZ. 03, 147).

Anm. 15. **Zusatz 2. Ob sich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats denselben Anwalt bestellen,** oder verschiedene, hängt nach Ansicht des RG. von dem Verhalten ihrer Verteidigung ab. Haben sie ohne Not verschiedene Anwälte bestellt, so haftet ihnen der Kläger nicht für die Mehrkosten, weil diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren (RG. 14, 142; so auch Makower I 633). Indessen ist diese Ansicht deshalb nicht zutreffend, weil lediglich die Gesellschaft verklagt ist und beide Organe nur ihre gesetzlichen Vertreter sind, und zwar so, daß sie nur gemeinschaftlich die Vertretung führen können. Daraus folgt, daß nicht jedes Organ sich einen Vertreter bestellen kann, sondern nur beide Organe der Gesellschaft einen (oder auch mehrere) Vertreter bestellen können (Lehmann-Ring Nr. 1; Pinner 239).

Anm. 16. **Zusatz 3. Der Wert des Streitgegenstandes und die Prozeßkosten.** Der erstere bemißt sich lediglich nach dem Interesse des Klägers (RG. 24, 427 ff.). Denn der Aktionär wahrt nur seine Rechte und ficht den Beschluß nur an, um seine Interessen zu schützen. Daß das Urteil, wenn es auf Ungültigkeitserklärung lautet, präjudiziell wirkt, ändert hieran nichts. Das ist auch bei Statusklagen nicht anders. Hiernach ist der Kurswert der klägerischen Aktien der Höchstbetrag des Interesses. Aber er kann selbstverständlich auch geringer sein, z. B. der Betrag der dem Kläger bei erfolgreicher Anfechtung des Dividendenbeschlusses zufließenden Dividende (Bolze 22 Nr. 689; KG. bei Holdheim 6, 97).

Anm. 17. Die Prozeßkosten sind, wenn der Anfechtungskläger siegt, der Gesellschaft aufzuerlegen. Wird Kläger abgewiesen, so hat nur die Gesellschaft einen Erstattungsanspruch, und zwar auch gegen den klagenden Vorstand. Ob die Mitglieder des Vorstandes einen Rückforderungsanspruch an die Gesellschaft haben, ist eine andere Frage, die hiermit nicht entschieden ist.

Anm. 18. **Zusatz 4. Übergangsfrage.** Die §§ 271 und 272 finden auch auf frühere Beschlüsse Anwendung (vgl. Anm. 1 ff. zu § 178). Das will sagen: Wird die Anfechtungsklage nach dem 1. Januar 1900 zugestellt, so finden die neuen Vorschriften Anwendung.

Zusatz 5. Das Gericht hat die Voraussetzungen der §§ 271, 272 von Amts wegen zu prüfen (OLG. Hamburg in OLGR. 2, 227).

§ 273.

§ 273. Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urtheil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Das Urtheil ist von dem Vorstand unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen; die Eintragung des Urtheils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen.

Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner. § 273.

Lit. vgl. zu § 271.

Der vorliegende Paragraph regelt die Folgen der Ungültigkeitserklärung (Abs. 1) **und die Folgen der unbegründeten Anfechtung für die Anfechtungskläger** (Abs. 2).

1. (Abs. 1.) **Die Folge der Ungültigkeitserklärung** ist, daß der Beschluß für die Gesellschaft und alle Aktionäre als ungültig zu betrachten ist. Alle etwa schwebenden Klagen werden dadurch gegenstandslos. Diese Folge tritt aber erst mit der Rechtskraft ein (RG. 24, 429); bis dahin kann der Kläger die Klage zurücknehmen, Vergleiche schließen. Er kann auch durch spätere Handlungen auf sein Anfechtungsrecht verzichten. Es ist in der Praxis mehrfach der Fall vorgekommen, daß Bilanzen angefochten wurden und während des Schwebens des Anfechtungsprozesses Bilanzen fernerer Jahre genehmigt wurden, ohne daß gegen diese Beschlüsse protestiert war. Da sich nun die Bilanz jedes Jahres auf der des vorhergehenden durch den Vortrag aufbaut, so muß angenommen werden, daß der Anfechtende, nachdem er die späteren Beschlüsse nicht angefochten, damit auch sein Anfechtungsrecht gegen die von ihm angefochtene Bilanz verwirkt habe. Man käme sonst zu dem praktisch nicht verwendbaren Ergebnis, daß die Bilanz des Vorjahres für nichtig erklärt wird, die des späteren aber, die im Vortrag den Extrakt der Bilanz des Vorjahres hat, gültig ist. Anm. 1.

Das die Klage abweisende, also die Gültigkeit des Beschlusses aussprechende Urteil ist dagegen nicht präjudizierlich (D. 164; vgl. Anm. 14).

Das Resultat der Klage, wenn sie durchdringt, ist stets ein negatives; der angefochtene Beschluß besteht nicht. Positiv zu entscheiden, was an Stelle des für nichtig erklärten Beschlusses zu setzen ist, hat der Richter nicht; insbesondere kann er nicht etwa eine neue Bilanz aufstellen (vgl. Anm. 2 zu § 260 und Rehm 801 Anm. 2). Anm. 2.

Das rechtskräftige, auf Ungültigkeitserklärung lautende Urteil ist dem Handelsregister einzureichen, entsprechend der im § 259 Abs. 5 angeordneten Einreichung aller Generalversammlungsbeschlüsse zum Register. Die Einreichung kann ev. nach § 14 erzwungen werden. Die Einreichung muß auch bei dem Gerichte jeder Zweigniederlassung erfolgen (§ 13). War der Beschluß noch nicht eingetragen, so muß die Eintragung nunmehr endgültig unterbleiben. War der Beschluß eingetragen, so muß nunmehr die Ungültigkeit durch Eintragung des Urteils (d. h. des Tenors oder auch der Tatsache, daß durch rechtskräftiges Urteil vom 12. Januar 1900 des Königl. Kammergerichts der Beschluß vom 6. Mai 1899 für ungültig erklärt ist) vermerkt werden, und zwar ohne besondere Anmeldung (LG. I Berlin bei Holdheim 3, 153). Diese Eintragung ist zu veröffentlichen. Anm. 3.

Daß der Beschluß nun nicht mehr ausgeführt werden kann, ist selbstverständlich.

Aber eine andere Frage ist, welche Folgen die bereits erfolgte Ausführung hat. Die Frage ist um so praktischer, als die Gesellschaftsorgane nicht unbedingt verhindert sind, einen angefochtenen Beschluß zur Ausführung zu bringen (vgl. Anm. 13). Die Frage nach den Folgen der erfolgten Ausführung eines nachträglich für ungültig erklärten Beschlusses läßt sich aber allgemein nicht beantworten (vgl. M. z. AGes. von 1884, I 241). Anm. 4.

Was zunächst die Gesellschaft betrifft, so wird diese im allgemeinen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen ihre Gesellschaftsorgane wegen der erfolgten Ausführung nicht erheben dürfen. Im allgemeinen wird die Gesellschaft sich darüber nicht beschweren können, daß der Beschluß ihres obersten Willensorgans zur Ausführung gebracht ist. In Ausnahmefällen kann hierbei Abweichendes gelten, so, wenn der Beschluß durch Arglist der Gesellschaftsorgane herbeigeführt ist, oder wenn er offenbar ungültig war (Anm. 4 zu § 241). Anm. 5.

Die Gläubiger wiederum haben einen direkten Anspruch wegen Ausführung von ungültigen Generalversammlungsbeschlüssen nur in bestimmten Fällen (vgl. Anm. 11 ff. zu § 241). Anm. 6.

§ 273. Anm. 7. Dritte endlich, mit denen der Vorstand eine Rechtshandlung auf Grund eines nachträglich für ungültig erklärten Generalversammlungsbeschlusses vorgenommen hat, werden in der Regel durch die Vorschriften des § 235 geschützt sein, ebenso im Falle der Auszahlung unstatthafter Dividenden die Aktionäre durch die Vorschrift des § 217.

Anm. 8. 2. (Abs. 2.) **Die Schadensersatzpflicht bei unbegründeten Anfechtungsklagen.**

a) **Unbegründete Anfechtung liegt vor,** wenn die Abweisung als eine materiell ungerechtfertigte dargetan wird. Es genügt nicht, wie Behrend § 123 Anm. 22 annimmt, Abweisung aus formellen Gründen, doch ist auch umgekehrt in diesem Falle ein Schadensanspruch nicht ausgeschlossen. Vielmehr kann auch der Nachweis materieller Grundlosigkeit der Klage geführt werden (zust. Lehmann-Ring Nr. 11).

Anm. 9. b) **Ein der Gesellschaft erwachsener Schaden** muß es sein. Sind Aktionäre geschädigt, indem der Kurs der Aktien etwa gefallen ist und sie dadurch sich genötigt sahen, diese zu verkaufen, so kommt dieser Schaden hier nicht in Betracht. Wenn in der Reichstags-Kommission (KB. z. AGes. von 1884, 19) bemerkt wurde, ein Kursrückgang werde regelmäßig auch ein Schaden der Gesellschaft sein, so ist dies in dieser Allgemeinheit unrichtig.

Anm. 10. c) **Die Kläger** haften, nicht die Nebenintervenienten; aber die Kläger, wer sie auch seien, auch die Vorstandsmitglieder, wenn sie als solche klagen und ihnen bösliche Handlungsweise zur Last fällt (Lehmann-Ring Nr. 11).

Anm. 11. d) **Über bösliche Handlungsweise** s. Anm. 13 zu § 202. Sie ist hier nur in der Weise denkbar, daß der Kläger seine Anfechtung für unbegründet erachtet hat, oder daß er sich der hohen Wahrscheinlichkeit, sie sei unbegründet, bewußt war und sie doch vorgenommen hat. Hielt dagegen der Kläger die Anfechtung für begründet, und durfte er sie für begründet halten, so fällt ihm eine bösliche Handlungsweise nicht etwa deshalb zur Last, weil es eine im übrigen zweckentsprechende Maßregel war, die er solchergestalt bekämpfte. Über die Zweckmäßigkeit braucht er sich hierbei keine Gedanken zu machen. Er hat ein Recht darauf, daß auch zweckmäßige Beschlüsse in gesetzlicher Weise gefaßt werden, und er darf die Beschlüsse ohne Gefahr für sich selbst anfechten, wenn er sie rechtlich für unbegründet hält und halten darf (vgl. Anm. 2 zu § 271). Übrigens sind auch Schadensersatzansprüche aus sonstigen Rechtsgründen denkbar; vgl. z. B. § 824 BGB. (Makower I 641; dagegen Lehmann-Ring Nr. 11).

Anm. 12. **Zusatz 1. Die Folgen der Anfechtung und die Folgen der Nichtanfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen.** Der Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen beschäftigt sich mit den Folgen der Ungültigkeitserklärung eines Beschlusses. Nicht behandelt aber ist die Frage, welche Folgen die Anfechtung an sich hat und ferner, welche Folgen die unterbliebene Anfechtung eines ungültigen Beschlusses hat. Beide Fragen sind praktisch wichtig.

Anm. 13. 1. **Die Folgen der Anfechtung.**

a) **Während des Anfechtungsprozesses.** Ob der von der Generalversammlung gefaßte Beschluß gültig oder ungültig ist, steht noch nicht fest. Wenn er ungültig ist, so ist diese Eigenschaft zunächst noch verborgen. Zunächst steht die Tatsache fest, daß die Generalversammlung, das oberste Willensorgan der Gesellschaft, den Beschluß gefaßt hat. Mit dieser Tatsache kann der Vorstand regelmäßig rechnen (vgl. RG. in JW. 96, 662). Der Gesellschaft gegenüber ist daher der Vorstand berechtigt, den Beschluß auszuführen, wenn er ihn für gültig hält. In diesem Falle braucht auch eine Anfechtungsklage ihn von der Ausführung nicht abzuhalten, dem Anfechtungskläger bleibt es überlassen, die Ausführung durch einstweilige Verfügung zu verhindern. Der Vorstand ist aber auch berechtigt, die Ausführung auszusetzen, wenn der Beschluß angefochten wird, namentlich dann, wenn die Ausführung mit Gefahren für die Gesellschaft verknüpft ist (z. B. beim Beschluß über Dividendenverteilung wegen § 217), oder wenn die Nichtausführung gefahrlos ist. Und er ist ferner verpflichtet, ihn nicht auszuführen, wenn er ihn für offenbar ungültig, die Anfechtung für offenbar begründet hält. — Verstößt endlich der Beschluß gegen Vorschriften, die nicht nur zum Schutze der Aktionärinteressen erlassen sind, sondern zum Schutze des Publikums und der Gläubiger, so hat der Vorstand bei eigener Verantwortlichkeit

ihn nicht auszuführen, wenn er nicht angefochten wird, geschweige wenn er angefochten wird (vgl. Anm. 6). **§ 273.**

b. **Die Folgen des Urteils.** Lautet es auf Nichtigkeitserklärung, so s. Anm. 4 ff. Lautet es aber auf Abweisung, so soll damit nach Neukamp (bei Holdheim 3, 181) unbedingte Gültigkeit hergestellt sein, dies sogar auch dann, wenn der Beschluß öffentlich-rechtlich unzulässige Anordnungen enthält; der Registerrichter sei schon deshalb daran gebunden, weil sonst der angeblich unmögliche Fall eintreten könnte, daß das Reichsgericht als oberster Prozeßrichter einen Beschluß für gültig, das betreffende Amtsgericht aber als Registerrichter ihn für ungültig erklärte und letzterer den Sieg davontrüge. Allein derartige Konstellationen können die Rechtsfrage nicht entscheiden. Entscheidend ist, daß der Prozeßrichter und der Registerrichter sich als gleichgestellte Behörden mit selbständigem Prüfungsrecht gegenüberstehen (Anm. 22), daß der Prozeßrichter aber nur über Parteirechte entscheiden, nicht in den öffentlich-rechtlichen Pflichtenkreis einer nebengeordneten Behörde eingreifen kann. Und wie, wenn im Prozeßverfahren der Verstoß gegen das öffentliche Recht nicht vorgebracht oder nicht geprüft ist? Das auf Gültigkeit lautende, also die Anfechtungsklage abweisende Urteil ist daher nicht präjudizierlich (D. 164), es schafft nur Rechtskraft zwischen den Parteien (RG. 24, 429). Anm. 14.

2. **Die Folgen der Nichtanfechtung.** Anm. 15.

a) In der Regel wird der Beschluß dauernd gültig trotz seiner Gesetzes- und Statutenwidrigkeit. So können z. B. die ungültig gewählten Aufsichtsratsmitglieder nunmehr ihr Amt ausüben.

b) Diese Regel greift indessen nicht immer Platz. Die Eigenart gewisser Vorschriften bringt es mit sich, daß bei ihnen in der Nichtanfechtung ein Verzicht auf die Folgen der Verletzung nicht gefunden werden kann, oder daß ein Verzicht auf diese Folgen nicht stattfinden kann. Man kann nicht gerade sagen, daß alle Beschlüsse, die gegen das öffentliche Recht verstoßen, hierher gehören. Denn auch Bestimmungen öffentlichen und zwingenden Rechts gibt es, bei denen auf die Rechtsfolge der geschehenen Verletzung verzichtet werden kann und bei denen in der Nichtanfechtung ein Verzicht den Umständen nach gefunden werden muß. So haben z. B. die Vorschriften über die Berufung der Generalversammlung, über die Vorbereitungen der Bilanzprüfung, die Vorschriften des § 252 über die Abstimmungen zwingenden Charakter; Statutenbestimmungen, die ihnen widersprechen, sind ungültig. Aber auf die Rechtsfolgen der Verletzung solcher Vorschriften durch einen Generalversammlungsbeschluß kann in concreto wirksam verzichtet werden und in der unterlassenen Anfechtung muß ein solcher Verzicht erblickt werden. Dieser Verzicht wird überall dort als vorhanden und wirksam erachtet werden müssen, wo gesellschaftliche Herrschaftsrechte, die Sonderrechte sind, nicht entzogen und geschmälert, sondern nur in concreto verletzt, mißachtet werden. Wird solche Mißachtung durch Anfechtung nicht gerügt, so wird der Beschluß gültig (vgl. Anm. 13 zu § 252).

Anders jedoch in folgenden Fällen:

α) Wenn der Generalversammlungsbeschluß in Sonderrechte der Aktionäre durch Entziehung oder Schmälerung eingreift (RG. 36, 136; 37, 65). Da diese durch Mehrheitsbeschlüsse unentziehbar sind, so kann in der unterlassenen Anfechtung des Beschlusses ein Verzicht auf die Rechtsfolgen des Beschlusses nicht erblickt werden. Der verletzte Aktionär kann sich der Anfechtung bedienen, aber der in sein Sonderrecht eingreifende Beschluß der Generalversammlung wird durch unterlassene Anfechtung gegen ihn nicht gültig (Neukamp in ZHR. 38, 57 und bei Holdheim 2, 209; Fuld in ZgA. 12, 45; auch Lehmann-Ring Nr. 2). Ein Beispiel: Es wird beschlossen, daß die Aktionäre, die ihre Aktien von einem bestimmten Bankhause bezogen haben, fortan nicht stimmen dürfen. Anm. 16.

β) Der Beschluß berührt den Aktionär noch weniger, wenn er in seine Einzelrechte, die ihm als Dritten zustehen, eingreift, wozu auch solche Gläubigerrechte gehören, die in der Mitgliedschaft entstanden sind, aber selbständige Forderungen geworden sind, wie z. B. das Recht auf die festgestellte Dividende (RG. 37, 64). Allein andererseits muß doch hervorgehoben werden, daß, wenn der Beschluß in die besonderen Verhältnisse Anm. 17.

§ 273. des Aktionärs zur Gesellschaft eingreift und es stimmt ein Aktionär vorbehaltlos, ihn dies sowohl als Aktionär, als in Beziehung auf das besondere Vertragsverhältnis bindet (RG. in JW. 93, 488/9).

Anm. 18. γ) Wenn der Beschluß Maßregeln anordnet, Gesellschaftsregeln aufstellt, die das Gesetz aus öffentlich-rechtlichen Gründen verbietet, sei es, daß sie gegen das Wesen der Aktiengesellschaft verstoßen (RG. 21, 159), oder sonst dem öffentlichen Rechte absolut zuwiderlaufen (KGJ. 14, 23). So auch RG. 42, 82; D. 164; Makower I 639. Hier ist ein Verzicht der Aktionäre auf die Beobachtung solcher Vorschriften, wie er in der unterlassenen Anfechtung liegen könnte, unwirksam. So z. B., wenn der Beschluß den Aktionären außer dem Falle des § 212 positive Leistungen auferlegen würden; wenn er die Ausgabe von Aktien unter 1000 Mk. außer dem Falle des § 180 anordnen würde; wenn er Statutenänderungen treffen würde, die gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstoßen, wenn er z. B. anordnen würde, daß fortan auch der mitstimmen dürfe, mit dem ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll. Zwar kann, wenn eine Gesetzesverletzung gegen diese Gesetzesvorschrift des § 252 vorkommt, in concreto auf deren Rechtsfolgen wirksam verzichtet werden, insbesondere auch durch Nichtanfechtung des Beschlusses; aber gegen zwingende Vorschriften verstoßend und deshalb ungültig wäre eine allgemeine im voraus getroffene Anordnung des Gesellschaftsvertrages, daß eine solche Gesetzesvorschrift nicht gerügt werden dürfe.

Anm. 19. δ) Dahin gehören endlich auch Beschlüsse, durch die Vorschriften verletzt werden, die den Schutz der Gläubiger und des Publikums im Auge haben. Diese werden auch durch unterlassene Anfechtung nicht gültig (D. 164; oben Anm. 18).

Anm. 20. c) **Ferner liegt eine Nichtigkeit ipso iure vor, wenn in Wahrheit gar kein Generalversammlungsbeschluß vorliegt.** So z. B., wenn der Beschluß nach dem Gesetze nur dann gültig ist, wenn er von mehreren Aktiengattungen gefaßt ist und nur eine Aktiengattung ihn gefaßt hat oder wenn die Generalversammlung überhaupt nicht einberufen oder von einem unzuständigen Organe einberufen wurde (vgl. hierüber Anm. 9 zu § 256). In solchen Fällen liegt Nichtigkeit ipso iure vor, nicht Nichtigkeit des Beschlusses, sondern es ist nihil actum (Cosack § 116, 9c). Für die Anfechtung fehlt es am Gegenstande. Wird gleichwohl die Anfechtungsklage angestellt, so ist dies eine Anfechtungsklage im weiteren Sinne der CPO. (so auch Makower I 638). Auch wenn für die Protokollierung nicht die gehörige Form gewahrt ist, liegt dieser Fall vor (Makower I 640 und 578).

Anm. 21. **Zusatz 2. Die Stellung des Registerrichters zu den Generalversammlungsbeschlüssen.**

a) Generalversammlungsbeschlüsse, die der Eintragung nicht bedürfen, auf ihre Gültigkeit zu prüfen, liegt außerhalb seiner Befugnisse (KGJ. 12, 35). Vgl. auch zu § 319.

Anm. 22. b) Was aber die Beschlüsse betrifft, die zu ihrer Gültigkeit der Eintragung bedürfen, so hat das Registergericht zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Beschluß im Sinne des Gesetzes vorliegt. Wenn z. B. im Falle des § 275 Abs. 3 nur ein Beschluß der einen Gattung, nicht ein solcher der benachteiligten Gattung vorliegt, so liegt ein eintragungsfähiger Beschluß überhaupt noch nicht vor (KGJ. 16, 20; vgl. ferner Anm. 20). Sodann aber hat er die Eintragung in allen den Fällen abzulehnen, in denen der Beschluß Sonderrechte oder öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne der Ausführungen Anm. 18 verletzt. Bei Beschlüssen dagegen, die durch unterlassene Anfechtung gültig werden (Anm. 15), nimmt die herrschende Ansicht an, daß der Registerrichter die Eintragung nicht mehr ablehnen darf, sobald der Beschluß durch Nichtanfechtung oder vergebliche Anfechtung gültig geworden ist (KGJ. 12, 37 und KG. bei Bauer 7, 156; LG. I Berlin bei Holdheim 3, 153; Lehmann-Ring Nr. 2 u. 8; Behrend § 123 Anm. 32; Cosack § 116, 8f; Neukamp bei Holdheim 3, 181; Makower I 641; Goldmann Anm. 2). Dagegen darf er die Eintragung solange aussetzen, bis die erfolgte Anfechtung durchgeführt ist (§ 127 FGG.). Doch darf er von dieser Aussetzungsbefugnis nur nach pflichtmäßigem Ermessen Gebrauch machen, wenn sie durch die Umstände des Falles geboten ist. Die Tatsache allein, daß eine Anfechtung erfolgt ist, rechtfertigt die Aussetzung

nicht. Der Registerrichter hat vielmehr zu prüfen, ob die Anfechtung in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung so begründet ist, daß mit der Nichtigkeitserklärung gerechnet werden muß. Ergeben sich hiernach berechtigte Zweifel an der Rechtsgültigkeit des Beschlusses, so hat er ferner zu erwägen, ob die Eintragung von so schwerwiegenden Folgen sein würde, daß die Aussetzung geboten erscheint (KGJ. 21 A S. 243). Kein Gebrauch darf von der Aussetzungsbefugnis gemacht werden, wenn eine sofortige Entscheidung durch die Verhältnisse geboten erscheint, z. B. dann, wenn es sich um Ersatz des einzigen Vorstandes durch eine andere Person handelt. In solchen Fällen muß der Registerrichter eine Entscheidung über die Eintragung treffen (KGJ. 21 A S. 244; vgl. über diese Entsch. Josef in DNotV. 4, 333). § 273.

c) Verschiedene miteinander zusammenhängende Beschlüsse hat der Registerrichter, selbst wenn sie unter verschiedenen Nummern der Tagesordnung aufgezählt sind, in ihrem Zusammenhange zu prüfen (KG. bei Holdheim 10, 241). Enthält ein Beschluß eine Gesetzwidrigkeit, so kann der Richter diese nicht streichen und den übrigen Teil eintragen. Eine derartige Abänderung kann nur die Generalversammlung vornehmen (OLG. München im „Recht" 01, 266 und OLG. Dresden in ZgA. 10, 182). Anm. 23.

d) Durch einstweilige Verfügung kann gemäß § 16 Abs. 2 die Eintragung eines angefochtenen Beschlusses verhindert werden (vgl. Anm. 8 zu § 16). Anm. 24.

e) Trägt der Registerrichter einen ungültigen Beschluß ein, so ist, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften in dem Anm. 18 dargelegten Sinne verletzt sind, der Beschluß dennoch ungültig geblieben (KGJ. 14, 23; D. 164). Sind verzichtbare Vorschriften verletzt, Anfechtung aber nicht oder vergeblich erfolgt, so ist der Beschluß nunmehr gültig geworden. Anm. 25.

f) Trägt der Registerrichter ein, so hat jeder Aktionär, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt sind, oder wenn die Eintragung mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (FGG. § 142), das Beschwerderecht, soweit die Eintragung sein Recht beeinträchtigt; er hat ferner gemäß §§ 142, 143 FGG. das Recht, die Löschung zu beantragen (so gegen 6./7. Aufl. KGJ. 28 A S. 230ff.; Lehmann-Ring Nr. 10; Goldmann Anm. 16). Anm. 26.

g) Ferner aber hat der Registerrichter das Recht, den Beschluß von Amts wegen zu löschen, wenn seine Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (§§ 142, 143 FGG.); ferner (§ 144 Abs. 2), wenn der Beschluß durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. Zwingende Vorschriften dürften identisch sein mit den oben Anm. 18 erwähnten (vgl. OLG. Rostock im „Recht" 05, 21). Daß die Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint, ist ein selbständiges Erfordernis und soll dazu dienen, um die Registergerichte zu einem möglichst mäßigen, nur in dringendsten Fällen erfolgenden Gebrauch von dieser Maßregel zu zwingen. Es muß ein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Eintragung vorliegen. Es wird aber in solchen Fällen häufig gerade umgekehrt im öffentlichen Interesse liegen, die Eintragung nicht zu beseitigen, sondern ein noli me tangere zu beobachten, um nicht heillose Verwickelungen und ungeheure Schäden zu stiften. Die Löschung kann vom Amtsgericht oder auch vom Landgericht verfügt werden (§§ 144, 143 FGG.). Das Gericht hat den Beteiligten von der beabsichtigten Löschung Nachricht zu geben und ihnen eine Frist von drei Monaten zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. Innerhalb dieser Frist kann die Gesellschaft den Beschluß selbst aufheben oder so abändern, daß nunmehr seine Beseitigung im öffentlichen Interesse nicht mehr erforderlich erscheint. Über den Widerspruch entscheidet das Gericht. Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. Die Löschung darf erst nach Rechtskraft der Entscheidung erfolgen oder wenn kein Widerspruch erhoben ist. Das Vorgehen des Gerichts ist an eine zeitliche Schranke nicht gebunden, das Damoklesschwert dieser Löschung schwebt daher über allen eingetragenen Beschlüssen der Aktiengesellschaft (gegen nicht eingetragene Beschlüsse gibt es ein ähnliches Vorgehen für die Staatsbehörde nicht). — Die Möglichkeit der Löschung bezieht sich auch auf Beschlüsse vor der Zeit des neuen HGB. (Anm. 1 ff. zu § 178). Anm. 27.

Über Beschlüsse, die zwingende Formvorschriften verletzen, vgl. Anm. 7 zu § 277. Anm. 28.

Vierter Titel.

Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274.

§ 274. **Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Aenderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen werden.**

In der nach § 256 Abs. 1, 2 zu bewirkenden Ankündigung soll die beabsichtigte Aenderung des Gesellschaftsvertrags nach ihrem wesentlichen Inhalt erkennbar gemacht werden.

Anm. 1. **Vorbemerkung zum vierten Titel. Unter den Abänderungen des Gesellschaftsvertrags** sind im neuen HGB. auch die Kapitalserhöhung und die Kapitalsherabsetzung aufgezählt. Diese sind in der Tat Unterarten der Statutenänderung (D. 165). Die für diese gegebenen allgemeinen Vorschriften gelten daher auch für die Kapitalserhöhung und Kapitalsherabsetzung. Nicht besonders erwähnt ist (im Gegensatz zu Art. 214 des alten HGB.) der Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut festgesetzte Zeit. Mit Recht, denn dieser Beschluß ist nichts weiter als eine einfache Statutenänderung (vgl. 5. Aufl. § 1 zu Art. 214; D. 166). Über Sitzverlegung als Statutenänderung vgl. Anm. 17 zu § 182 und RG. in JW. 99, 396[9].

Anm. 2. **Der vorliegende Paragraph gibt die allgemeine Vorschrift über die Voraussetzung jeder Statutenänderung.** Diese Voraussetzung ist ein Generalversammlungsbeschluß. Wenn es sich um bloße Fassungsänderungen handelt, kann der Generalversammlungsbeschluß auch in einer Ermächtigung des Aufsichtsrats bestehen.

1. **Für jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages** ist ein Generalversammlungsbeschluß erforderlich, also insbesondere auch für Kapitalserhöhungen und für Kapitalsherabsetzungen. In den §§ 278, 280, 288 ist dies deshalb nicht mehr angeordnet, sondern vorausgesetzt. Ebenso bezieht sich dies auf den Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die statutarische Zeit hinaus (vgl. die Vorbemerkung). — Jede Delegation an andere Organe (abgesehen von der in Satz 2 Abs. 1 dieses Paragraphen angeordneten), ist unzulässig (vgl. auch RG. in JW. 99, 396[9]). Sie kann auch nicht in dem Sinne geschehen, daß außer dem Beschluß der Generalversammlung auch noch die Zustimmung eines anderen Organs z. B. des Aufsichtsrats, oder eines Nichtgesellschafters erfordert wird. — Eine Satzungsänderung liegt vor, wenn der Beschluß dahin geht, daß künftig die abweichende Gesellschaftsregel gelten soll. Ein Beschluß, der eine konkrete Abweichung von der Satzung enthält, ohne diese zu ändern, ist keine Satzungsänderung, sondern stellt eine Satzungsverletzung dar (Makower I 644).

Auch die nachträglichen Abkommen über die in § 186 bezeichneten Gegenstände sind Statutenänderungen (RG. in JW. 04, 182[29]).

Anm. 3. **Ein Generalversammlungsbeschluß ist auch bei solchen Satzungsänderungen notwendig, die die bloße Fassung betreffen.** Bei diesen letzteren ist (im Gegensatz zu der nach dem früheren Rechtszustande herrschenden Ansicht; vgl. 5. Aufl. § 2 zu Art. 214) zwar gestattet, daß die Generalversammlung dem Aufsichtsrat die Feststellung der Fassung überträgt. Aber auch diese Übertragung muß von der Generalversammlung erfolgen. Auch hier bedarf es eines Generalversammlungsbeschlusses; doch sagt das Gesetz nicht, daß ein besonderer Generalversammlungsbeschluß für jeden Fall nötig ist. Man muß daher bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes (mit Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 244 gegen 6./7. Aufl. und zum Teil Goldmann Anm. 6) annehmen, daß die Generalversammlung oder das Statut, das ja auch von der Generalversammlung beschlossen wird, dem Aufsichtsrat allgemein das Recht geben kann, Fassungsänderungen vorzunehmen. — Die Delegation kann nur an

den **Aufsichtsrat erfolgen**, nicht an den Vorstand oder an einzelne Aufsichtsratsmitglieder. § 274.
Wie der Aufsichtsrat beschlußfähig ist, darüber s. Anm. 14 zu § 246. Für Versicherungsgesellschaften vgl. § 123 und § 39 Abs. 3 PrivVersUntGes.). — **Die Delegation ist besonders für den Fall und in der Weise gedacht**, daß ein Beschluß anderer Art in seiner Ausführung und durch diese eine Statutenänderung im Gefolge hat. So hat der Beschluß auf Kapitalserhöhung nach seiner Durchführung die Änderung des Teils der Statuten, der die Grundkapitalsziffer ergibt, zur Folge und ebenso die Herabsetzung des Grundkapitals, während die bestimmte Ziffer, um die sich das Grundkapital ändert, nicht immer sogleich bei der Beschlußfassung angegeben werden kann. In Fällen solcher Art soll die Generalversammlung das Recht haben, den Aufsichtsrat zu ermächtigen, die endgültige Gestaltung des Statuts nach Durchführung der betreffenden Transaktion festzustellen. Ein weiterer Fall z. B. liegt vor, wenn dem Aufsichtsrat die Aufgabe zuteil wird, alle Fremdwörter aus dem Statut auszumerzen, obgleich dieser Fall schon bedenklich und zweifelhaft ist, denn der Ersatz von Fremdwörtern durch deutsche Worte ist oft nicht so einfach und zweifelsfrei und birgt sehr leicht sachliche Änderungen in sich. — **Die Form des betreffenden Aufsichtsratsbeschlusses** ist, obgleich dies nicht ausdrücklich bestimmt ist, die gerichtliche oder notarielle, der § 259 wird hier sinngemäß anzuwenden sein, da es sich ja auch hier um eine Statutenänderung handelt (dagegen Goldmann Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 5). — Der Beschluß des Aufsichtsrats ist vom Vorstande gemäß § 277 anzumelden (vgl. hierüber Anm. 1 zu § 277).

Hat die Generalversammlung dem Aufsichtsrat eine Fassungsänderung übertragen, so kann dieser Beschluß als rechtsungültig angefochten werden, wenn es sich in Wahrheit nicht um eine Fassungsänderung handelt. Denn dadurch würde der Abs. 1 unseres vorliegenden Paragraphen verletzt werden. Die Nichtanfechtung des Beschlusses aber bewirkt Rechtsgültigkeit, soweit sie überhaupt diese Wirkung haben kann, also nicht bei Eingriffen in Sonderrechte oder bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften (vgl. Anm. 16 bis 18 zu § 273). Ist die Delegation rechtsgültig erfolgt, so ist der Aufsichtsrat zu der Fassungsänderung ermächtigt, aber eben nur zu Fassungsänderungen. Ob die Feststellung der Fassungsänderung richtig, der Sachlage entsprechend erfolgt ist, darüber hat zunächst der Registerrichter zu entscheiden. Gegen seine Entscheidung gibt es mangels eines anderen Rechtsmittels die Beschwerde nach § 20 FGG., die jedem Aktionär zusteht. Auch wird man, in sinngemäßer Anwendung der §§ 142—144 FGG., dem Registerrichter das Recht der Löschung von Amts wegen bei Vorhandensein der dort bezeichneten Voraussetzungen geben (Lehmann-Ring Nr. 5). Übrigens ist auch trotz der Eintragung der Aufsichtsratsbeschluß dann nicht gültig, wenn er eine materielle Unrichtigkeit enthält. Wenn z. B. das 50000 Mk. betragende Aktienkapital durch Ausgabe von zwölf neuen Aktien à 1000 Mk. erhöht ist und der Aufsichtsrat würde die Statuten dahin umredigiert haben, daß das Aktienkapital nunmehr 63000 Mk. (statt 62000 Mk.) beträgt. Auch geht es nicht zu weit, wenn Pinner 245 (dagegen Goldmann Anm. 10) jedem Aktionär das Recht gibt, in der nächsten ordentlichen oder gemäß § 254 einberufenen Generalversammlung nach gehöriger Ankündigung zu beantragen, daß die Abänderung als nicht lediglich redaktionell erklärt und demnach aufgehoben wird; gegen einen hierauf ergehenden Beschluß der Generalversammlung gibt er dem Aktionär das Recht der Anfechtungsklage. Selbstverständlich ist der betreffende Aufsichtsratsbeschluß trotz versagter Anfechtung und trotz Eintragung ungültig, wenn er in Sonderrechte eingreift oder in seinen Wirkungen öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt. Denn insoweit sind auch Generalversammlungsbeschlüsse auf Abänderung der Statuten ungültig (Anm. 16—18 zu § 273). Solange der Aufsichtsratsbeschluß nicht eingetragen ist, ist das bisherige Statut bzw. das durch den Hauptbeschluß und seine Ausführung von selbst geänderte Statut maßgebend; mit der Eintragung des Aufsichtsratsbeschlusses ist die solchergestalt festgestellte Fassung des Statuts zugrunde zu legen. Sachlich soll das eigentlich keinen Unterschied machen. Denn eine Fassungsverschiedenheit soll eigentlich keine sachliche Verschiedenheit sein. Aber

§ 274. dieses Ideal ist nicht zu erreichen. In Wahrheit kann jede Wortverschiedenheit, jede Verschiedenheit der Wortstellung Anlaß zu verschiedener Auslegung bieten.

Anm. 5. Soweit es sich nicht um bloße Fassungsänderungen handelt, ist durch die nunmehrige Gesetzesfassung klargestellt, daß es eine Delegation an Gesellschaftsorgane zur Fassung von Statutenänderungsbeschlüssen nicht gibt. Nunmehr ist es ganz zweifellos, daß es ungültig ist, wenn sich in Gründungsakten oder Kapitalserhöhungsbeschlüssen eine Klausel findet, etwa dahin, daß der Aufsichtsrat ermächtigt wird, alle die Änderungen und Zusätze vorzunehmen, die der Registerrichter für erforderlich halten sollte, um die Eintragung des Gesellschaftsvertrages oder der ausgeführten Kapitalserhöhung zu bewirken (vgl. schon nach früherem Recht KGJ. 15, 19).

Anm. 6. 2. **Die Erfordernisse des Generalversammlungsbeschlusses auf Statutenänderungen** sind zunächst die allgemeinen (besonders über die Form). Besondere Abstimmungserfordernisse gibt § 275. Der Abs. 2 unseres Paragraphen gibt noch eine besondere Ankündigungsvorschrift. Danach ist eine bloße Angabe der abzuändernden Paragraphen nicht mehr genügend; ihr bisheriger Inhalt und die in Aussicht genommenen Änderungen sollen im wesentlichen aus der Ankündigung hervorgehen (D. 165). Z. B. „die in § 31 der Statuten bestimmte Dreizahl der Aufsichtsratsmitglieder soll erhöht werden", oder „die Kapitalserhöhung soll künftighin in einer Generalversammlung ohne Rücksicht auf das zu vertretende Grundkapital beschlossen werden", „die im § 20 der Statuten angeordnete doppelte Generalversammlung soll in Wegfall kommen" usw. — Die Sondervorschrift über die Ankündigung gilt auch dann wenn die Vornahme einer redaktionellen Änderung beabsichtigt ist, sei es direkt durch die Generalversammlung, oder durch Delegation an den Aufsichtsrat. Die Stellung der Vorschriften im Abs. 1 und 2 macht diese Annahme unzweifelhaft. Auch der Fall unterliegt keiner anderen Beurteilung, in dem es sich um eine Änderung handelt, die sich als nur redaktionelle Folge eines anderen angekündigten Beschlusses ergibt (z. B. Kapitalserhöhung und demgemäße Änderung der Statuten); auch in diesem Falle bedarf es besonderer Ankündigung; auch hier müssen die Aktionäre das Kontrollrecht haben, ob es sich wirklich nur um Fassungsänderungen handelt, die dem Aufsichtsrat übertragen werden. — Eine weitere Ankündigungsvorschrift ist für einen besonderen Fall (Abänderung des Rechtsverhältnisses verschiedener Aktiengattungen) im § 275 gegeben (vgl. dort näheres). Die Folge der Verletzung der Ankündigungsvorschrift ist Anfechtbarkeit. Der Abs. 2 ist zwar nur eine „Sollvorschrift", aber auch die Verletzung von Sollvorschriften ist eine Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 271 (vgl. Anm. 3 zu § 271; dagegen Makower I 645). Über die Folge der Nichtanfechtung s. Anm. 15 ff. zu § 273).

Anm. 7. 3. **Eine Aufhebung des eingetragenen Statutenänderungsbeschlusses** kann natürlich nur im Wege der Statutenänderung unter Beobachtung der gesetzlich und statutarisch vorgeschriebenen Bedingungen erfolgen.

Anm. 8. 4. **Was der materielle Inhalt einer Statutenänderung sein kann,** ist nicht Gegenstand des vorliegenden Paragraphen. Darüber ist an anderen Stellen gehandelt. Hier sei folgendes bemerkt:

Zunächst s. über die Frage, ob die statutarische Feststellung gewisser Gründungsvorgänge nach § 186 durch Statutenänderung aus dem Statut entfernt werden kann, die Anm. 22 zu § 186.

Anm. 9. Zu erwähnen ist ferner, daß die Statutenänderung nicht die wesentlichen Merkmale einer Aktiengesellschaft beseitigen darf (RG. 6, 120; 17, 17), auch im übrigen nicht Zustände oder Maßregeln anordnen kann, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften verboten sind. Denn das darf kein Generalversammlungsbeschluß (vgl. hierüber Anm. 18 zu § 273). So z. B. darf kein Statutenänderungsbeschluß den Aktionären weitere Verpflichtungen, als in den §§ 211 und 212 gestattet sind, auferlegen oder den gesetzlichen Reservefonds beseitigen oder einen dem Einflusse der Generalversammlung entzogenen, nur der staatlichen Behörde unterworfenen Vorstand schaffen (über letzteres RG. 3, 123).

§ 274. Auch in Sonderrechte der Aktionäre kann kein Generalversammlungsbeschluß, also auch kein Statutenänderungsbeschluß wirksam eingreifen, demnach nicht den Aktionären gesellschaftliche Rechte nehmen, die als unentziehbar gewollt sind; noch weniger darf er in Einzelrechte der Aktionäre, die ihnen der Gesellschaft gegenüber als Dritte zustehen, eingreifen (vgl. über alles dies Anm. 16—18 zu § 273). Es ist bereits Anm. 12 zu § 250 hervorgehoben, daß das Statut auf Grund der Vorschrift des § 274 an sich abänderlich ist, daß es daher ein Sonderrecht auf Nicht-Abänderung nach dem positiven deutschen Recht nicht gibt. Nur insofern besteht ein Sonderrecht, als kein grundlegendes Prinzip der Aktiengesellschaft verletzt werden darf, also auch nicht durch Statutenänderung. Es ist daher z. B. ein Beschluß unzulässig, daß den Aktionären eine Zuzahlung direkt auferlegt wird, daß die Gleichberechtigung weiter beschränkt wird, als das Gesetz es gestattet, daß Aktionäre aus anderen als den im Gesetz zugelassenen Gründen ausgeschlossen werden können, daß das Stimmrecht weiter beschränkt wird usw. (vgl. Anm. 9). Soweit aber derartige aus dem Prinzip der Aktiengesellschaft entspringende Sonderrechte nicht verletzt sind, besteht das unbeschränkte Recht der Generalversammlung auf Statutenänderung, es sei denn, daß das Statut selbst die Unabänderlichkeit bestimmt. Das Statut kann gemäß § 275 auch größere Mehrheit, als die dort vorgeschriebene ³/₄ Mehrheit für Statutenänderungen verlangen; es kann daher sowohl für Statutenänderungen überhaupt, sowie für Änderungen bestimmter Vorschriften, Einstimmigkeit fordern. Ist diese Unabänderlichkeit durch Mehrheitsbeschluß ausdrücklich bestimmt, so kann natürlich der betreffende Punkt des Statuts nur einstimmig geändert werden. Dies muß aber auch gelten, wenn aus dem Zusammenhang die gewollte Unabänderlichkeit hervorgeht. Freilich begibt man sich hier auf das bei Aktiengesellschaftsverträgen außerordentlich schwankende und mißliche Gebiet der Auslegung; doch ist dies unvermeidlich und es folgt daraus nichts weiter, als daß meist die Regel, daß das Statut abänderlich ist, Platz greifen wird und nur dann wird ausnahmsweise die Unabänderlichkeit angenommen werden, wenn die Statuten in ihrem Zusammenhange die Unabänderlichkeit erkennbar ergeben (vgl. Lehmann ABürgR. 9, 352 ff. und über die Frage, inwieweit erschwerende Vorschriften über Statutenänderungen geändert werden können Anm. 1 ff. zu § 275). Anm. 10.

Anm. 11. Wenn nach dem in der vorigen Anm. Ausgeführten wegen Bestehens von Sonderrechten die Statutenänderung beschränkt ist, so ist damit nicht in allen Fällen gesagt, daß nunmehr unbedingt Einstimmigkeit erforderlich ist. Soweit nur Gläubiger- oder Sonderrechte einzelner entgegenstehen, ist die Statutenänderung mit der vorgeschriebenen Mehrheit und der Zustimmung derer, die benachteiligt werden, zulässig. Nicht benachteiligte Aktionäre können nicht widersprechen, es sei denn, daß öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt werden.

Anm. 12. **Zusatz. Übergangsfrage.** Von der Erleichterung des Abs. 1 Satz 2 können auch bestehende Gesellschaften Gebrauch machen. Desgleichen aber unterliegen auch bestehende Gesellschaften der Erschwerung des Abs. 2 (Anm. 1 ff. zu § 178). Dies jedoch nur, wenn die Ankündigung schon nach dem 1. Januar 1900 erfolgt.

§ 275.

§ 275. In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags bedürfen die im § 274 Abs. 1 bezeichneten Beschlüsse der Generalversammlung einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens muß diese Mehrheit erreicht sein; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Soll das bisherige Verhältniß mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachtheil einer Gattung geändert werden, so

§ 275. **bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachtheiligten Aktionäre; auf diese Beschlußfassung findet die Vorschrift des Abs. 1 Anwendung. Die Beschlußfassung der benachtheiligten Aktionäre kann nur stattfinden, wenn sie gemäß § 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist.**

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Abstimmungsmodalitäten bei Statutenänderungen,** und zwar:

1. (Abs. 1) bei einfachen Statutenänderungsbeschlüssen,
2. (Abs. 2) bei Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens,
3. (Abs. 3) bei Abänderung der Rechtsstellung einer Aktiengattung.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Abstimmungserfordernis bei einfachen Statutenänderungsbeschlüssen.** Zunächst ist hier zu bemerken, daß das Gesetz für „die in § 274 Abs. 1 bezeichneten Beschlüsse", d. h. für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages Vorschriften trifft. Also für den positiven Beschluß, das Statut zu ändern. Die Erschwerungen des § 275 und die etwa auf Grund desselben durch Statut weiter vorgesehenen Beschränkungen gelten nicht für die Ablehnung der Anträge. Wenn daher z. B. wie im Hiberniafall das Statut vorschreibt, daß der Beschluß auf Auflösung nur gültig ist, wenn mindestens ²/₃ des Grundkapitals vertreten war, so ist ein Beschluß, den Antrag auf Auflösung a b z u l e h n e n, gültig, selbst wenn diese ²/₃ nicht vertreten waren (Rehm DJZ. 04, 955; vgl. LG. Bochum bei Holdheim 14, 12f., bestätigt in diesem Punkte vom OLG. Hamm bei Holdheim 14, 304).

Anm. 2. I n e r s t e r L i n i e b e s t i m m t ü b e r d i e A b s t i m m u n g s e r f o r d e r n i s s e d e r G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g. Dieser kann leichtere oder schwerere als die hier angeordnete Dreiviertelmehrheit fordern, insbesondere auch einfache Mehrheit oder auch die Zustimmung der sämtlichen Aktionäre (hiergegen Goldmann Anm. 5). Bestimmt der Gesellschaftsvertrag die Unabänderlichkeit einer Statutenbestimmung, so ist damit das Erfordernis der Zustimmung aller Aktionäre ausgesprochen, wirkliche Unabänderlichkeit liegt aber nicht vor (Lehmann-Ring Nr. 2; Pinner 247; vgl. Anm. 10 zu § 274). Daß die Statutenbestimmung, die das leichtere (vgl. OLG. Dresden bei Bauer 7, 175) oder höhere Erfordernis für die Abänderung der Gesellschaftsverträge aufstellt, gerade im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthalten sein muß, daß, wenn dies nicht der Fall ist, die gesetzlichen Bestimmungen über Statutenänderungen unabänderlich seien, ist nicht anzunehmen. Ein diesbezügliches Sonderrecht der Aktionäre ist nicht anzuerkennen (Lehmann II 443 Anm. 3; Lehmann-Ring Nr. 2; vgl. Anm. 10 zu § 274). Es kann daher, wenn der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag über die Frage, in welcher Weise Statutenänderungen zu erfolgen haben, nichts bestimmt, mit einer Mehrheit von ³/₄ des Grundkapitals ein Statutenänderungsbeschluß dahin ergehen, daß fortan Statutenänderungsbeschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden können, und umgekehrt: wenn die Statuten bestimmen, daß Statutenänderungsbeschlüsse mit einfacher Mehrheit gefaßt werden können, kann ein späterer Statutenänderungsbeschluß mit einfacher Stimmenmehrheit bestimmen, daß fortan Statutenänderungsbeschlüsse nur mit einer Mehrheit von ³/₄ des Grundkapitals gefaßt werden können; denn auch hier kann ein Sonderrecht auf Beibehaltung von erleichterten Bedingungen nicht anerkannt werden (Lehmann II 443). Anders liegt die Sache aber, wenn ein Statut allgemein oder bei gewissen Punkten erschwerende Bestimmungen, z. B. größere Mehrheit, Einstimmigkeit, Abhaltung von zwei Generalversammlungen, Anwesenheit eines bestimmten Teils des Grundkapitals usw. verlangt. Hier muß die Auslegung der statutarischen Bestimmung dahin führen, daß den Mitgliedern das nicht entziehbare Recht, daß die betreffenden Bestimmungen nur mit gewissen Erschwerungen geändert werden können, gegeben ist. Diese Vorschriften der Statuten können daher nicht mit der Mehrheit des § 275 geändert werden. — Der Gesellschaftsvertrag braucht die Abänderung der Abstimmungsart gegen das Gesetz nicht gerade in unmittelbarem Anschluß an die betreffende Statuten-

bestimmung zu enthalten; es genügt, wenn die Statuten deutlich erkennen lassen, daß sich die Abstimmungsvorschrift auf die betreffende Statutenänderung bezieht. Das hat schon nach früherem Recht das RG. (27, 69) zutreffend angenommen; nach der Fassung des vorliegenden Paragraphen kann der Zweifel, der zu dieser Entscheidung Anlaß gab, überhaupt nicht mehr aufkommen. Die abändernde Abstimmungsvorschrift kann auch für alle Statutenänderungen gegeben sein. Dann sind aber gewisse Statutenänderungsbeschlüsse von Gesetzes wegen ausgenommen (vgl. § 245 Abs. 2; § 288). **§ 275.**

Ev., wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt, muß eine Mehrheit von $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals vorhanden sein. Was darunter zu verstehen ist, darüber s. Anm. 4 zu § 251. Die Vorschrift ist auch bei dem Beschlusse der Delegation von Fassungsänderungen an den Aufsichtsrat (§ 274 Abs. 1 Satz 2) anwendbar.

2. (Abs. 2.) **Besonderes Erfordernis für den Beschluß auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens.** Hierin liegt immer eine Statutenänderung. Aber bei der Wichtigkeit dieses Teiles des Vertragsinhalts ist besonders vorgeschrieben, daß die erforderliche Mehrheit mindestens $^3/_4$ des vertretenen Grundkapitals darstellen muß. Das Statut kann nur schwerere Erfordernisse aufstellen, z. B. noch größere Mehrheit oder gar Einstimmigkeit, wiederholte Abstimmung, wiederholte Generalversammlung usw. Was als Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens zu betrachten ist, ergibt sich durch Auslegung der Statuten. In dem bekannten Falle des rumänischen Eisenbahnprozesses ist dem Reichsgericht nicht beizutreten, wenn es in der vollständigen Überlassung des als Gegenstand des Unternehmens bezeichneten Eisenbahnbetriebes an einen andern gegen vertragliche Zusicherung einer festen Rente eine Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens nicht erblickt. Der Gegenstand des Unternehmens bestand in jenem Falle in dem Betriebe für eigene Rechnung und mag auch in zeitweisem, pachtweisen Überlassen des Betriebes an eine andere Person dieser Gegenstand nicht abgeändert werden, so ist das doch sicherlich der Fall, wenn die Einkünfte der Gesellschaft fortan nicht mehr durch den Betrieb für eigene Rechnung erzielt werden sollen, sondern durch den Bezug einer vertraglich ausbedungenen festen Rente, die doch von dem Gegenkontrahenten gewährt werden muß, gleichviel, ob er den Betrieb fortsetzt oder nicht (anders, wie gesagt, RG. 3, 128; ferner Goldmann Anm. 7; übereinst. mit uns Lehmann-Ring Nr. 3; Makower I 647; Sachs in ZHR. 29, 41ff.). Im übrigen ist nicht die tatsächliche Aufgabe des bisherigen Betriebs oder eines Betriebszweigs als Abänderung des Gegenstands des Unternehmens im Sinne dieses Paragraphen zu betrachten, sondern eine Transaktion, durch die der betreffende Betrieb für die Folgezeit der Gesellschaft tatsächlich oder rechtlich unmöglich wird (vgl. Sachs a. a. O. 42). So war es z. B. keine Gegenstandsabänderung, als die Neue Berliner Omnibus- und Paketfahrtaktiengesellschaft in Berlin, die neben der Brief- und Paketbeförderung auch noch auf einigen Linien einen Omnibusbetrieb hatte, diesen letzteren Betrieb nebst dem ganzen dazu gehörigen Material veräußerte. Anders wäre es gewesen, wenn sich die Gesellschaft dem Erwerber gegenüber zur Konkurrenzenthaltung verpflichtet hätte oder wenn die veräußerten Linien die einzigen gewesen wären, die konzessionsfähig waren. Dagegen wurde der von der AG. Zoologischer Garten in Berlin geplante Bau einer Ausstellungshalle als Änderung des Gegenstandes angesehen (KG. in DJZ 03, 106). Ferner hat das RG. („Recht" 03, 582) angenommen, daß eine Änderung nicht nur in der Beseitigung des bisherigen Gegenstands des Unternehmens, sondern auch in Hinzufügung neuer, die statutarische Grenze überschreitender Gegenstände liegt. — Wegen staatlicher Genehmigung s. Anm. 5 zu § 277. Über die Frage, ob bei Änderung des Gegenstandes die Firma zu ändern ist, vgl. Falkmann in DJZ. 04, 683). Anm. 3.

3. (Abs. 3.) **Besondere Abstimmungsvorschrift, wenn das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachteil einer Gattung geändert werden soll.** Anm. 4.

a) Das bezieht sich nach der herrschenden Meinung (Lehmann-Ring; Pinner; Esser; Leist, Untersuchungen 80; anders Makower I 643) nicht auf die zahlreichen Fälle, wo eine Änderung

§ 275. des Statuts den verschiedenen Aktiengattungen gerade wegen der bereits bestehenden Verschiedenheit ihrer Rechtsstellung zur Gesellschaft verschiedene Vorteile oder Nachteile bringt (solche verschiedene Wirkung werden sehr viele wichtige Statutenänderungsbeschlüsse haben, z. B. wenn neue Grundsätze über Abschreibungen, über Dotierung des Reservefonds usw. aufgestellt werden), sondern es sind die Fälle gemeint, in denen die Art oder das Maß der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten einer Gattung von Aktien für die Zukunft abgeändert werden, so z. B. wenn bestimmt wird, daß die Vorzugsaktien in Zukunft nicht mehr 5%, sondern nur noch 4% vorweg erhalten sollen, oder daß in Zukunft nicht mehr zwei Stammaktien, sondern nur drei Stammaktien eine Stimme haben sollen. Ein Beispiel ist auch die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Nachzahlungen à fonds perdu ohne Erhöhung des Grundkapitals durch Mehrheitsbeschluß (vgl. Anm. 2 zu § 185). Sind nämlich schon mehrere Aktiengattungen vorhanden, so werden diese in ihrem Verhältnisse zur Gesellschaft durch diese Transaktion benachteiligt. — Ist zweifelhaft, welche Aktiengattung benachteiligt ist, so empfiehlt es sich, daß alle Gattungen den Sonderbeschluß fassen.

Anm. 5. b) **Erfordert wird neben dem Gesamtbeschlusse der Generalversammlung ein in gesonderter Abstimmung (nicht wie früher in besonderer Generalversammlung) gefaßter Beschluß der benachteiligten Aktionäre**, der dieselbe Mehrheit, wie nach Abs. 1 der Gesamtbeschluß erfordert. Werden mehrere Aktiengattungen benachteiligt, so müssen die mehreren Aktiengattungen je einen solchen Sonderbeschluß fassen. Fehlt es an dem Zustimmungsbeschlusse der besonderen Generalversammlung, so ist ein Beschluß nach Maßgabe des Gesetzes überhaupt nicht gefaßt und der Registerrichter hat die Eintragung abzulehnen, gleichviel, ob eine Anfechtung erfolgt ist oder nicht (RGZ. 16, 20). Da das Gesetz einen Beschluß der benachteiligten Aktionäre verlangt, so ist gegen 6./7. Aufl. (der sich Leist, Sanierung 32 angeschlossen hat) anzunehmen, daß, wenn keiner der benachteiligten Aktionäre kommt oder stimmt, ein Sonderbeschluß nicht vorliegt. Daß dadurch die benachteiligten Aktionäre den Beschluß hindern können, ist richtig; sie können es aber auch ebenso, wenn sie gegen den Beschluß stimmen und ist es ja gerade Zweck der Vorschrift, daß die Majorisierung der Benachteiligten verhindert wird. Ebenso ist aus den Worten des Gesetzes (gegen 6./7. Aufl.) zu entnehmen, daß ein Sonderbeschluß auch nötig ist, selbst wenn alle benachteiligten Aktionäre bei dem Gesamtbeschlusse mitgestimmt haben (ebenso für beide Fragen Goldmann Anm. 10; Lehmann-Ring Nr. 6). — Zu erwähnen ist, daß die mit periodischer Leistungspflicht gemäß § 212 verbundenen Aktien und die Aktien ohne solche Verpflichtung nicht verschiedene Aktiengattungen im Sinne des § 275 sind (Bolze 5 Nr. 757), wenn sie auch im übrigen als verschiedene Aktiengattungen zu betrachten sind (Anm. 7 zu § 185). Die ersteren sind durch § 276 gegen ihnen nachteilige Statutenänderungen anderweit geschützt.

Anm. 6. c) **Der Sonderbeschluß der benachteiligten Aktionäre setzt eine besondere Ankündigung dieser Beschlußfassung voraus.** Der Sonderbeschluß ist sonst ungültig und damit auch der Gesamtbeschluß, es tritt aber durch unterlassene Anfechtung Gültigkeit ein.

Die Anfechtung des Sonderbeschlusses erfolgt durch Anfechtung des Hauptbeschlusses. Der Sonderbeschluß ist ein Erfordernis des Hauptbeschlusses. Dieser ist ungültig und Gegenstand der Anfechtung, wenn behauptet wird, der Sonderbeschluß sei ungültig.

Anm. 7. **Zusatz 1. Übrigens hat das Gesetz auch sonst besondere Abstimmungsvorschriften für Statutenänderungen gegeben**, z. B. die erleichternde des § 245 Abs. 2, erschwerende dagegen bei der Kapitalsherabsetzung, die ja auch Statutenänderungsbeschlüsse sind (vgl. Anm. 1 u. 2 zu § 274).

Anm. 8. **Zusatz 2. Stempelfrage.** Die Statutenänderung ist nicht als ein neuer Gesellschaftsvertrag zu verstempeln, da er ein solcher nicht ist.

Anm. 9. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Auf bestehende Gesellschaften findet der Paragraph Anwendung (Anm. 1—4 zu § 178).

§ 276.

Ein Verpflichtung der Aktionäre zu Leistungen der im § 212 bezeichneten Art kann, sofern sie nicht in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämmtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre begründet werden. § 276.

Über den vorliegenden Paragraphen ist bereits zu § 212 gehandelt. Siehe dort näheres. Insbesondere ist auch hier hervorzuheben, daß nicht nur die Auferlegung der Leistungspflicht, sondern auch die Erschwerung der bestehenden Leistungspflicht nur mit Zustimmung der belasteten Aktionäre erfolgen kann. Hierüber und über die Form, in der die Zustimmung erteilt werden muß, s. Anm. 10 zu § 212; über die Rückwirkung vgl. die Anm. 15 zu § 211 zitierten Entscheidung. Zu bemerken ist noch, daß zu einer im Wege der Statutenänderung erfolgenden Verlängerung der Gesellschaftsdauer, obgleich dadurch auch die Verpflichtung der Aktionäre zu Leistungen verlängert wird, nicht die Genehmigung der betroffenen Aktionäre zu verlangen ist. Das in § 276 gegebene Recht ist ein Ausnahmerecht (Anm. 10 zu § 212); es ist nicht über den ausdrücklich vorgeschriebenen Tatbestand hinaus auszulegen. Außerdem muß sich jeder Aktionär sagen, daß die Gesellschaft im Wege der Statutenänderung zur Verlängerung der Gesellschaftsdauer berechtigt ist; er muß daher bei seinem Beitritt mit dieser Tatsache rechnen (ebenso Leist, Untersuchungen 143).

§ 277.

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften ein Anderes ergiebt, ist die Anmeldung durch den Vorstand zu bewirken. § 277.

Bei der Eintragung genügt, soweit nicht die Abänderung die im § 198 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in Betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die in den §§ 199, 201 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine Wirkung, bevor sie bei dem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Beschlüsse auf Statutenänderung, ihre Eintragung, ihre Bekanntmachung und die Wirkung der Eintragung an.

1. (Abs. 1.) **Die Anmeldung der Statutenänderung.** Sie erfolgt durch den Vorstand, nicht notwendig durch alle Vorstandsmitglieder (D. 166). Bei der Kapitalserhöhung und Kapitalsherabsetzung ist Abweichendes vorgeschrieben (§§ 280, 284, 289, 291). Gemeint ist jede Statutenänderung, auch die durch den Aufsichtsrat kraft Delegation geschehene Fassungsänderung (§ 274 und Anm. 3 dazu). Der Vorstand hat einem solchen Beschlusse gegenüber nicht die Berechtigung und nicht die Verpflichtung, zu prüfen, ob die Fassungsänderung korrekt ist. Er kann sich durch eine abweichende Auffassung nach dieser Richtung der Anmeldungspflicht nicht entziehen, kann aber seine Bedenken dem Registerrichter mitteilen und sogar namens der Gesellschaft Beschwerde gemäß § 20 FGG. erheben. Wenn dagegen nach seiner Auffassung der Aufsichtsratsbeschluß sich von dem Auftrage zur Fassungsänderung derart entfernt, daß durch die angebliche Fassungsänderung in Sonderrechte eingegriffen wird oder unverzichtbare öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt werden, so hat er die Anmeldung abzulehnen, wie er in diesem Falle allerdings auch die Anmeldung des Generalversammlungsbeschlusses, durch den eine Statutenänderung direkt beschlossen wurde, ablehnen kann. — Die Anmeldung erfolgt zum Hauptregister und zu den Zweigregistern (§ 13). Ein Zwang zur Eintragung in das Anm. 1.

Vierter Titel.

Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274.

§ 274. Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Aenderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen werden.

In der nach § 256 Abs. 1, 2 zu bewirkenden Ankündigung soll die beabsichtigte Aenderung des Gesellschaftsvertrags nach ihrem wesentlichen Inhalt erkennbar gemacht werden.

Anm. 1. **Vorbemerkung zum vierten Titel. Unter den Abänderungen des Gesellschaftsvertrags** sind im neuen HGB. auch die Kapitalserhöhung und die Kapitalsherabsetzung aufgezählt. Diese sind in der Tat Unterarten der Statutenänderung (D. 165). Die für diese gegebenen allgemeinen Vorschriften gelten daher auch für die Kapitalserhöhung und Kapitalsherabsetzung. Nicht besonders erwähnt ist (im Gegensatz zu Art. 214 des alten HGB.) der Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut festgesetzte Zeit. Mit Recht, denn dieser Beschluß ist nichts weiter als eine einfache Statutenänderung (vgl. 5. Aufl. § 1 zu Art. 214; D. 166). Über Sitzverlegung als Statutenänderung vgl. Anm. 17 zu § 182 und RG. in JW. 99, 396[9].

Anm. 2. **Der vorliegende Paragraph gibt die allgemeine Vorschrift über die Voraussetzung jeder Statutenänderung.** Diese Voraussetzung ist ein Generalversammlungsbeschluß. Wenn es sich um bloße Fassungsänderungen handelt, kann der Generalversammlungsbeschluß auch in einer Ermächtigung des Aufsichtsrats bestehen.

1. **Für jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages** ist ein Generalversammlungsbeschluß erforderlich, also insbesondere auch für Kapitalserhöhungen und für Kapitalsherabsetzungen. In den §§ 278, 280, 288 ist dies deshalb nicht mehr angeordnet, sondern vorausgesetzt. Ebenso bezieht sich dies auf den Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die statutarische Zeit hinaus (vgl. die Vorbemerkung). — Jede Delegation an andere Organe (abgesehen von der in Satz 2 Abs. 1 dieses Paragraphen angeordneten), ist unzulässig (vgl. auch RG. in JW. 99, 396[9]). Sie kann auch nicht in dem Sinne geschehen, daß außer dem Beschluß der Generalversammlung auch noch die Zustimmung eines anderen Organs z. B. des Aufsichtsrats, oder eines Nichtgesellschafters erfordert wird. — Eine Satzungsänderung liegt vor, wenn der Beschluß dahin geht, daß künftig die abweichende Gesellschaftsregel gelten soll. Ein Beschluß, der eine konkrete Abweichung von der Satzung enthält, ohne diese zu ändern, ist keine Satzungsänderung, sondern stellt eine Satzungsverletzung dar (Makower I 641).

   Auch die nachträglichen Abkommen über die in § 186 bezeichneten Gegenstände sind Statutenänderungen (RG. in JW. 04, 182[29]).

Anm. 3. **Ein Generalversammlungsbeschluß ist auch bei solchen Satzungsänderungen notwendig, die die bloße Fassung betreffen.** Bei diesen letzteren ist (im Gegensatz zu der nach dem früheren Rechtszustande herrschenden Ansicht; vgl. 5. Aufl. § 2 zu Art. 214) zwar gestattet, daß die Generalversammlung dem Aufsichtsrat die Feststellung der Fassung überträgt. Aber auch diese Übertragung muß von der Generalversammlung erfolgen. Auch hier bedarf es eines Generalversammlungsbeschlusses; doch sagt das Gesetz nicht, daß ein besonderer Generalversammlungsbeschluß für jeden Fall nötig ist. Man muß daher bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes (mit Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 244 gegen 6./7. Aufl. und zum Teil Goldmann Anm. 6) annehmen, daß die Generalversammlung oder das Statut, das ja auch von der Generalversammlung beschlossen wird, dem Aufsichtsrat allgemein das Recht geben kann, Fassungsänderungen vorzunehmen. — Die Delegation kann nur an

den **Aufsichtsrat erfolgen**, nicht an den Vorstand oder an einzelne Aufsichtsratsmitglieder. **§ 274.** Wie der Aufsichtsrat beschlußfähig ist, darüber s. Anm. 14 zu § 246. Für Versicherungsgesellschaften vgl. § 123 und § 39 Abs. 3 PrivVersUntGes.). — **Die Delegation ist besonders für den Fall und in der Weise gedacht**, daß ein Beschluß anderer Art in seiner Ausführung und durch diese eine Statutenänderung im Gefolge hat. So hat der Beschluß auf Kapitalserhöhung nach seiner Durchführung die Änderung des Teils der Statuten, der die Grundkapitalsziffer ergibt, zur Folge und ebenso die Herabsetzung des Grundkapitals, während die bestimmte Ziffer, um die sich das Grundkapital ändert, nicht immer sogleich bei der Beschlußfassung angegeben werden kann. In Fällen solcher Art soll die Generalversammlung das Recht haben, den Aufsichtsrat zu ermächtigen, die endgültige Gestaltung des Statuts nach Durchführung der betreffenden Transaktion festzustellen. Ein weiterer Fall z. B. liegt vor, wenn dem Aufsichtsrat die Aufgabe zuteil wird, alle Fremdwörter aus dem Statut auszumerzen, obgleich dieser Fall schon bedenklich und zweifelhaft ist, denn der Ersatz von Fremdwörtern durch deutsche Worte ist oft nicht so einfach und zweifelsfrei und birgt sehr leicht sachliche Änderungen in sich. — **Die Form des betreffenden Aufsichtsratsbeschlusses** ist, obgleich dies nicht ausdrücklich bestimmt ist, die gerichtliche oder notarielle, der § 259 wird hier sinngemäß anzuwenden sein, da es sich ja auch hier um eine Statutenänderung handelt (dagegen Goldmann Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 5). — Der Beschluß des Aufsichtsrats ist vom Vorstande gemäß § 277 anzumelden (vgl. hierüber Anm. 1 zu § 277).

Anm. 4. **Hat die Generalversammlung dem Aufsichtsrat eine Fassungsänderung übertragen**, so kann dieser Beschluß als rechtsungültig angefochten werden, wenn es sich in Wahrheit nicht um eine Fassungsänderung handelt. Denn dadurch würde der Abs. 1 unseres vorliegenden Paragraphen verletzt werden. Die Nichtanfechtung des Beschlusses aber bewirkt Rechtsgültigkeit, soweit sie überhaupt diese Wirkung haben kann, also nicht bei Eingriffen in Sonderrechte oder bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften (vgl. Anm. 16 bis 18 zu § 273). Ist die Delegation rechtsgültig erfolgt, so ist der Aufsichtsrat zu der Fassungsänderung ermächtigt, aber eben nur zu Fassungsänderungen. Ob die Feststellung der Fassungsänderung richtig, der Sachlage entsprechend erfolgt ist, darüber hat zunächst der Registerrichter zu entscheiden. Gegen seine Entscheidung gibt es mangels eines anderen Rechtsmittels die Beschwerde nach § 20 FGG., die jedem Aktionär zusteht. Auch wird man, in sinngemäßer Anwendung der §§ 142—144 FGG., dem Registerrichter das Recht der Löschung von Amts wegen bei Vorhandensein der dort bezeichneten Voraussetzungen geben (Lehmann-Ring Nr. 5). Übrigens ist auch trotz der Eintragung der Aufsichtsratsbeschluß dann nicht gültig, wenn er eine materielle Unrichtigkeit enthält. Wenn z. B. das 50000 Mk. betragende Aktienkapital durch Ausgabe von zwölf neuen Aktien à 1000 Mk. erhöht ist und der Aufsichtsrat würde die Statuten dahin umredigiert haben, daß das Aktienkapital nunmehr 63000 Mk. (statt 62000 Mk.) beträgt. Auch geht es nicht zu weit, wenn Pinner 245 (dagegen Goldmann Anm. 10) jedem Aktionär das Recht gibt, in der nächsten ordentlichen oder gemäß § 254 einberufenen Generalversammlung nach gehöriger Ankündigung zu beantragen, daß die Abänderung als nicht lediglich redaktionell erklärt und demnach aufgehoben wird; gegen einen hierauf ergehenden Beschluß der Generalversammlung gibt er dem Aktionär das Recht der Anfechtungsklage. Selbstverständlich ist der betreffende Aufsichtsratsbeschluß trotz versagter Anfechtung und trotz Eintragung ungültig, wenn er in Sonderrechte eingreift oder in seinen Wirkungen öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt. Denn insoweit sind auch Generalversammlungsbeschlüsse auf Abänderung der Statuten ungültig (Anm. 16—18 zu § 273). Solange der Aufsichtsratsbeschluß nicht eingetragen ist, ist das bisherige Statut bzw. das durch den Hauptbeschluß und seine Ausführung von selbst geänderte Statut maßgebend; mit der Eintragung des Aufsichtsratsbeschlusses ist die solchergestalt festgestellte Fassung des Statuts zugrunde zu legen. Sachlich soll das eigentlich keinen Unterschied machen. Denn eine Fassungsverschiedenheit soll eigentlich keine sachliche Verschiedenheit sein. Aber

§ 272. Die prozessuale Behandlung der Klage.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Passivlegitimation.** Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Diese wird durch den Vorstand und den Aufsichtsrat (eine gegen den Vorstand allein gerichtete Klage ist unzulässig; Bolze 21 Nr. 564), und wenn der Vorstand klagt, durch den Aufsichtsrat allein vertreten. Das alles bestimmt der vorliegende Paragraph ausdrücklich, um frühere Unklarheiten zu beseitigen.

Das Rubrum wird etwa dahin zu lauten haben:

Klage des Aktionärs Müller gegen die Gasglühlicht-Aktiengesellschaft zu Berlin, vertreten durch

1. ihren Vorstand, bestehend aus den Herren Meyer und Schulze,
2. ihren Aufsichtsrat, bestehend aus den Herren Werner, Michel und Neumann.

Anm. 2. Der Aufsichtsrat und ev. auch der Vorstand handeln bei dieser Vertretung als Kollegien (Alexander in ZHR. 40, 95). Als Vorstandsmitglieder gelten die wirklich bestellten; aber guter Glaube muß auch hier entschuldigen, obgleich § 15 gegenüber den Aktionären nicht Platz greift (vgl. Anm. 9 zu § 234). Als Aufsichtsratsmitglieder gelten die aus dem Handelsregister ersichtlichen (vgl. Anm. 2 zu § 244), es sei denn, daß dem Kläger die dem Handelsregister nicht gemeldeten Veränderungen im Personalbestand des Aufsichtsrats sonst zuverlässig bekannt waren (vgl. RG. in JW. 91, 14).

Anm. 3. Nach § 130 Ziff. 1, § 253 Abs. 4 CPO. ist die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter in der Klage eine Sollvorschrift. Die unvollständige Bezeichnung im Klagerubrum schadet daher nicht; nur hat das Gericht bis zum Urteil auf Vervollständigung hinzuwirken; erfolgt die nachträgliche Benennung nicht, so muß Abweisung erfolgen (OLG. Dresden in OLGR. 5, 277; OLG. Köln in RheinA. 95, 19). Das RG. (JW. 01, 482 [1]) spricht nur von nachträglicher Genehmigung der in der Klage nicht Benannten; doch muß, wenn nur die Zustellung ordnungsmäßig, d. h. an je ein Mitglied der beiden Organe (vgl. Anm. 14) erfolgt ist, die nachträgliche Benennung genügen.

Anm. 4. Betrifft der Generalversammlungsbeschluß die Absetzung des Vorstands oder Aufsichtsrats, so müssen die durch den Beschluß eingesetzten neuen Organe verklagt werden, weil der gefaßte Beschluß so lange besteht, bis er für ungültig erklärt ist (RG. in JW. 96, 682). Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Auflösungsbeschluß angefochten wird; die eingesetzten Liquidatoren (und der neue Aufsichtsrat) müssen verklagt werden.

Anm. 5. Übrigens hat das Gesetz nicht für alle Fälle Fürsorge getroffen. Klagen die Vorstandsmitglieder als Aktionäre, was ihnen ja nicht genommen ist, so haben sie gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, zu klagen. Klagen die Aufsichtsratsmitglieder als Aktionäre, so haben sie gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, zu klagen. Ebenso scheidet das Mitglied eines Gesellschaftsorgans aus der Prozeßvertretung der Gesellschaft aus, das nach § 271 Abs. 4 klagt. Wie nun aber, wenn die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats als Aktionäre den Beschluß anfechten wollen? Hier wird nichts übrig bleiben, als der Gesellschaft einen Prozeßpfleger zu bestellen (§ 57 CPO.). Auf denselben Rechtsbehelf ist zu verweisen, wenn etwa Vorstand und Aufsichtsrat, um die Klage unmöglich zu machen, ihr Amt niederlegen. Hält man § 29 BGB. für anwendbar (vgl. hierüber Anm. 20 zu § 231; Anm. 8 zu § 178), so hilft auch ein Antrag an das Amtsgericht auf Zwangsbestellung eines Vorstands.

Wird der Vorstand oder Aufsichtsrat dadurch beschlußunfähig, daß ein Teil der Mitglieder klagt, so ist in gleicher Weise zu verfahren; der Umstand, daß ein Mitglied, dem zugestellt werden kann, vorhanden ist, erscheint als gleichgültig, weil dies Mitglied allein nicht gesetzlicher Vertreter ist (a. A. Goldmann Nr. 6).

Anm. 6. Mit Lehmann-Ring Nr. 1 ist anzunehmen, daß die beiden Organe der Gesellschaft nur einheitlich vertreten sein und nicht verschiedene Prozeßhandlungen vornehmen können (anders Alexander in ZHR. 40, 108).

Wegen der Zustellung s. Anm. 14.

Jeder Aktionär kann übrigens auch der Gesellschaft als Nebenintervenient beitreten (§ 66 CPO.; Anm. 16 zu § 271). **§ 272.** Anm. 7.

2. (Abs. 2.) **Zuständig ist ausschließlich das Landgericht am Sitze der Gesellschaft und zwar die Kammer für Handelssachen** (§ 101 Nr. 3a; § 102 GVG.). **Aus dieser Zuständigkeitsvorschrift folgt, was oft übersehen wird, daß die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zulässig ist** (§ 547 Nr. 2 CPO.). Anm. 8.

3. (Abs. 2.) **Mehrere Anfechtungsprozesse sind zu verbinden.** Was im § 147 CPO. dem Gerichte als Befugnis eingeräumt ist, ist ihm hier zur Pflicht gemacht. Die mehreren Anfechtungskläger sind notwendige Streitgenossen (§ 62 CPO.). Anm. 9.

4. (Abs. 3.) **Sicherheitspflicht.** Auf Verlangen der Gesellschaft kann das Gericht (aber es muß nicht; OLG. Hamburg in OLGR. 8, 386) anordnen, daß der klagende Aktionär wegen der der Gesellschaft drohenden Nachteile Sicherheit zu leisten habe. Nur der klagende Aktionär hat diese Verpflichtung, nicht, wenn die anderen anfechtungsberechtigten Personen klagen. — Die Art und die Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Der § 108 CPO. kommt nicht zur Anwendung, weil das Gesetz hier eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit zuläßt, dieser Fall aber von § 108 ausgenommen ist. Es steht nichts entgegen, daß das Gericht anordnet, die hinterlegten Aktien (mit Kupons und Talons) sollen als Sicherheit dienen (sc. falls dies im konkreten Fall als genügende Sicherheit erscheint) vgl. RG. 37, 112 und OLG. Köln in RheinA. 95, 19. — Ist das Verlangen gestellt, so spricht das Gericht die Festsetzung der Sicherheit nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurteil aus (RG. 24, 429 ff. und RG. in JW. 02, 90[7], welches letztere Erkenntnis ein Zwischenurteil dann für entbehrlich erklärt, wenn Parteien über Pflicht und Höhe der Sicherheitsleistung einverstanden sind und nur die Bestimmung der Frist übrig bleibt). Das Gericht setzt dabei eine Frist, nach deren Ablauf zum neuen Termin geladen wird (§ 113 CPO.). Bis zum Termin kann die Sicherheitsbestellung nachgeholt werden (§ 231 Abs. 2 CPO.). Erscheint der Kläger jetzt nicht, so kann die Gesellschaft Antrag auf Versäumnisurteil stellen, und zwar nach ihrer Wahl wegen der prozeßhindernden Einrede oder in der Hauptsache. In beiden Fällen kann Einspruch eingelegt und die Sicherheit noch nachgeholt werden (RG. 24, 429). Die Vorschrift des früheren Rechts, daß das Verlangen auf Sicherheitsleistung eine prozeßhindernde Einrede sei, ist fortgefallen. Es kann jetzt jederzeit, auch in der zweiten Instanz, das Verlangen gestellt werden (OLG. Dresden in OLGR. 5, 277). Anm. 10.

Das Zwischenurteil ist nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar (RG. in JW. 02, 90[7] und 03, 289[4]).

Die Sicherheit haftet für die der Gesellschaft entstehenden Nachteile, jedoch nur, wenn der Fall der Haftung nach § 273 Abs. 2 vorliegt, oder wenn sonstige Schadensersatzpflichten bestehen, nicht einfach für den Schaden, wenn dieser objektiv vorliegt, obgleich die Worte „wegen der drohenden Nachteile" dies nahelegen. Dieses Ergebnis muß, wie Pinner 240 bemerkt, jetzt daraus gefolgert werden, daß das Gericht die Auferlegung der Sicherheit in seiner Hand hat. Es kann nicht angenommen werden, daß jemand, dem das Gericht die Bestellung einer Sicherheit wegen seiner zweifellosen Zahlungsfähigkeit erläßt, nur bei böslicher Handlungsweise haftet, der aber, dem die Sicherheit auferlegt wurde, ohne Verschuldung. — Ebenso Makower I 634. Anm. 11.

Wegen der Rückgabe der Kaution hat man sich an die Gesellschaft zu wenden. Die Einwilligung des jeweiligen Vorstandes genügt in jedem Falle, wer auch im Prozesse die Gesellschaft vertreten hat. Ist diese nicht zu erlangen, so muß eine Klage auf Einwilligung angestellt werden, da § 109 der CPO. nicht angeführt ist, also auch nicht angewendet werden kann (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 240). Anm. 12.

5. (Abs. 4.) **Die Bekanntmachung der Klageerhebung und des Verhandlungstermins** ist dem Vorstande zur Pflicht gemacht. Unter dem Verhandlungstermin ist der erste Verhandlungstermin zu verstehen. Die Bekanntmachung liegt dem Vorstande ob, also auch dann, wenn er Anm. 13.

§ 272. selbst klagt. Die Verpflichtung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§ 319). Die Bekanntmachung lautet etwa wie folgt:

> Gegen den Beschluß der Generalversammlung vom 28. Mai 1898 auf Entlassung des Vorstandes hat der Aktionär Rentier Karl Müller zu Prenzlau Anfechtungsklage erhoben. Der erste Verhandlungstermin steht beim Königlichen Landgericht I zu Berlin, 4. Kammer für Handelssachen, am 7. Oktober 1898 an (Terminszimmer 73, im Gerichtsgebäude, Grunerstraße).
>
> Der Vorstand.
> Theophil Meyer.

Anm. 14. **Zusatz 1. Für die Zustellung der Klage** gilt der § 171 Abs. 3 CPO., d. h. es genügt, daß an einen der mehreren gesetzlichen Vertreter zugestellt wird. Es muß aber zur Vermeidung von Kollusionen an beide Organe zugestellt werden (RG. 14, 142; RG. in JW. 95, 602; OLG. Rostock in ZHR. 43, 325). Der § 171 Abs. 3 CPO. kann daher nur mit einer Änderung angewendet werden: mindestens einem Mitgliede eines jeden dieser beiden Organe muß zugestellt werden (OLG. Colmar in DJZ. 03, 456). Hinsichtlich des Aufsichtsrats genügt die Zustellung an den Vorsitzenden (z. B. OLG. Dresden in OLGR. 5, 277 und Bondi in DJZ. 03, 147).

Anm. 15. **Zusatz 2. Ob sich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats denselben Anwalt bestellen,** oder verschiedene, hängt nach Ansicht des RG. von dem Verhalten ihrer Verteidigung ab. Haben sie ohne Not verschiedene Anwälte bestellt, so haftet ihnen der Kläger nicht für die Mehrkosten, weil diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren (RG. 14, 142; so auch Makower I 633). Indessen ist diese Ansicht deshalb nicht zutreffend, weil lediglich die Gesellschaft verklagt ist und beide Organe nur ihre gesetzlichen Vertreter sind, und zwar so, daß sie nur gemeinschaftlich die Vertretung führen können. Daraus folgt, daß nicht jedes Organ sich einen Vertreter bestellen kann, sondern nur beide Organe der Gesellschaft einen (oder auch mehrere) Vertreter bestellen können (Lehmann-Ring Nr. 1; Pinner 239).

Anm. 16. **Zusatz 3. Der Wert des Streitgegenstandes und die Prozeßkosten.** Der erstere bemißt sich lediglich nach dem Interesse des Klägers (RG. 24, 427 ff.). Denn der Aktionär wahrt nur seine Rechte und ficht den Beschluß nur an, um seine Interessen zu schützen. Daß das Urteil, wenn es auf Ungültigkeitserklärung lautet, präjudiziell wirkt, ändert hieran nichts. Das ist auch bei Statusklagen nicht anders. Hiernach ist der Kurswert der klägerischen Aktien der Höchstbetrag des Interesses. Aber er kann selbstverständlich auch geringer sein, z. B. der Betrag der dem Kläger bei erfolgreicher Anfechtung des Dividendenbeschlusses zufließenden Dividende (Bolze 22 Nr. 689; KG. bei Holdheim 6, 97).

Anm. 17. Die Prozeßkosten sind, wenn der Anfechtungskläger siegt, der Gesellschaft aufzuerlegen. Wird Kläger abgewiesen, so hat nur die Gesellschaft einen Erstattungsanspruch, und zwar auch gegen den klagenden Vorstand. Ob die Mitglieder des Vorstandes einen Rückforderungsanspruch an die Gesellschaft haben, ist eine andere Frage, die hiermit nicht entschieden ist.

Anm. 18. **Zusatz 4. Übergangsfrage.** Die §§ 271 und 272 finden auch auf frühere Beschlüsse Anwendung (vgl. Anm. 1 ff. zu § 178). Das will sagen: Wird die Anfechtungsklage nach dem 1. Januar 1900 zugestellt, so finden die neuen Vorschriften Anwendung.

Zusatz 5. Das Gericht hat die Voraussetzungen der §§ 271, 272 von Amts wegen zu prüfen (OLG. Hamburg in OLGR. 2, 227).

§ 273.

§ 273. Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urtheil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Das Urtheil ist von dem Vorstand unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen; die Eintragung des Urtheils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen.

Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner. § 273.

Lit. vgl. zu § 271.

Der vorliegende Paragraph regelt die Folgen der Ungültigkeitserklärung (Abs. 1) **und die Folgen der unbegründeten Anfechtung für die Anfechtungskläger** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Folge der Ungültigkeitserklärung** ist, daß der Beschluß für die Gesellschaft und alle Aktionäre als ungültig zu betrachten ist. Alle etwa schwebenden Klagen werden dadurch gegenstandslos. Diese Folge tritt aber erst mit der Rechtskraft ein (RG. 24, 429); bis dahin kann der Kläger die Klage zurücknehmen, Vergleiche schließen. Er kann auch durch spätere Handlungen auf sein Anfechtungsrecht verzichten. Es ist in der Praxis mehrfach der Fall vorgekommen, daß Bilanzen angefochten wurden und während des Schwebens des Anfechtungsprozesses Bilanzen fernerer Jahre genehmigt wurden, ohne daß gegen diese Beschlüsse protestiert war. Da sich nun die Bilanz jedes Jahres auf der des vorhergehenden durch den Vortrag aufbaut, so muß angenommen werden, daß der Anfechtende, nachdem er die späteren Beschlüsse nicht angefochten, damit auch sein Anfechtungsrecht gegen die von ihm angefochtene Bilanz verwirkt habe. Man käme sonst zu dem praktisch nicht verwendbaren Ergebnis, daß die Bilanz des Vorjahres für nichtig erklärt wird, die des späteren aber, die im Vortrag den Extrakt der Bilanz des Vorjahres hat, gültig ist.

Das die Klage abweisende, also die Gültigkeit des Beschlusses aussprechende Urteil ist dagegen nicht präjudizierlich (D. 164; vgl. Anm. 14).

Anm. 2. Das Resultat der Klage, wenn sie durchdringt, ist stets ein negatives; der angefochtene Beschluß besteht nicht. Positiv zu entscheiden, was an Stelle des für nichtig erklärten Beschlusses zu setzen ist, hat der Richter nicht; insbesondere kann er nicht etwa eine neue Bilanz aufstellen (vgl. Anm. 2 zu § 260 und Rehm 801 Anm. 2).

Anm. 3. Das rechtskräftige, auf Ungültigkeitserklärung lautende Urteil ist dem Handelsregister einzureichen, entsprechend der im § 259 Abs. 5 angeordneten Einreichung aller Generalversammlungsbeschlüsse zum Register. Die Einreichung kann ev. nach § 14 erzwungen werden. Die Einreichung muß auch bei dem Gerichte jeder Zweigniederlassung erfolgen (§ 13). War der Beschluß noch nicht eingetragen, so muß die Eintragung nunmehr endgültig unterbleiben. War der Beschluß eingetragen, so muß nunmehr die Ungültigkeit durch Eintragung des Urteils (d. h. des Tenors oder auch der Tatsache, daß durch rechtskräftiges Urteil vom 12. Januar 1900 des Königl. Kammergerichts der Beschluß vom 6. Mai 1899 für ungültig erklärt ist) vermerkt werden, und zwar ohne besondere Anmeldung (LG. I Berlin bei Holdheim 3, 153). Diese Eintragung ist zu veröffentlichen.

Daß der Beschluß nun nicht mehr ausgeführt werden kann, ist selbstverständlich.

Anm. 4. Aber eine andere Frage ist, welche Folgen die bereits erfolgte Ausführung hat. Die Frage ist um so praktischer, als die Gesellschaftsorgane nicht unbedingt verhindert sind, einen angefochtenen Beschluß zur Ausführung zu bringen (vgl. Anm. 13). Die Frage nach den Folgen der erfolgten Ausführung eines nachträglich für ungültig erklärten Beschlusses läßt sich aber allgemein nicht beantworten (vgl. M. z. AGes. von 1884, I 241).

Anm. 5. Was zunächst die Gesellschaft betrifft, so wird diese im allgemeinen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen ihre Gesellschaftsorgane wegen der erfolgten Ausführung nicht erheben dürfen. Im allgemeinen wird die Gesellschaft sich darüber nicht beschweren können, daß der Beschluß ihres obersten Willensorgans zur Ausführung gebracht ist. In Ausnahmefällen kann hierbei Abweichendes gelten, so, wenn der Beschluß durch Arglist der Gesellschaftsorgane herbeigeführt ist, oder wenn er offenbar ungültig war (Anm. 4 zu § 241).

Anm. 6. Die Gläubiger wiederum haben einen direkten Anspruch wegen Ausführung von ungültigen Generalversammlungsbeschlüssen nur in bestimmten Fällen (vgl. Anm. 11 ff. zu § 241).

§ 278. Anm. 15. c) Ferner muß der Kapitalserhöhungsbeschluß über die Zuteilung der neuen Emission bestimmen, wenn den Aktionären das Recht auf die Zuteilung genommen oder beschränkt werden soll (§ 282).

Anm. 16. d) Der aus dem Wesen der Sache sich ergebende notwendige Inhalt des Kapitalserhöhungsbeschlusses ist die Angabe, bis zu welchem Betrage das Aktienkapital erhöht werden soll (vgl. § 182 Nr. 3 und oben Anm. 4 u. 9), ferner die Angabe der Höhe der einzelnen Aktien (vgl. dieselben Belegstellen); letzteres jedoch nicht unter allen Umständen; vgl. Anm. 17.

Anm. 17. e) Es wird sich ferner empfehlen, im Erhöhungsbeschlusse jedesmal zu bestimmen, ob die Aktien auf Namen oder auf Inhaber lauten sollen. Genau genommen ist dies nicht immer notwendig. Wenn der Gesellschaftsvertrag darüber nichts bestimmt oder wenn er bestimmt, daß die Aktien der Gesellschaft auf den Namen lauten sollen, so versteht es sich von selbst, daß die neu auszugebenden Aktien auf den Namen zu stellen sind (§ 183). Wenn dagegen der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Aktien der Gesellschaft auf den Inhaber lauten, so bezieht sich das ebenfalls auf die Aktien neuer Emissionen, außer wenn nach der Fassung des Gesellschaftsvertrages jene Statutenbestimmung sich nur auf die Aktien erster Emission bezieht. In diesem letzteren Falle sind die Aktien neuer Emissionen wiederum selbstverständlich auf den Namen zu stellen. Allein um jeden Zweifel auszuschließen und um bei dieser wichtigen Frage nicht auf den Weg der Auslegung verwiesen zu sein, ist die Angabe, ob die neu auszugebenden Aktien auf den Namen oder auf den Inhaber lauten sollen, zu empfehlen. Das geschieht in der Praxis auch stets. Soweit sich der Kapitalserhöhungsbeschluß hierdurch mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage in Widerspruch setzt, ist er ein selbständiger Statutenänderungsbeschluß und bedarf der Erfordernisse, die für einen Statutenänderungsbeschluß in dem Gesetze oder im Vertrage vorgesehen sind.

Die Angabe des Nennbetrages ist im allgemeinen notwendig (vgl. Anm. 16). Sie kann aber dann unterbleiben, wenn das Statut bestimmt, welche Höhe die Aktien haben sollen und diese Bestimmung dahin ausgelegt werden kann, daß nicht nur die ursprünglichen sondern alle Aktien der Gesellschaft diesen Nennbetrag haben sollen.

Anm. 18. f) Es empfiehlt sich ferner, gemäß § 274 Abs. 1 Satz 2, dem Aufsichtsrat die Festsetzung der Fassung des Statutenparagraphen aufzutragen, der von der Grundkapitalsziffer handelt. Nach Durchführung der Kapitalserhöhung stellt, wenn ihm dieser Auftrag erteilt ist, der Aufsichtsrat diese neue Fassung durch Beschluß fest und dieser wird mit angemeldet (vgl. Anm. 1 zu § 277). Notwendig ist es nicht, daß die Generalversammlung solchergestalt für die Richtigstellung des Statuts Sorge trägt. Die betreffende Statutenstelle ist durch die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung von selbst geändert. Aber es entspricht dies der Ordnung und ist allgemein in Übung.

Anm. 19. g) Im übrigen ist es völlig Sache der Generalversammlung, welchen weiteren Inhalt sie ihrem Kapitalserhöhungsbeschlusse geben will. Die Generalversammlung kann den wirklichen Ausgabekurs selbst bestimmen; desgleichen die Art, wie die Zeichnungen geworben werden sollen, wobei sie nicht gegen § 282 Abs. 2 verstoßen darf; sie kann, wenn sie das Bezugsrecht der Aktionäre nicht beseitigt, ein eventuelles Bezugsrecht auf die Aktien d. h. hinsichtlich der von den bisherigen Aktionären nicht gezeichneten Aktien der neuen Emission gewähren; sie kann, wenn sie das Aktionärbezugsrecht für den konkreten Fall beseitigt, ihrerseits bestimmen, wem das Bezugsrecht zustehen soll, sie kann bestimmen, in welchen Raten die gezeichneten Beträge eingefordert werden sollen (bis auf die Viertelsbardeckung und das Agio, die vor der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung vorhanden sein müssen, §§ 284 Abs. 3, 195 Abs. 3); sie kann anordnen, von welchem Zeitpunkte ab die neu ausgegebenen Aktien an der Jahresdividende teilnehmen sollen und in welcher Weise dies durch Entrichtung von Stückzinsen ausgeglichen werden soll (vgl. Anm. 13); sie kann auch den neuen Aktien Vorrechte bewilligen.

Aber wohlgemerkt: Alles das kann die Generalversammlung bestimmen, sie kann alles dies auch anderen Organen überlassen, ausdrücklich oder stillschweigend. Der KB. z. AGes. von 1884 (11) sagt ausdrücklich, „daß es zu weit führen würde, wenn man auch das Detail der Ausführung ausschließlich der Beschlußfassung durch die Generalversammlung vorbehalten wollte". Bestimmt also die Generalversammlung über diese Punkte nicht, so sind die anderen Gesellschaftsorgane dazu berechtigt, also z. B. zur Festsetzung von eventuellen Bezugsrechten (selbstverständlich erst nach der Generalversammlung, § 283), zur Einforderung der Einzahlungen nach ihrem Ermessen, zur Bestimmung des wirklichen Ausgabekurses (es können auch verschiedene Ausgabekurse bestimmt werden; Anm. 13); zur Bestimmung, von wann ab die neuen Aktien an der Dividende teilnehmen sollen. § 278. Anm. 20.

Zusatz 1. Der Kapitalserhöhungsbeschluß kann auch aufgehoben werden. Der Aufhebungsbeschluß unterliegt den gleichen Abstimmungsvorschriften, wie der Kapitalserhöhungsbeschluß. Es kann nicht etwa die einfache Mehrheit aufheben, was die höhere Mehrheit beschlossen hat. Auch kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen, nachdem bereits die Ausführung des Beschlusses erfolgt und die neuen Mitgliedschaften entstanden sind. Daß die Zeichnung erfolgt, die Sacheinlagen schon gemacht sind, hindert aber die Aufhebung nicht. Soweit hierbei in Rechte Dritter eingegriffen wird, ergeben sich daraus andere Rechtsfolgen. Aber es haben die dritten Personen, mit denen im Hinblick auf die Kapitalserhöhung kontrahiert worden, kein erzwingbares Recht auf die Durchführung der Kapitalserhöhung. Anm. 21.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf bestehende Gesellschaften Anwendung (Anm. 1—4 zu § 178). Anm. 22.

Zusatz 3. Stempelfrage. Der Kapitalserhöhungsbeschluß ist nach dem preußischen Stempelgesetze ebenso zu versteuern, wie der Gründungsvertrag (vgl. Anm. 16 zu § 179, wo auch das Bedenkliche der Vorschrift erörtert ist, und RG. in JW. 06, 95[22]). Über andere Stempelfragen bei der Kapitalserhöhung s. Anm. 13 ff. zu § 179, ferner Zus. 1 zu § 281 und Zus. 2 zu § 185. Anm. 23.

Zusatz 4. Kostenfrage. Als Objekt bei Beglaubigung der Unterschrift der eine Kapitalserhöhung anmeldenden Personen gilt der volle Betrag der Erhöhung, gleichviel, ob die Unterschrift einer dieser Personen oder aller beglaubigt wird (KGJ. 28 B S. 69; 29 B S. 18). Anm. 24.

§ 279.

Wird auf das erhöhte Grundkapital eine Einlage gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten ist, oder wird auf eine Einlage eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet, welche die Gesellschaft übernimmt, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden. § 279.

Jedes Abkommen dieser Art, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung in dem Beschlusse der Generalversammlung gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Die Vorschriften der §§ 207, 208 bleiben unberührt.

Sonderbestimmungen über die Kapitalserhöhung bei Sacheinlagen (qualifizierte Erhöhung). Das Gesetz spricht zwar auch noch von Übernahmen. Aber das Rechtsgeschäft, das hier Übernahme genannt wird, deckt sich nicht mit jenem, das § 186 Abs. 2 erwähnt. Dort ist das glatte Übernahmegeschäft getroffen, d. h. der Fall, in dem die Gesellschaft im Stadium der Gründung einen Gegenstand gegen ein Entgelt erwirbt (außer gegen Gewährung von Aktien der zu gründenden Gesellschaft, denn das wäre ja eine Sacheinlage). Bei der Kapitals- Einleitung.

§ 279. erhöhung wäre das entsprechende Geschäft jedes Rechtsgeschäft, durch das die Gesellschaft im Stadium der Kapitalserhöhung und im Hinblick auf diese einen Gegenstand in der Absicht erwirbt, die Gegenleistung aus den Mitteln der durch Kapitalserhöhung der Gesellschaft zufließenden Mittel zu leisten. Diese Analogie wird aber nicht gezogen. Es fällt nicht jedes solche Geschäft unter die erschwerende Bestimmung des vorliegenden Paragraphen, sondern nur der Fall, in dem eine Einlage auf die Vergütung für die übernommenen Gegenstände angerechnet wird, in dem also zwar auf der einen Seite ein reines Übernahmegeschäft, auf der anderen Seite eine Bareinlage vereinbart, gleichzeitig aber vereinbart wird, daß auf die zu leistende Bareinlage die Vergütung angerechnet, beide miteinander ganz oder zum Teil aufgerechnet werden sollen. In solchen Geschäften liegt im Grunde genommen nichts anderes, als eine besondere Art der Sacheinlage (vgl. RG. 42, 4). Eine eigentliche Übernahme ist es nicht und deshalb wird von der Auslegung dieser Ausdruck besser vermieden und statt dessen in beiden Fällen von Sacheinlagen, zu ihrer Unterscheidung aber von der eigentlichen und der uneigentlichen Sacheinlage gesprochen.

Eine Sonderbestimmung über zugunsten einzelner Aktionäre gewährte besondere Vorteile (§ 186 Abs. 1), ist hier nicht getroffen. Die diese Bestimmung auf die Kapitalserhöhung für anwendbar erklärende Entsch. des RG. (JW. 04, 182[30]) ist für das ältere Recht ergangen und für § 279 wegen dessen veränderter Fassung nicht anzuwenden.

Anm. 1. 1. **Über den Begriff und die rechtliche Natur der Sacheinlage** s. Anm. 4ff. zu § 186; darüber was Gegenstand einer Sacheinlage sein kann, s. Anm. 6 zu § 186. Zu Anm. 8 in § 186 ist aber zu bemerken, daß *hier der Sacheinleger auch zeichnen muß*. § 281 macht hier keine Ausnahme. Ferner ist als sehr wichtig hervorzuheben, daß, wenn beschlossen wird, daß die Aktien der Gesellschaft selbst bei der Kapitalserhöhung in Zahlung genommen werden (vgl. z. B. Anm. 3 zu § 185; vgl. auch zu § 290), dies ebenfalls eine Sacheinlage ist. In diesem Falle werden aber besondere Verträge im Sinne des § 284 Nr. 2 nicht zu schließen sein (Lehmann-Ring Nr. 2 hält solche besonderen Verträge überhaupt für unnötig; dagegen Goldmann Anm. 4). Es ist auch zulässig, zu bestimmen, daß die Aktionäre lediglich ihre alten Aktien (ohne Zuzahlung) an Zahlungsstatt geben, und es kann so das Kapital erhöht werden, ohne daß der Gesellschaft neue Werte zugeführt werden. Bei derartiger Inzahlungnahme von Aktien ist es auch nicht nötig, daß im Beschluß die Aktionäre nach Namen genannt werden. Die Vorschrift des § 279, daß „die Person" benannt wird, bedeutet keine namentliche Feststellung; es genügt, wenn eine Bestimmbarkeit vorhanden ist. — Über den Begriff der Übernahme Anm. 9 zu § 186. Über den Begriff der im vorliegenden Paragraphen erwähnten Übernahme aber siehe oben die Einleitung.

Anm. 2. Eine besondere, in Deutschland zwar nicht übliche, aber gesetzlich zulässige Art der Kapitalserhöhung ist es auch, daß die Aktionäre ihre fälligen Dividendenforderungen als Einlage auf die neuen Aktien einbringen, oder daß zulässigerweise ein Reservefonds ausgeschüttet und die Ansprüche auf Auszahlung auf die neuen Aktien eingebracht werden. Die Einzahlung erfolgt hier durch Einbringung der Forderung (vgl. Anm. 6 zu § 186; RG. 42, 4; dagegen Geißmar bei Holdheim 11, 12). Selbstverständlich muß § 279 beobachtet werden.

Anm. 3. 2. **Die in Abs. 1 vorgesehenen Punkte müssen im Generalversammlungsbeschlusse festgesetzt werden.** Die Folge der Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift schreibt Abs. 2 vor: ein Abkommen, das nicht in dieser Weise festgesetzt ist, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Aber daraus folgt nicht, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß in solchem Falle stets ohne weiteres als reiner Gelderhöhungsbeschluß wirksam ist. Wollte man dies annehmen, so würde man dem Willen der Parteien nicht immer gerecht werden. So z. B. wenn zwar das Abkommen Erwähnung gefunden, aber irgendeiner der im Abs. 1 vorgesehenen Punkte nicht festgesetzt ist. In solchem Falle ist doch zum Ausdruck gekommen, daß die Generalversammlung einen Erhöhungsbeschluß mit Sacheinlagen fassen wollte; ist er als solcher nicht gültig, so ist er überhaupt ungültig. Anders wenn der Generalversammlungsbeschluß die Sacheinlage oder Übernahme überhaupt nicht erwähnt. Dann gilt er als Gelderhöhungsbeschluß. Der Umstand, daß die Angelegenheit der Sacheinlage oder Übernahme in der Generalversammlung

zum Vortrag gebracht wurde, ändert daran nichts. Die Motive der Abstimmenden sind nicht zu ermitteln. **§ 279.**

Weiter ist erforderlich, daß die Verträge urkundlich festgestellt werden. Das folgt aus § 284 Nr. 1. Die durchgeführte Kapitalserhöhung kann sonst nicht eingetragen werden (vgl. Anm. 1). Anm. 4.

3. **Jedenfalls aber ist ein im Beschlusse nicht festgesetztes Abkommen der Gesellschaft gegenüber ungültig.** Ungültig ist insbesondere auch ein Abkommen, daß ein Lieferant sich verpflichtet, Aktien einer Neuemission an Zahlungsstatt zu nehmen, dann, wenn die Form des § 279 nicht beobachtet ist. Liegt in dem Lieferungs- und Übernahmevertrage ein einheitliches Rechtsgeschäft, so ist gemäß § 139 BGB. das ganze Geschäft nichtig (RG. im „Recht" 02, 593). Das kann auch dadurch nicht umgangen werden, daß Barzahlung vereinbart und alsdann Hingabe an Zahlungsstatt vereinbart wird (vgl. hierüber Anm. 16 ff. zu § 186). Das wäre ja gerade der Fall der uneigentlichen Sacheinlage, den der vorliegende Paragraph ebenfalls treffen will (oben die Einleitung). Anm. 5.

Trotz der Unwirksamkeit des Abkommens hat der Registerrichter die Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses abzulehnen, wenn er erkennbar auf eine solche Umgehung hinausläuft (vgl. Anm. 18 zu § 186). Anm. 6.

Zusatz 1. Eine Revision der qualifizierten Erhöhung ist nicht angeordnet. Die entsprechenden Gründungsvorschriften sind nicht entsprechend anwendbar. Anm. 7.

Zusatz 2. Die Festsetzung des Gesamtemissionsaufwandes im Generalversammlungsbeschlusse (entsprechend der Festsetzung des Gesamtgründungsaufwandes im Gesellschaftsvertrage, § 186) ist nicht vorgesehen. Das Gesetz begnügt sich hier mit der Einreichung der Berechnung bei Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung (§ 284 Abs. 2 Nr. 3). Anm. 8.

Zusatz 3. Liegt eine Nachgründung vor, d. h. ein unter § 207 fallender qualifizierter Erwerb in den ersten zwei Jahren nach der Gründung, so muß der Erwerb durch die Generalversammlung genehmigt und die sonstigen Vorschriften der §§ 207 und 208 erfüllt werden, wie das Abs. 2 unseres Paragraphen ausdrücklich hervorhebt. Die Genehmigung kann natürlich, wenn die Mittel zum Erwerbe im Wege der Kapitalserhöhung aufgebracht werden sollen, in dem Kapitalserhöhungsbeschlusse selbst liegen, falls dieser sowohl den Vorschriften des vorliegenden Paragraphen wie denen des § 207 entspricht. Anm. 9.

Zusatz 4. Übergangsfrage. Die Vorschriften gelten auch für die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften. Sie sind zwingend und beseitigen daher entgegenstehende statutarische Vorschriften (Anm. 1—4 zu § 178). Anm. 10.

§ 280.

Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. **§ 280.**

In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist oder, soweit die Einzahlung nicht stattgefunden hat, daß darauf weitere als die in der Anmeldung bezeichneten Beträg nicht rückständig sind.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses an.

1. **Die Anmeldung erfolgt durch die sämtlichen Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats,** nicht durch diese Organe als solche. Unter sämtlichen Mitgliedern sind die zu verstehen, die nach den für die Gesellschaft maßgebenden Bestimmungen das Organ in seiner vollständigen Besetzung bilden; die Mitwirkung der tatsächlich vorhandenen Mitglieder, wenn z. B. eine Aufsichtsratsstelle unbesetzt ist, genügt nicht (KGJ. 24 A S. 198). Anm. 1.

§ 280. Daß Vertretung zulässig ist, muß (gegen 6./7. Aufl. und gegen LG. Berlin I bei Holdheim 6, 274) mit dem KGJ. (28 A S. 236) verneint werden. Die Versicherung des Abs. 2 mit ihrer Verantwortung duldet Vertretung nicht.

Ein Zwang zur Anmeldung zum Hauptregister durch das Registergericht findet nicht statt (§ 319 Abs. 2). Die Gesellschaftsorgane sind kraft ihrer Stellung zur Gesellschaft dieser gegenüber zur Anmeldung verpflichtet. Wegen Anmeldung zum Zweigregister s. § 286.

Anm. 2. 2. **Wann die Anmeldung erfolgt**, ist nicht gesagt. Das steht lediglich unter der allgemeinen Sorgfaltspflicht der §§ 241 und 249. Indessen kann die Anmeldung jedenfalls bis zur Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung verschoben werden (§ 285). Es können also die Zeichnungen vorher aufgebracht werden, obgleich der Erhöhungsbeschluß vor der Eintragung nicht wirksam ist (vgl. Anm. 4).

Anm. 3. 3. **Die Anmeldung muß die Versicherung enthalten**, daß die im § 278 erwähnte erste Voraussetzung der Kapitalserhöhung zutrifft, d. h. die Versicherung der erfolgten Einzahlung des bisherigen Grundkapitals bzw. die Bezeichnung der etwaigen Rückstände, damit der Registerrichter prüfen kann, ob diese nach Lage der Sache unerheblich sind (vgl. Anm. 6 zu § 278). Über Prüfungsrechte des Registerrichters vgl. Anm. 11 zu § 198 und RG. im „Recht" 02, 531; über Notariatsgebühren für die Beglaubigung der Unterschriften bei der Anmeldung Anm. 24 zu § 278.

Ist die Versicherung unrichtig, so greift die Strafvorschrift des § 313 Nr. 3 Platz.

Anm. 4. 4. **Die Eintragung** macht den Beschluß erst wirksam (§ 277 Abs. 3).

Anm. 5. **Zusatz. Übergangsfrage.** Sowohl die erschwerende, als die erleichternde Vorschrift des vorliegenden Paragraphen finden auf Gesellschaften, die am 1. Januar 1900 bestehen, Anwendung (Anm. 1—4 zu § 178).

§ 281.

§ 281. Die Zeichnung der neuen Aktien geschieht mittelst Zeichnungsscheins. Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden; er hat außer den im § 189 Abs. 2 bezeichneten Angaben zu enthalten:

1. den Tag, an welchem der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals gefaßt ist;
2. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktien stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
3. die im § 279 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Vorschriften des § 189 Abs. 4, 5 finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß an die Stelle der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals tritt.

Der vorliegende Paragraph enthält Vorschriften über den Zeichnungsschein.

Anm. 1. 1. **Rechtliches Wesen der Zeichnung** bei der Kapitalserhöhung.

Die Zeichnung ist der Akt, durch den der Zeichner seine Bereitschaft, Mitglied der Gesellschaft zu werden, erklärt. Die Annahme der Zeichnung erfolgt durch ausdrückliche Annahmeerklärung der Vertretungsorgane oder durch konkludente Handlungen, z. B. die Anmeldung zum Handelsregister (vgl. hierüber sowie über die rechtliche Natur des Zeichnungsscheins Anm. 20 ff. zu § 189).

Immerhin wird der Zeichner auch durch diese Annahmeerklärung noch § 281. nicht Mitglied der Gesellschaft. Die Annahmeerklärung bedeutet nur, daß der Vorstand bereit sei, den Zeichner Mitglied werden zu lassen. Er wird Mitglied erst mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung; dagegen ist die Aushändigung der Aktienurkunde nicht Vorbedingung der Aktionäreigenschaft (vgl. RG. 31, 17; auch Pinner 258; Staub bei Holdheim 3, 148). Bis zur Eintragung ist er nicht Mitglied, auch nicht stiller Gesellschafter, wie das ROHG. 22, 220ff. annimmt, sondern einfacher Gläubiger, wie jeder, der auf Grund einer Offerte eine Anzahlung gemacht hat. Er fordert sie, wenn das beabsichtigte Rechtsverhältnis nicht zustande kommt, mit der condictio causa data causa non secuta (§ 812 BGB.), zurück. Anm. 2.

2. **Die Zeichnung der neuen Aktien erfolgt mittels Zeichnungsscheins.** Dieser muß die Erfordernisse einer schriftlichen Erklärung haben (vgl. hierüber Anm. 1 u. 2 zu § 189). Anm. 3.

Auch der Sacheinleger muß zeichnen (anders bei der Gründung; vgl. Anm. 8 zu § 186 und Anm. 1 zu § 279; zust. Makower I 669; Goldmann Anm. 2 zu § 279).

3. **Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden.** Wesentliches Erfordernis ist dies nicht. Anm. 4.

4. **Der Inhalt des Zeichnungsscheins.** Der Zeichnungsschein muß enthalten: Anm. 5.

a) die im § 189 Abs. 2 bezeichneten Angaben, d. h. die Beteiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Gattungen von Aktien ausgegeben werden, nach den Beträgen oder der Gattung der Aktien. Auch sonst darf der Zeichnungsschein keinen Zweifel darüber lassen, auf welche Gattung von Aktien er sich bezieht, so z. B. wenn erst eine neue Gattung von Aktien geschaffen werden soll.

b) Die im vorliegenden Paragraph unter Nr. 1—4 bezeichneten Angaben, und zwar: Anm. 6.

Nr. 1. Das Datum des Generalversammlungsbeschlusses. Aus diesem Erfordernis geht hervor, daß die Zeichnungsscheine erst nach erfolgter Beschlußfassung über die Erhöhung unterschrieben werden dürfen (KGJ. 19, 5).

Nr. 2. Den Ausgabekurs und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen; d. h. den Betrag, der zunächst bei der Einzahlung des Kapitalserhöhungsbeschlusses eingezahlt werden soll.

Nr. 3. Im Falle qualifizierter Erhöhung (bei Sacheinlagen oder Übernahmen) die im § 279 vorgesehenen Festsetzungen, und bei Neuschaffungen verschiedener Aktiengattungen den Gesamtbetrag einer jeden Gattung.

Nr. 4. Den Zeitpunkt, an dem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist. Wird der Zeichnungsschein aus diesem Grunde hinfällig, so hat der Zeichner einen obligatorischen Anspruch auf Rückzahlung (Bolze 22 Nr. 514; Makower I 670).

Die Unverbindlichkeit tritt nicht nur dann ein, wenn die erfolgte Erhöhung überhaupt nicht, sondern auch dann, wenn sie zu einem geringeren Betrage, als beschlossen, eingetragen wird (RG. 55, 65).

5. **Die gesetzlichen Folgen, die sich daran knüpfen, daß der Zeichnungsschein den vorgeschriebenen Inhalt nicht hat oder Beschränkungen enthält,** bestimmen sich nach § 189 Abs. 4 (vgl. daher die Erläuterung Anm. 10ff. zu § 189). Ist z. B. die übernommene Gegenleistung keine zulässige Einlage, so ist der Zeichnungsschein nichtig (RG. 42, 3). Anm. 7.

6. **Jede nicht im Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber wirkungslos.** Denn § 189 Abs. 5 gilt auch hier (vgl. daher Anm. 16 zu § 189). Anm. 8.

Ebenso gilt das zu § 189 (Anm. 25) in betreff der **Willensmängel** Gesagte auch hier. Die dort angezogenen Entscheidungen beziehen sich zum großen Teil auf Kapitalserhöhungen. Der Grund der Beschränkung der Anfechtbarkeit ist auch auf beide Fälle in gleicher Weise anzuwenden. Lehmann, der im „Recht" 01, 460 die von ihm für die Gründung gebilligten Grundsätze für die Kapitalserhöhung nicht für anwendbar erklärt, hat diese Ansicht im Aktienrecht II 469 berichtigt. Anm. 9.

§ 281. Anm. 10. Für die Frage der **Form eines Vorvertrages** betreffend Übernahme neu zu schaffender Aktien sind sinngemäß die Anm. 34 zu § 182 dargelegten Grundsätze anzuwenden. Man kann nur Mitglied werden, wenn man schriftlich zeichnet; man kann sich aber formlos verpflichten, zu zeichnen. Der entgegengesetzten Ansicht des RG. (43, 136; 50, 48) kann auch hier aus den Anm. 34 cit. dargelegten Gründen nicht beigetreten werden.

Anm. 11. **Zusatz 1. Stempelfrage.** Die Übernahme der Aktien bei der Erhöhung des Grundkapitals ist nach dem Reichsstempelgesetze vom 14. Juni 1900 als „Ausreichung der Aktien" an den ersten Erwerber stempelpflichtig (vgl. Anm. 15 zu § 179). Damit ist die Übernahme der Aktien bei Gelegenheit der Kapitalserhöhung, die Zeichnung auf diese, für stempelpflichtig erklärt; auf das Wort „Ausreichung" darf nicht der Ton in dem Sinne gelegt werden, als sollte erst die körperliche Aushändigung versteuert werden (RG. 39, 130). Bei Sacheinlagen greift dieselbe Vorschrift Platz; denn jedes Geschäft, bei dem die Aktiengewährung die Gegenleistung ist, ist durch Tarif Nr. 4 des Reichsstempelgesetzes getroffen. — Außerdem sind die ausgegebenen Urkunden als solche stempelpflichtig (Anm. 13 zu § 179). — Endlich ist aber nach der Vorschrift des preußischen Stempelgesetzes der Kapitalserhöhungsbeschluß ebenso zu versteuern, wie der Gründungsvertrag (vgl. hierüber und über das Bedenkliche dieser Vorschrift, sowie über die Verstempelung der Auflassung bei Einbringung von Grundstücken Anm. 16 ff. zu § 179).

Anm. 12. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Die Vorschrift findet auch auf bestehende Gesellschaften Anwendung. Sie ist zwingend und tritt daher auch an die Stelle entgegenstehender statutarischer Vorschriften (vgl. Anm. 1—4 zu § 178).

§ 282.

§ 282. Jedem Aktionär muß auf sein Verlangen ein seinem Antheil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Theil der neuen Aktien zugetheilt werden, soweit nicht in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ein Anderes bestimmt ist.

Der Betrag, zu welchem die neuen Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden, ist von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. In der Veröffentlichung kann eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts bestimmt werden; die Frist muß mindestens zwei Wochen betragen.

Der vorliegende Paragraph schafft ein (dem früheren Recht unbekanntes) gesetzliches Aktienbezugsrecht für die Aktionäre.

Anm. 1. 1. **Vorher ist zu bemerken, daß das Gesetz eine Vorschrift darüber nicht gibt, wie die Zeichnungen geworben werden sollen.** Die Generalversammlung kann darüber Bestimmung treffen (vgl. Anm. 19 zu § 278), aber sie braucht es nicht. Alsdann bleibt es den Gesellschaftsorganen überlassen, die Zeichnungen in geeigneter Weise zu werben. Meist übernimmt ein Bankhaus das gesamte Aktienkapital und bringt es alsdann auf den Markt. (Über Emissionskonsortien vgl. Anm. 1 ff. im Exk. zu § 342). Dieses Verfahren wird auch dann beobachtet, wenn Bezugsrechte bestehen. Den Bezugsrechten geschieht dann in der Weise Genüge, daß das Bankhaus das Emissionskapital mit der Verpflichtung übernimmt, die Aktien zunächst den Bezugsberechtigten anzubieten. Ganz korrekt ist ein solches Verfahren für den Fall, daß Bezugsrechte vorhanden sind, nicht. Aber wenn es so durchgeführt wird, erwächst den Bezugsberechtigten kein Schaden. Es laufen nur die Gesellschaft und ihre Organe die eine Gefahr, daß das Bankhaus seine Verpflichtung zur Anbietung der Aktien an die Bezugsberechtigten nicht erfüllt. Es kommen aber solche Fälle von Vertragsbruch wohl kaum vor.

Anm. 2. 2. **Das Gesetz gewährt den jeweiligen Aktionären ein prinzipales Bezugsrecht.** Dies kann durch Statut nicht genommen werden. Wohl aber kann der Kapitalserhöhungsbeschluß selbst es beseitigen, sowohl in der Weise, daß er einfach bestimmt, die Aktionäre sollen auf die im

vorliegenden Falle auszugebenden Aktien ein Bezugsrecht nicht haben, als auch in der Weise, daß er das Bezugsrecht anderen Personen anstatt den Aktionären zuweist. Eine Bestimmung der letzteren Art liegt zweifellos dann vor, wenn Aktien gegen Sacheinlagen gewährt werden; auf solche Aktien haben die Aktionäre daher keinen Anspruch (Pinner 259; Makower I 671). Auch geändert kann das Bezugsrecht der Aktionäre werden, z. B. dahin, daß in erster Linie eine dritte Person das Bezugsrecht haben soll, falls diese Person davon nicht Gebrauch macht, die jeweiligen Aktionäre, und falls auch diese keinen Gebrauch davon machen, dann soll die öffentliche Subskription erfolgen. — Als selbstverständlich folgt aus dem Gesagten, daß diese Bestimmung über das Bezugsrecht nur mit derselben Mehrheit getroffen werden kann, wie die Kapitalserhöhung selbst. § 282.

Im Hiberniafall hat das OLG. Hamm (bei Holdheim 14, 316) einen Beschluß für ungültig erklärt, der zwar äußerlich derart gefaßt war, daß der Vorstand nur gewisse Personen vom Erwerb ausschließen sollte, ihm im übrigen aber freie Hand gelassen war. Aus den begleitenden Umständen indessen folgerte das Gericht, daß der Vorstand die Anweisung erhalten habe, die Aktien gewissen Aktionären anzubieten, die die Verpflichtung übernehmen, sie nicht den Aktionären der Minderheit abzugeben. Dies verstoße gegen ein Grundprinzip des Aktienrechts, nach dem ein Recht des einen Aktionärs auf eine neue Aktie nicht zugunsten eines anderen Aktionärs beschränkt werden dürfe. Diese Entsch. widerspricht dem Wortlaut und Sinn des § 282. Sonderrechte bestehen nur, insoweit sie nicht durch Gesetz ausgeschlossen sind. Das Sonderrecht auf Zuteilung neuer Aktien ist nur mit der Beschränkung gegeben, daß die Generalversammlung nichts Gegenteiliges beschließt. Wenn daher, wie auch das OLG. annimmt, die Mehrheit beschließen kann, daß die Aktien sämtlich einem Dritten oder auch einem Aktionär gegeben werden, so ist nicht abzusehen, warum der Beschluß ungültig sein soll, wenn diesem Aktionär die Verpflichtung auferlegt wird, die Aktien nicht anderen Aktionären anzubieten. § 282 verweist ausdrücklich auf die freie Bestimmung durch die Generalversammlung; er stellt also für den in ihm behandelten Fall das Recht der Mehrheit über das Sonderrecht des Aktionärs (vgl. über das Erkenntnis Pinner in DJZ. 06, 127).

Einer besonderen Ankündigung in der Tagesordnung dahin, daß das Bezugsrecht der Aktionäre beseitigt werden solle, bedarf es nicht, da nach der Fassung des § 282 die Festsetzung der Beseitigung der Bezugsrechte lediglich Einzelheit der Kapitalserhöhung ist. Das Bezugsrecht entsteht erst, wenn nichts anderes beschlossen wird (so auch LG. Bochum bei Holdheim 14, 16, bestätigt in diesem Punkte vom OLG. Hamm bei Holdheim 14, 307; Rehm in DJZ. 04, 957). Anm. 3.

3. Enthält der Generalversammlungsbeschluß keine Beseitigung oder Abänderung des gesetzlichen Bezugsrechts, so hat jeder Aktionär einen gesetzlichen Anspruch auf Zuteilung eines seinem Aktienbesitz entsprechenden Betrages der neuen Aktien. Bedingt ist der Anspruch durch das „Verlangen“ des Aktionärs, eine formlos gültige empfangsbedürftige Willenserklärung. Nur muß die Erklärung bis zum Ablauf der gemäß Abs. 2 gesetzten Frist abgegeben sein. Verpflichtet ist der, der das Verlangen gestellt hat, dann zur Ausstellung eines Zeichnungsscheins. Ist das Bezugsrecht entstanden, so ist es übertragbar und vererblich (RG. in JW. 01, 484[7]). — Zugrunde zu legen ist bei der Zuteilung lediglich der Nennbetrag der dem Aktionär gehörigen Aktien; dieser allein bestimmt den Umfang seines Anspruchs auf Zuteilung neuer Aktien. Welcher Gattung im übrigen die Aktien angehören, ob sie sonst bevorzugt oder benachteiligt sind, ist völlig gleichgültig. Das Statut kann nach dieser Richtung keine Vorrechte bestimmen, da das hier gegebene Recht durch das Statut nicht im voraus geschmälert werden kann. Anm. 4.

Der Vorstand hat den Preis, zu dem die Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden, in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Diesen Preis kann allerdings auch die Generalversammlung bestimmen. Dann hat jeder Aktionär einen Anspruch auf Innehaltung dieses Preises (anders Makower I 666). Aber wenn sie dies nicht getan hat, so bestimmen die Gesellschaftsorgane den Preis nach ihrem Ermessen (ebenso Lehmann-Ring Nr. 5; dagegen Anm. 5.

§ 282. Goldmann Anm. 14). Sie müssen sich hierbei nur an den Mindestbetrag halten, den die Generalversammlung gemäß § 278 Abs. 3 bestimmt hat, aber im übrigen sind sie frei. Dadurch können sie freilich das Bezugsrecht der Aktionäre auch aufheben. Sie brauchen nur einen Preis zu bestimmen, der zu dem wirklichen Werte der Aktien im Mißverhältnis steht. Es wird daher Sache der Generalversammlung sein, hiergegen durch Bestimmung des Bezugspreises einen Riegel vorzuschieben.

Anm. 6. Die Veröffentlichung kann, wie das Gesetz sagt, auch eine Frist zur Ausübung des Bezugsrechts bestimmen. Die Frist muß mindestens zwei Wochen betragen. Die Gesetzesworte sind wohl so auszulegen, daß, wenn keine Frist bestimmt ist, die Frist von Gesetzes wegen eine vierzehntägige ist.

Anm. 7. Gleichzeitig können die Aktien auch zur öffentlichen Subskription ausgeschrieben werden für den Fall, daß die Aktionäre das Emissionskapital nicht voll zeichnen. Diese Einladung an das Publikum ist nur eine eventuelle, d. h. es darf die Zeichnung durch die Aktionäre nicht vor Ablauf der für die allgemeine Subskription bestimmten Frist geschlossen werden. Denn die Aktionäre gehen mit ihrem Bezugsrechte voran, wenn die Generalversammlung nicht anderes bestimmt hat (D. 169).

Anm. 8. 4. **Kann auch das Statut den Aktionären im voraus ein Bezugsrecht auf alle neuen Aktienausgaben gewähren?** Das ist zu verneinen, soweit das Bezugsrecht über den Rahmen des § 282 hinausgeht. Denn aus § 283 Abs. 2 geht hervor, daß jede Zusicherung, die vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse erfolgt, der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist. Auch Zusicherungen an die Aktionäre selbst, und sei es auch an alle gleichmäßig, sind hier nicht ausgenommen (Makower I 671). Nur die gesetzliche Zusicherung des § 282 will das Gesetz gelten lassen. Im übrigen darf weder ein weiteres Bezugsrecht statutarisch festgesetzt, noch das gesetzliche des § 282 statutarisch verstärkt werden, etwa dahin, daß auch der jeweilige Kapitalserhöhungsbeschluß es nicht nehmen oder ändern kann. Darin läge eine unzulässige und deshalb ungültige Einengung der Entschließungsfreiheit der Generalversammlung. Aber aus der Zeit vor der Novelle von 1884 können noch statutarische Bezugsrechte zugunsten der Aktionäre bestehen (vgl. Anm. 4 zu § 283). Einer solchen Statutenbestimmung gegenüber kann die über die Kapitalserhöhung Beschluß fassende Generalversammlung nicht anders bestimmen; ein solcher Beschluß wäre anfechtbar. Vielmehr muß zunächst diese Statutenbestimmung durch einen Statutenänderungsbeschluß beseitigt werden, ehe der konkrete Kapitalserhöhungsbeschluß in dies Bezugsrecht so eingreift, wie wenn es das gesetzliche Bezugsrecht des § 282 wäre. Wie ein solcher Statutenänderungsbeschluß gefaßt wird, darüber s. Anm. 10 zu § 274. Eine Besonderheit gilt hier nicht, insbesondere ist hier nicht ohne weiteres ein Sonderrecht anzunehmen (vgl. Holdheim in seiner Monatsschrift 7, 117). Darüber, ob der Statutenänderungsbeschluß mit dem konkreten Kapitalserhöhungsbeschluß vereinigt werden kann, s. Anm. 4 zu § 277.

Anm. 9. 5. **Übt ein Aktionär das ihm gewährte Bezugsrecht nicht aus,** so wächst dies nicht den anderen zu; vielmehr kann dieser Teil der Aktien anderweit begeben werden (Pinner 260). Eine Verpflichtung zum Bezuge besteht selbstverständlich nicht.

Anm. 10. 6. **Welche Folgen hat die Verletzung des Aktienbezugsrechts?** Solange die anderweite Begebung der Aktien nicht erfolgt ist, kann der Aktionär durch Klage und einstweilige Verfügung die anderweite Begebung hindern. Ist sie erfolgt, so steht ihm immer noch das Recht zu, die Anmeldung seiner Zeichnung und die Nichtberücksichtigung der anderweit geschehenen Zeichnung bei der Anmeldung der erfolgten Kapitalserhöhung durch Klage und einstweilige Verfügung zu erwirken. Ist die anderweit erfolgte Zeichnung angemeldet und der Eintragung zugrunde gelegt und der Aktionär selbst hinsichtlich seines Bezugsrechtes somit ganz übergangen, so ist die Eintragung gleichwohl gültig, der Aktionär hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft. Entgegen den Ausführungen der 6./7. Aufl. muß man ihm aber auch einen Anspruch gegen den Vorstand geben, weil § 282 ein den Schutz des Aktionärs bezweckendes Gesetz ist, gemäß § 823 BGB. daher eine Haftung eintritt (vgl. Anm. 28 zu § 242).

Bezugsberechtigt ist der Eigentümer der Aktie, nicht der Pfandnehmer und nicht der Nießbraucher (Lehmann II 66 Anm. 5 und 465). § 282. Anm. 11.

Im Fall des § 305 fällt das Bezugsrecht fort. Anm. 12.

Zusatz. Übergangsfrage. Das hier gewährte Bezugsrecht steht auch den Aktionären bestehender Gesellschaften zu. Beschränkende Bestimmungen früherer Statuten sind aufgehoben (Anm. 1—4 zu § 178). Inwieweit früher begründete Aktienbezugsrechte anderer Personen in das vorliegende Bezugsrecht eingreifen, darüber s. Anm. 3 zu § 283. Anm. 13.

§ 283.

Eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien kann nur unter Vorbehalt des im § 282 bezeichneten Rechtes der Aktionäre erfolgen. § 283.

Eine Zusicherung, die vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals geschieht, ist der Gesellschaft gegenüber unwirsam.

Besondere Vorschriften über die Gewährung von Aktienbezugsrechten an andere Personen, als Aktionäre. Man kann sie außerordentliche Bezugsrechte nennen (Cosack § 120 III 3 b).

1. (Abs. 1.) **Jedes außerordentliche Bezugsrecht kann nur unter Vorbehalt des den Aktionären zustehenden Bezugsrechts zugesichert werden.** Dabei ist aber daran zu erinnern, daß dieses gesetzliche oder ordentliche Bezugsrecht durch den Kapitalserhöhungsbeschluß beseitigt oder geändert werden kann. Ist dies geschehen, so braucht insoweit bei Bestellung der außerordentlichen Bezugsrechte das ordentliche nicht mehr beobachtet zu werden. Dabei kommt es auch darauf nicht an, ob die Beseitigung oder Änderung des ordentlichen Bezugsrechts schon durch Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses wirksam geworden ist. Denn wie § 285 ergibt, kann alles zur Ausübung der Kapitalserhöhung Zweckdienliche schon vor der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses geschehen und es genügt, wenn der Kapitalserhöhungsbeschluß mit seiner Durchführung zusammen angemeldet wird (vgl. Anm. 1 zu § 285). Ist aber das Aktionärbezugsrecht durch den Kapitalserhöhungsbeschluß nicht beseitigt, so kann eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien nur unter Vorbehalt des im § 282 bezeichneten Rechts der Aktionäre erfolgen. Eine Zusicherung, die auf dieses Bezugsrecht der Aktionäre keine Rücksicht nimmt, wäre einfach ungültig. Eine solche Zusicherung überschreitet die Vertretungsmacht des Vorstandes. Auch der Vorstand haftet nicht, weil der Dritte diese Schranke der Vertretungsmacht kennen mußte (§ 179 Abs. 3 BGB.). Anm 1.

2. (Abs. 2.) **Zusicherungen auf außerordentliche Bezugsrechte, die vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse liegen, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam,** d. h. für und gegen die Gesellschaft. Im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage können also derartige Bezugsrechte (sog. Gründerrechte) nicht gewährt werden, und überhaupt nicht vor dem betreffenden Kapitalserhöhungsbeschlusse, sondern erst nach Fassung desselben (vgl. zu 1). Die Generalversammlung, durch die die Kapitalserhöhung beschlossen wird, kann über das außerordentliche Bezugsrecht dahin Beschluß fassen, daß es die ihm vorliegende diesbezügliche Offerte genehmigt oder dem Vorstande sonst Anweisung nach dieser Richtung gibt (vgl. Anm. 2 zu § 282). Ein vor dem Generalversammlungsbeschluß getroffenes Abkommen ist der Gesellschaft gegenüber völlig unwirksam; es ist auch nicht etwa unter der Bedingung wirksam, daß die Generalversammlung die Kapitalserhöhung genehmigt oder nichts anderes über die Zuteilung beschließt. Dagegen kann der Dritte durch einen solchen Vertrag verpflichtet werden (vgl. Anm. 1; Anm. 10 zu § 281). Wird das ordentliche Bezugsrecht der Aktionäre durch den Generalversammlungsbeschluß nicht beseitigt, soll aber dennoch das Kapitalbedürfnis sofort durch Übernahme sämtlicher Aktien befriedigt werden, ohne daß die Gesellschaft warten möchte, bis sich die Bezugsberechtigten über ihr Bezugsrecht erklären, so wird wohl in der Anm. 2.

§ 283. Praxis der Ausweg gewählt werden, daß die Aktien dem übernehmenden Bankhause gewährt werden, jedoch mit der Verpflichtung, sie vorzugsweise den Bezugsberechtigten anzubieten, ehe sie in den Verkehr gebracht werden. So verfuhr man wenigstens auch bisher in dem Falle, in dem Bezugsrechte aus früherer Zeit vorhanden waren oder wenn man den Aktionären freiwillig ein Bezugsrecht gewährte (vgl. über dieses Verfahren Anm. 1 zu § 282).

Anm. 3. **Zusatz. Übergangsfragen.** Das ordentliche Bezugsrecht der Aktionäre steht auch den Aktionären der bestehenden Gesellschaften zu (vgl. Anm. 13 zu § 282). Demgemäß gilt auch die Vorschrift des Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen zugunsten dieses Bezugsrechts bei den am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaften. Doch gilt dies eben nur von Zusicherungen, die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gemacht werden. Außerordentliche Bezugsrechte, die vor dem 1. Januar 1900 bereits in gültiger Weise bestellt sind, gehen dem im § 282 gewährten Aktionärbezugsrechte vor. So bestimmt es Art. 28 EG. z. HGB. Es kann sich dabei jedoch nur um außerordentliche Bezugsrechte handeln, die vor der Aktiennovelle von 1884 gewährt sind. Denn nach dieser Novelle waren, ebenso wie nach dem jetzigen HGB., die Festsetzungen von Bezugsrechten vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse nicht zulässig und, wenn gleichwohl geschehen, nicht gültig. Aus der Zeit nach der Novelle von 1884 können also Bezugsrechte, die durch einen neuen Kapitalserhöhungsbeschluß zu beobachten wären, nicht bestehen. Aber die Wirksamkeit älterer Bezugsrechte gegenüber der neuen, zugunsten der Aktionäre geschehenen Kapitalserhöhungsvorschrift des § 282 erkennt das jetzt geltende HGB. hier im Art. 28 des EG. an.

Anm. 4. Damit ist allerdings nur entschieden, daß der § 283 Abs. 1 auf die vor 1884 bestellten Bezugsrechte nicht Anwendung findet. Unberührt dagegen bleibt die alte Streitfrage, ob die Bestimmung des bisherigen, durch die Novelle von 1884 geschaffenen Art. 215a Abs. 4 (jetzt § 283 Abs. 2) auf die vor 1884 zugesicherten Bezugsrechte Anwendung findet. Trotz aller entgegenstehenden Bedenken hat das RG. diese Frage in feststehender Rechtsprechung dahin entschieden, daß die vor der Novelle begründeten Bezugsrechte auch jetzt noch bestehen, so daß die neuen Kapitalserhöhungsbeschlüsse auch in der Bestimmung des Ausgabekurses auf die älteren Bezugsrechte Rücksicht nehmen müssen (RG. 27, 1; 28, 75; 42, 103; Bolze 13 Nr. 506; RG. in JW. 97, 242; ferner RG. 47, 26 und in JW. 01, 484[7] und 617[4]). Wenn daher auch der Kapitalserhöhungsbeschluß unter der Herrschaft des neuen Rechts eine Ausgabe über pari anordnet und den Mindestbetrag oder den wirklichen Kurs der Ausgabe über pari bestimmt, so sind die Aktien solchen älteren Bezugsberechtigten gleichwohl zum Parikurse zu überlassen, ev. zu beschaffen, wenn das Bezugsrecht auf Hergabe al pari lautet (vgl. RG. 28, 75); auch ein Zuschlag für Stempel und Kosten darf nicht gefordert werden (RG. in JW. 01, 617[4]). Nur selbstverständlich versagt die Wirksamkeit jener älteren Bezugsrechte insoweit, als die Bezugsberechtigten nicht verlangen können, daß Maßregeln getroffen werden, die öffentlichrechtlichen Bestimmungen des neuen Gesetzes zuwiderlaufen (vgl. RG. 22, 1). Also z. B. können sie nicht Hergabe der Aktien unter pari verlangen (obwohl dies in Konsequenz der Anschauung des Reichsgerichts nicht so ganz unzweifelhaft erscheinen möchte; denn die Aktien können ja in Konsequenz dieser Ansicht al pari oder über pari ausgegeben und brauchen den Bezugsberechtigten nur unter Parikurse beschafft zu werden, was keine Unterpari-Emission in sich schließt). Ferner können sie die Hergabe von Aktien unter 1000 Mark nicht verlangen, wenn dies auch das Bezugsrecht bestimmen sollte. Auch werden sie, wenn das alte Bezugsrecht ihnen periodisch Gewährung von Aktien zusichern sollte, neue Aktien nicht eher verlangen können, als bis die Generalversammlung die Ausgabe solcher beschließt und dieser Zeitpunkt bleibt dem freien Ermessen der Generalversammlung überlassen (obwohl auch diese Ansicht in Konsequenz der Anschauung des Reichsgerichts nicht ganz unzweifelhaft ist; indessen muß doch die Freiheit in der Wahl des Zeitpunktes der Kapitalserhöhung so sehr als öffentliches und ausschließliches Recht betrachtet werden, daß entgegenstehende Vertragsrechte hieran scheitern).

Anm. 5. Werden derartige Bezugsrechte nicht beobachtet, so haben die Berechtigten dieselben Rechte, wie die Aktionäre, wenn ihr gesetzliches Bezugsrecht gemäß § 282 nicht beachtet wird (vgl. da-

her Anm. 10 zu § 282). Für den Regelfall ist aber anzunehmen, daß der Schadensersatz dadurch ausgeglichen wird, daß ihnen anstatt der anderweit begebenen neuen Aktien alte Aktien zum Bezugspreise angeboten werden. Nur ausnahmsweise wird dies einen Unterschied machen (anders Bolze 12 Nr. 508). § 283.

In der Praxis sind drei, die alten Gründerbezugsrechte betreffende Fragen streitig geworden. Erstens: erlöschen die Gründerrechte mit der Auflösung der Gesellschaft? Dies muß entgegen der 6./7. Auflage an sich verneint werden, da in gewisser Beschränkung die in Liquidation befindliche Gesellschaft Kapitalserhöhungsbeschlüsse fassen kann (vgl. Anm. 11 zu § 294). Unbedingt zu bejahen ist es dagegen, wenn die Auflösung zum Untergang der Gesellschaft führt, so z. B., wenn die Aktiengesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf eine andere überträgt (§ 303), auch dann, wenn sie dabei sofort mit der anderen Gesellschaft verschmilzt (§ 306), denn in diesem Falle geht die übertragene Gesellschaft unter und auf die Aktien einer anderen, ihr Vermögen in sich aufnehmenden Gesellschaft erstreckt sich das Bezugsrecht nicht. Anders dagegen im Falle der Umwandlung der Aktien-Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, hier wird die Identität der Gesellschaft gewahrt und nur ihre rechtliche Form verändert sich (vgl. zu § 332). Anm. 6.

Die zweite, nicht selten auftauchende praktische Frage ist, ob das Gründerbezugsrecht auch dann zur Geltung kommt, wenn nach früheren Herabsetzungen des Grundkapitals neue Aktien ausgegeben werden und bei dieser Ausgabe das Grundkapital noch nicht wieder seine ursprüngliche Höhe erreicht. Die Frage ist zu bejahen, wenn sich nicht aus der Auslegung des Statuts etwas anderes als der Wille der Kontrahenten ergibt. Denn die neuen Aktien sind auch in diesem Falle rechte neue Aktien, und es ist kein Grund vorhanden, das auf jede Ausgabe neuer Aktien sich erstreckende Bezugsrecht bei einer solchen Ausgabe auszuschließen (vgl. näheres Staub bei Holdheim 8, 209 gegen OLG. Dresden ebenda 193, wobei bemerkt wird, daß das hier bekämpfte Urteil des OLG. Dresden vom RG. zwar bestätigt ist, aber nur weil es angenommen hat, daß die Erwägungen des OLG. tatsächlicher Natur und seiner Nachprüfung daher entzogen sind; das Urteil des RG. datiert vom 6. 10. 98 und ist abgedruckt bei Holdheim 8, 194. Das RG. kommt auch in einer späteren Entscheidung (47, 24) zur Verneinung, jedoch ebenfalls nur aus Auslegung des Statuts heraus). Anm. 7.

Schließlich ist fraglich, ob sich die Gründerbezugsrechte auch auf solche Kapitalserhöhungen beziehen, bei denen S a c h e i n l a g e n geleistet werden. Dies ist zu verneinen, weil hier für die Geltendmachung des Bezugsrechts kein Raum ist (vgl. auch Anm. 13 zu § 305). Anm. 8.

Das Bezugsrecht steht den ursprünglichen Zeichnern zu, selbst wenn sie Strohmänner waren, der Gesellschaft gegenüber sind sie allein legitimiert (RG. in JW. 01, 484[7]). Anm. 9.

Die Gründerrechte sind veräußerlich und vererblich (RG. in JW. 01, 484[7]). Anm. 10.

Über die statutarischen B e z u g s r e c h t e z u g u n s t e n v o n A k t i o n ä r e n s. Anm. 5 zu § 282. Anm. 11.

§ 284.

Die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. § 284.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. **die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Mitgliedern des Vorstandes unterschriebenes Verzeichniß der Zeichner, welches die auf jeden entfallenen Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;**
2. **im Falle des § 279 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind;**
3. **eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten;**

§ 284. 4. wenn die Erhöhung des Grundkapitals mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

Die Vorschriften des § 195 Abs. 3 finden Anwendung.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, ist auch der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, aufzunehmen.

Einleitung. **Die Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung der durchgeführten Kapitalserhöhung.** Nachdem die Zeichnungen geschehen sind, ist die durchgeführte Kapitalserhöhung anzumelden, einzutragen und zu veröffentlichen.

Anm. 1. 1. **Die Anmeldung.** (Sie ist zu bewirken von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats; vgl. hierüber und über die Frage, ob Vertretung zulässig ist, Anm. 1 zu § 280.)

a) Die Beilagen der Anmeldung.

Nr. 1. Die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein Aktionärverzeichnis, welches nicht beglaubigt zu sein braucht.

Nr. 2. Im Falle qualifizierter Erhöhung (§ 279) die betreffenden Vertragsurkunden, soweit solche nötig sind (vgl. Anm. 1 zu § 279).

Nr. 3. Eine Berechnung des Emissionsaufwandes. Zu diesem gehören vornehmlich die Gebühren des Notars und des Gerichts, sowie die Kosten für Herstellung der Aktienurkunden, die Stempel und Steuern, die Provision für Einführung der Aktien an der Börse usw. Eine Berechnung der Kosten wird oft nur annähernd zu machen sein, weil die Gerichtskosten erst nach der Anmeldung eingezogen werden.

Nr. 4. Die etwa erforderliche Genehmigungsurkunde (vgl. hierüber Anm. 14 zu § 195).

Anm. 2. b) Der Inhalt der Anmeldung muß der im § 195 Abs. 3 bezeichnete sein. Es muß also erklärt sein, daß der eingeforderte Betrag der Einzahlung geleistet und im Besitze des Vorstandes ist, der Ausgabekurs der Aktien und der hierauf bar eingezahlte Betrag (mindestens $^1/_4$ des Nennbetrages und das Agio) sind anzugeben. Was Barzahlung in diesem Sinne ist und überhaupt die Erläuterung zu dieser Vorschrift s. Anm. 15 ff. zu § 195. Dagegen ist nicht erforderlich, daß auch die etwa vereinbarten Sacheinlagen bereits der Gesellschaft geleistet sind, ehe die Durchführung der Kapitalserhöhung angemeldet und eingetragen wird. Dies ist hier ebenso wenig notwendig, wie bei der Gründung (vgl. Anm. 20 zu § 195). Auch ist nicht nötig, daß in der Anmeldung angegeben wird, wie hoch sich die Ziffer des Grundkapitals nunmehr stellt. Die Ziffer des Grundkapitals ist durch die Eintragung der Kapitalserhöhung von selbst erhöht, die betreffende Stelle der Statuten von selbst geändert. Jeder kann es sich ausrechnen. Aber es empfiehlt sich der Klarheit wegen, daß die betreffende Stelle der Statuten die neue Ziffer angibt; das ist natürlich nur eine Fassungsänderung, mit der der Aufsichtsrat betraut werden kann (vgl. Anm. 3 zu § 274) und so wird auch meist verfahren (vgl. Anm. 18 zu § 278).

Anm. 3. c) Nicht notwendig ist ein dem Gründerbericht des § 191 entsprechender Erhöhungsbericht, noch auch ein Prüfungsbericht des Aufsichtsrats, entsprechend dem § 192, noch endlich die Bestellung von Revisoren, entsprechend dem § 192.

Anm. 4. d) Ein Zwang zur Anmeldung durch das Registergericht findet nicht statt (§ 319). Die Gesellschaftsorgane sind kraft ihrer Stellung zur Gesellschaft dieser gegenüber zur Anmeldung verpflichtet. Wegen der Anmeldung zum Zweigregister s. § 286.

Anm. 5. 2. **Die Eintragung.** Das Gericht hat zu prüfen, ob die Kapitalserhöhung dem Gesetze und den Statuten gemäß beschlossen und durchgeführt ist, und hat, wenn dies zutrifft, die Eintragung zu bewirken, sonst sie abzulehnen. Im ersteren Falle sind die Beilagen der An-

meldung in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift bei dem Gericht aufzubewahren. Die Eintragung hat z. B. den Inhalt, daß die von der Generalversammlung vom 18. März 1901 beschlossene Aktienkapitalserhöhung um 500000 Mark durch Zeichnung von auf den Inhaber lautenden Aktien über je 1000 Mark erfolgt ist. — Über die rechtliche Bedeutung der Eintragung s. zu § 287 (über das Prüfungsrecht des Registerrichters vgl. Anm. 11 zu § 198; über Notariatsgebühren für die Beglaubigung von Unterschriften bei der Anmeldung vgl. Anm. 24 zu § 278). § 284.

3. **Die Bekanntmachung** muß diese Eintragung außerdem aber auch den Betrag veröffentlichen, zu dem die Aktien ausgegeben werden. Sacheinlagen sind nicht zu veröffentlichen (Wehrs bei Holdheim 10, 166). Anm. 6.

Die erfolgte Eintragung kann von Amts wegen oder auf Antrag **gelöscht** werden, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (§§ 142, 143 FGG.; § 144 Abs. 2 kommt nicht in Betracht, da es sich bei der Eintragung aus § 284 nicht um einen Beschluß der Generalversammlung handelt). Als Beteiligter, daher auch Beschwerdeberechtigter gilt jeder Aktionär (KGJ. 28 A S. 228). Die Löschung kann aber nicht deshalb verlangt werden, weil die Einzahlungen nicht richtig erfolgt, oder weil Zeichnungsscheine ungültig seien, da bei ersteren eine Prüfungspflicht des Richters nicht vorliegt, letztere aber nachträglich gültig werden können (KG. in DJZ. 03, 33). Anm. 7.

Zusatz 1. Eine der Bestimmung der §§ 202—204 entsprechende Verpflichtung für Vorstand und Aufsichtsrat, wenn sie bei der Anmeldung unrichtige Versicherungen abgeben, gibt es hier nicht. Eine Haftung für falsche Angaben ist nur nach §§ 241, 249, und, falls ein Verstoß gegen § 313 Nr. 3 vorliegt, nach § 823 BGB. gegeben. Anm. 8.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschriften sind auch von den bestehenden Gesellschaften zu beachten (Anm. 1—4 zu § 178). Anm. 9.

§ 285.

Die Anmeldung und Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals kann mit der Anmeldung und Eintragung des Beschlusses über die Erhöhung verbunden werden. § 285.

Die Vorschrift läßt zu, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß und die durchgeführte Kapitalserhöhung zusammen angemeldet werden. Es soll dies nach der D. 170 (vgl. KGJ. 28 A S. 225) keine Abweichung von § 277 Abs. 3 sein; die Anmeldung der erfolgten Erhöhung geschieht in der Voraussetzung, daß die beschlossene Erhöhung eingetragen wird (vgl. Anm. 4 zu § 277).

1. Die Gesellschaftsorgane dürfen zufolge dieser Erlaubnis nicht nur Zeichnungen werben, die natürlich hinfällig werden, wenn der Beschluß nicht eingetragen wird; sie können auch Aktienbezugsrechte im Rahmen des § 283 zusichern, die natürlich gleichfalls hinfällig werden, wenn der Kapitalserhöhungsbeschluß nicht eingetragen wird, und denen im Zweifel auch diese stillschweigende Bedingung innewohnt (vgl. Anm. 1 zu § 283). Anm. 1.
2. Beide Anmeldungen können natürlich in einem Schriftsatze geschehen, aber dieser muß die Erfordernisse der §§ 280 und 284 kombiniert enthalten. Anm. 2.

Zusatz. Übergangsfrage. Es ist ganz selbstverständlich, daß auch bestehende Gesellschaften von dieser Vorschrift Gebrauch machen können. Anm. 3.

§ 286.

Bei einem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft eine Zweigniederlassung hat, sind die in den §§ 280, 284 bezeichneten Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu bewirken. Die Vorschrift des § 284 Abs. 5 findet Anwendung; die Vorschriften des § 280 Abs. 2 und des § 284 Abs. 2 bis 4 bleiben außer Anwendung. § 286.

§ 286. **Für die Anmeldung der Kapitalserhöhung und ihrer Durchführung bei der Zweigniederlassung,** die natürlich auch gemäß § 285 kombiniert angemeldet werden dürfen, sind einfachere Vorschriften gegeben:

Anm. 1. 1. **Die Anmeldung erfolgt durch den Vorstand** als Organ, nicht sind die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats anmeldungspflichtig (RG. bei Bauer 13, 102).

Anm. 2. 2. Die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses setzt natürlich voraus, daß die Eintragung bereits bei der Hauptniederlassung erfolgt ist (§ 13 Abs. 2).

Eben deshalb brauchen aber die einzelnen Formalitäten nicht wiederholt zu werden und hat auch das Registergericht der Zweigniederlassung nicht das Recht, die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses zu prüfen (RG. bei Bauer 13, 102). Die Versicherung, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist, kann fehlen (§ 280 Abs. 2); bei der Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung können die sämtlichen Beilagen und die Erklärung der erfolgten Einzahlung nebst den Anlagen fehlen (vgl. LG. Berlin I bei Holdheim 10, 45).

Anm. 3. 3. Die Anmeldung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§§ 14, 319 Abs. 2) — Die Bekanntmachung folgt dem § 284 Abs. 5. Da auch der Betrag, zu dem die Aktien ausgegeben werden, mit zu veröffentlichen ist (§ 284 Abs. 5), so folgt daraus, daß dieser in der Anmeldung mit anzugeben ist (so gegen 6./7. Aufl. und Makower I 678, Lehmann-Ring und Goldmann Anm. 4).

Anm. 4. 4. Auf die Gültigkeit der Kapitalserhöhung hat die Eintragung bei der Zweigniederlassung keinen Einfluß. Aber gemäß § 15 kann sie von rechtlicher Bedeutung werden.

Anm. 5. **Zusatz. Übergangsfrage.** Diese Vorschriften sind auch für bestehende Gesellschaften anwendbar.

§ 287.

§ 287. Bevor die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist, können Aktien und Interimsscheine auf das zu erhöhende Kapital nicht ausgegeben werden.

Die Antheilsrechte an dem zu erhöhenden Kapitale können vor diesem Zeitpunkte mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen werden.

Die Wirkungen der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung sind hier negativ zum Ausdruck gebracht.

Anm. 1. 1. **Bevor die durchgeführte Kapitalserhöhung eingetragen ist, können Aktien und Interimsscheine nicht ausgegeben werden.** Ferner ist bestimmt, daß die Anteilsrechte vor der gedachten Eintragung mit Wirksamkeit gegen die Gesellschaft nicht übertragen werden können. Es kann also nicht das Recht auf den Bezug der Aktien mit Wirksamkeit veräußert werden. Nur der Zeichner ist bezugsberechtigt. Sind die Aktien vorher ausgegeben worden, so sind sie nichtig, wie die Worte „können nicht" im Abs. 1 zum Ausdruck bringen. Auch der redliche Erwerber erwirbt an diesen kein Recht. Der § 794 BGB. findet keine entsprechende Anwendung (vgl. Anm. 25ff. zu § 223). Es kann jetzt nicht mehr vorkommen, daß ein ungetreues Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied nach Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses die in seinem Besitz befindlichen Aktienurkunden vor der Zeichnung in eigenem Interesse ausgibt und dadurch die redlichen Erwerber zu Aktionären macht, wie das nach bisherigem Recht in einem bekannten Fall geschehen ist (vgl. RG. 40, 147 und in JW. 01, 540[8], das denselben Fall behandelt).

Anm. 2. Vorherige Ausgabe der Aktien macht die Gesellschaftsorgane strafbar (§ 314 Nr. 3). Eine Ersatzpflicht ist nicht bestimmt. Die diesbezügliche Vorschrift im Art. 241 und 226 ist im jetzigen HGB. weggelassen, weil eben die trotzdem ausgegebenen Aktien nichtig sind. Sollte gleichwohl der Gesellschaft ein Schaden entstehen, so sind die Organe schon auf Grund des § 314 Nr. 3 in Verbindung mit § 823 BGB. ersatzpflichtig. Ein solcher Schadensanspruch ist sehr wohl denkbar. So z. B., wenn die im Umlauf befindlichen falschen Aktien mit echten

verwechselt und infolgedessen Zahlungen an die Inhaber der ersteren von der Gesellschaft geleistet worden sind. Dagegen kann man nicht mit der 6./7. Aufl. (ebenso Makower I 678; Lehmann-Ring Nr. 1; Goldmann Anm. 4 gegen Pinner 266) annehmen, daß in entsprechender Anwendung des § 209 ohne weiteres die Ausgeber derartiger nichtiger Aktien den Besitzern haften. § 209, der für einen anderen Fall gegeben ist, wird weder ausdrücklich für anwendbar erklärt, noch ist aus dem Zusammenhang der Vorschriften seine Anwendbarkeit zu folgern. Es gelten auch hier lediglich die allgemeinen Regeln und wird man allerdings auch für die Rechte der Besitzer § 823 BGB. zur Anwendung bringen, da § 286 als Schutzgesetz auch für die Aktionäre anzusehen ist. § 287.

2. **Ist aber die durchgeführte Kapitalserhöhung eingetragen,** so können die Aktien und Interimsscheine nunmehr ausgegeben werden. Nunmehr kann es aber nicht mehr darauf ankommen, ob der Kapitalserhöhungsbeschluß selbst überall den Gesetzen entsprach oder ob die Zeichnungen selbst gültig waren. Die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung muß dem Verkehr genügen. Der nunmehrige Erwerb der Aktien ist redlich und rechtsgültig (vgl. auch RG. 40, 150, wo ebenfalls der Gedanke vertreten ist, daß, wenn im übrigen die Ausgabe rechtmäßig erfolgt ist, die Aktien nicht deswegen ungültig sein können, weil bei der Schaffung der Aktien irgendeine gesetzliche Vorschrift nicht beachtet worden ist). Nur wird man annehmen müssen, daß, wenn der Generalversammlungsbeschluß, auf Grund dessen die Ausgabe erfolgt ist, für nichtig erklärt wird, auch die ausgegebenen Aktien nicht als rechtsbeständig angesehen werden können. Eine allgemeine Vorschrift, daß Eintragung Nichtigkeiten heilt, gibt es nicht (vgl. Anm. 7 zu § 277 und die dort zitierten Anm.). Anm. 3.

Dagegen macht die nachherige Eintragung die vorher ausgegebenen und daher nichtigen Aktien nicht gültig. Dies hatte zwar RG. 10, 72 angenommen, aber dieser Entscheidung war nicht beizutreten. Der Aktionär hat aber das Recht auf Ausstellung einer richtigen Urkunde (vgl. näheres hierüber Anm. 10 zu § 209). Anm. 4.

3. **Übrigens entstehen die neuen Aktienrechte schon durch die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung,** nicht erst durch die Ausgabe der Aktienurkunden. Dies ist in Konsequenz des Reichsgerichtsurteils Bd. 31, 17 anzunehmen. Die Aktienurkunden können rechtsgültig erst nach der Eintragung ausgegeben werden. Die Aktienrechte aber bestehen schon mit der Eintragung und damit auch das Stimmrecht und das Dividendenrecht. Die Legitimation muß erforderlichenfalls auf andere Weise geführt werden (vgl. Anm. 11 zu § 179). Ob auch eine Veräußerung der Aktien vor dem Bezuge der Aktien zulässig, darüber vgl. Anm. 11 zu § 179, Makower I 660. Anm. 5.

Andererseits aber ist die Kapitalserhöhung als erfolgt erst mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung anzusehen. § 284 spricht allerdings von „erfolgter Erhöhung", aber sicherlich nur infolge inkorrekter Ausdrucksweise. § 287 ergibt seinem Ausdruck und seinem Inhalt nach das zweifellose Resultat, daß vor der Eintragung des Durchführungsbeschlusses das Aktienkapital nicht erhöht ist (so Rehm 384 ff.; während Simon 211 ungenau von Erhöhung durch Zeichnung der Aktien und Annahme derselben durch die Gesellschaft spricht). Erst mit diesem Zeitpunkte wird daher das Aktienkapital bilanzmäßig zu ändern sein.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Vorschriften gelten auch für bestehende Gesellschaften (vgl. Anm. 1—4 zu § 178). Soweit freilich bei früheren Gesellschaften eine unzulässige Ausgabe von Aktien vor der Eintragung bereits stattgefunden hat, bleibt diese auch nach dem 1. Januar 1900 gültig, wenn man der oben zitierten Entscheidung des Reichsgerichts (Anm. 1) folgt, das die herrschende Meinung (gegen 5. Aufl. § 6 zu Art. 215c) für sich hatte. Anm. 6.

§ 288.

Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung § 288.

§ 288. vertretenen Grundkapitals umfaßt. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Durch den Beschluß muß zugleich festgesetzt werden, zu welchem Zwecke die Herabsetzung stattfindet, insbesondere, ob sie zur theilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erfolgt, und in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese Beschlußfassung finden die Vorschriften des Abs. 1 und des § 275 Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

Einleitung. **Die §§ 288—291 handeln von der Herabsetzung des Grundkapitals.** Eine Art derselben ist die Amortisation, die in § 227 behandelt ist (vgl. Anm. 1 und 7 dort).

I. Vorbemerkungen.

Anm. 1. 1. **Die wirtschaftliche Bedeutung der Kapitalsherabsetzung.** Die Grundkapitalsziffer ist ein ständiger Passivposten in der Bilanz. Da nur der Überschuß der Aktiva über die Passiva verteilt werden darf, so ist dieser Passivposten das zahlenmäßige Hilfsmittel, um die Verteilung von Gesellschaftsvermögen unter die Aktionäre so lange zu verhindern, bis die Gesellschaft so viele Werte aufgespart hat, daß diese außer dem Betrage aller übrigen Passivposten auch den Betrag der Grundkapitalsziffer erreichen. Die Aktienkapitalsziffer ist nun allerdings ein ständiger Passivposten, aber unbedingte Ständigkeit ist nicht erforderlich und nicht wünschenswert. Es kann nämlich Fälle geben, die es wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen lassen, die Grundkapitalsziffer zu verringern. Das Gesetz trägt diesen Fällen Rechnung, indem es im Wege der Kapitalsherabsetzung die Herabsetzung der Grundkapitalsziffer gestattet, aber nur, soweit dies ohne Benachteiligung der Interessen der Gläubiger geschehen kann. Deshalb sind, soweit eine solche Benachteiligung möglich ist, eine Reihe von Schutzvorschriften zu beobachten.

Anm. 2. Das Gesetz gestattet jede Kapitalsherabsetzung, soweit nicht Amortisation der Aktien aus dem Gewinn erfolgt (§ 227), nur in den Formen der §§ 288 ff. Rechtlich liegt daher ein einheitlich zu behandelndes Institut vor. Wirtschaftlich dagegen kann die Herabsetzung zwei gänzlich verschiedenen Zwecken dienen. Liegt eine Unterbilanz vor, oder sind die Aktivwerte gemindert oder von Anfang an zu hoch aufgenommen, so wird, wenn die Grundkapitalsziffer unverändert bleibt, die Dividendenaussicht geschmälert. Z. B. eine Gesellschaft, die 500000 Mark Kapital besitzt, hat 100000 Mark Verluste gehabt; sie verdient jährlich 20000 Mark: diese kann sie fünf Jahre lang nicht verteilen. Sie hilft sich durch Herabsetzung des Kapitals auf 400000 Mark und kann dann die Verteilung schon im ersten Jahre vornehmen. Diese Art der Herabsetzung kann man, da eine Zurückzahlung von Kapital nicht erfolgt, *ziffernmäßige* nennen. Eine derartige rein ziffernmäßige Herabsetzung liegt auch in der Umwandlung eines Teils des Grundkapitals in einen Reservefonds (vgl. hierüber Anm. 14).

Anm. 3. Ein anderer wirtschaftlicher Anlaß zur Kapitalsherabsetzung ist die Überflüssigkeit eines Teiles des vorhandenen Kapitals. Wenn z. B. das von der Gesellschaft betriebene Geschäft mit einem Betriebskapital von 500000 Mark sehr gut gewinnbringend geführt werden kann, während das eingezahlte und noch vorhandene Aktienkapital 750000 Mark beträgt, so ist der Wunsch der Aktionäre, den für den Betrieb überflüssigen Teil des Gesellschaftsvermögens ausgezahlt zu verlangen, wirtschaftlich wohl berechtigt. Der Erfüllung dieses berechtigten Wunsches dient die Kapitalsherabsetzung. Das Aktienkapital wird in solchem Falle auf 500000 Mark herabgesetzt und der hierdurch entstehende Überschuß der Aktiva über die Passiva von 250000 Mark wird unter die Aktionäre verteilt. Hier tritt wirkliche Rückzahlung eines Teiles des Grundkapitals ein; diese Art der Herabsetzung ist daher eine *effektive*.

Übrigens sind solche Kapitalsrückzahlungen nicht notwendig ein Zeichen unvorteilhafter Geschäftsführung. Große Terraingesellschaften verfahren z. B. häufig so, daß sie nach vorteilhafter Verwertung eines Teils ihrer Terrains den dadurch verfügbar und überflüssig gewordenen Teil der Gesellschaftskapitalien zurückzahlen. Sie werden häufig mit dem Plan gegründet, lediglich ein bestimmtes Terrain durch Veräußerung zu verwerten. Das durch teilweise Erreichung ihres Planes erzielte Kapital wird frei, und es liegt lediglich in der Tendenz einer solchen Gesellschaft, es zurückzuzahlen, was wiederum nur durch entsprechende Kapitalsherabsetzung erfolgen kann, da nur dadurch ein entsprechender Überschuß der Aktiva über die Passiva bilanzmäßig erzielt wird. Ein anderer Fall ist der, daß eine Gesellschaft einen ihrer Betriebszweige vorteilhaft in Bausch und Bogen veräußert, während das dadurch erzielte Kapital für ihre sonstigen Betriebszweige nicht erforderlich ist, auch nicht beliebt wird, mit Hilfe des Kaufpreises einen anderen Betriebszweig neu zu eröffnen. Auch in solchem Falle ist die einzige rationelle Verwendung des frei werdenden Kapitals die Rückzahlung an die Aktionäre, die wiederum nur im Wege der Kapitalsherabsetzung erfolgen kann, da nur auf diese Weise der bilanzmäßige Überschuß der Aktiva über die Passiva, die notwendige Voraussetzung für die Verteilbarkeit von Werten, hergestellt wird. § 288. Anm. 4.

2. **Die rechtliche Bedeutung der Kapitalsherabsetzung.** Jede Kapitalsherabsetzung hat die Wirkung, daß die Ziffer des Aktienkapitals entsprechend verringert und hierdurch das Zahlenverhältnis der Aktiva zu den Passiva verschoben wird. Sie ist also ein zahlenmäßiges Mittel, um die Bilanz anders zu gestalten, und, da an die verschiedenen Gestaltungen der Bilanz sich weitere Folgerungen anschließen, so ist sie das zahlenmäßige Mittel, um diese weiteren Folgerungen zu ermöglichen. Welche Folgerungen das sind, ist zu 1 dargestellt. Anm. 5.

Indessen das ist nur die Wirkung der Kapitalsherabsetzung. Damit ist noch nicht die Frage nach dem juristischen Wesen der Kapitalsherabsetzung selbst beantwortet. Liegt darin eine Veränderung der Gesellschaft selbst? oder eine Veränderung der Aktienrechte? und ev. welcher Art ist dieselbe? Anm. 6.

Der Gedanke, daß in der Kapitalsherabsetzung eine Veränderung oder teilweise Auflösung der Gesellschaft liegt, ist kurzer Hand abzuweisen. Die Gesellschaft bleibt dieselbe. Demnach ist jede Kapitalsherabsetzung, indem sie sonst die Gesellschaft in ihrer Rechtsform unberührt läßt, eine Verminderung der Grundkapitalsziffer. Dagegen wirken die einzelnen Arten derselben verschieden auf das Aktienrecht des einzelnen Aktionärs. Die Arten der Herabsetzung sind: Anm. 7.

a) Verminderung des Nennwerts der Aktien;
b) Verminderung der Zahl der Aktien durch Zusammenlegung, Umtausch, Stempelung oder ein ähnliches Verfahren;
c) Einziehung einzelner Aktien.

Bei den zu a und b bezeichneten Arten wird das Aktienrecht nicht vernichtet. Vielmehr bleibt im Falle dieser Herabsetzung das Aktienrecht dasselbe d. h. identisch. Auch die Stärke des Aktienrechts, sein rechtlicher Inhalt, das Maß der in ihm verkörperten Rechte, ändert sich nicht notwendig: die Anteilsquote ändert sich durch die Veränderung der Ziffer nicht notwendig (ROHG. 25, 264; RG. in JW. 96, 6). Beträgt z. B. die Ziffer des Aktienkapitals 30000 Mk., so ist der Eigentümer einer Aktie von 3000 Mk. mit $^1/_{10}$ an der zu verteilenden Gewinn- und Liquidationsmasse beteiligt. Wird nun die Gesamtziffer des Grundkapitals auf 10000 Mk. herabgesetzt und somit der Betrag der einzelnen Aktie auf 1000 Mk., so bleibt jene Beteiligungsquote $^1/_{10}$, also unverändert. Nur die Signatur der Aktien wird auch in solchen Fällen eine andere, sie sieht nunmehr aus, als sei sie eine solche, auf welche nur 1000 Mk. eingezahlt wären, und diese veränderte Signatur übt oft auf die Wertschätzung im Aktienverkehr Einfluß aus. Anm. 8.

Auch im Falle der Zusammenlegung liegt die Sache nicht anders. In der aus der Zusammenlegung hervorgehenden Aktie sind die früheren mehreren Aktienrechte vereinigt, sie

§ 288. repräsentiert die früheren mehreren Einzelrechte in ihrer Vereinigung. Nur die Ziffer der vereinigten Aktienrechte ist herabgesetzt.

Ebensowenig, wie die Identität, ändert sich ferner notwendig der Umfang des Rechts. Allein die Stärke des Rechts ändert sich zwar nicht gerade notwendig, d. h. nicht immer, aber doch oft und zwar durch das Mitwirken anderer Umstände, nämlich dann, wenn die herabgeminderte Aktie in Konkurrenz mit Aktien anderer Gattung oder anderen Nennwerts tritt. In diesem Falle gewährt naturgemäß eine Aktie von geringerem Nennwert in mannigfacher Hinsicht, je nach dem Inhalte der betreffenden Statuten, geringere Rechte, als eine Aktie von größerem Nennwerte. Wenn z. B. Aktien von 3000 Mk. vorhanden sind und ein Teil davon wird in Aktien von 1000 Mk. herabgesetzt, so gewährt jede Aktie der letzteren Art nunmehr nur noch eine Stimme, während die Aktien der ersteren Art je drei Stimmen gewähren, und ebenso liegt es auf der Hand, daß, wenn der Prozentsatz der Gewinnbeteiligung in Aktienbeträgen ausgedrückt ist, auf eine Aktie von 1000 Mk. eine geringere Dividende entfällt, als auf eine Aktie von 3000 Mk.

Anm. 9. Anders liegt die Einwirkung der Herabsetzung auf die Rechte des einzelnen Aktionärs, wenn sie durch Einziehung einzelner Aktien erfolgt. Durch die unsystematische Behandlung dieser Art der Herabsetzung in § 227 herrscht hierüber große Unklarheit. Geht man aber davon aus, daß die Einziehung von Aktien lediglich eine Unterart der Kapitalsherabsetzung ist, die nur dadurch besonders erschwert ist, daß in diesem Fall nicht alle Aktionäre gleichmäßig betroffen werden, sondern einzelne ihr Aktienrecht durch Auszahlung ihres Anteils oder auf andere Weise aufgeben, so kommt man leicht zur Lösung der Schwierigkeiten. Auszuscheiden ist zunächst die Amortisation aus dem Reingewinn. Sie bewirkt zwar auch eine Herabsetzung des Grundkapitals; sie erfolgt aber nach der positiven Bestimmung des § 227 nicht in den Formen des § 288. Jede andere Art der Amortisation aber erfordert zunächst die Beobachtung der Vorschriften der §§ 288 ff. Sie erfordert aber, weil sie eben nur einzelne Aktionäre betrifft, mehr: nämlich, soweit sie nicht durch freiwillige Handlungen geschieht, eine Bestimmung des Statuts (§ 227). Liegt eine derartige Bestimmung des ursprünglichen oder gemäß § 227 abgeänderten Statuts vor, so ist die Gesellschaft in der Lage, die Herabsetzung derart durchzuführen, daß sie einzelne Aktien amortisiert. Dies bewirkt dann, daß die Mitgliedschaftsrechte der Besitzer dieser amortisierten Aktien erlöschen (vgl. über diese Frage Lehmann-Ring Nr. 1; Rehm 401, 3; Pinner 268).

Anm. 10. 3. **Gang der Kapitalsherabsetzung.**

a) Zunächst hat die Generalversammlung die Kapitalsherabsetzung zu beschließen (§ 288).

b) Sodann erfolgt die Anmeldung dieses Beschlusses gemäß § 289.

c) Alsdann erfolgt die Aufforderung an die Gläubiger gemäß § 289 Abs. 2.

d) Wann die erfolgte Herabsetzung anzumelden ist, darüber s. zu § 291.

e) Vor Auszahlungen an die Aktionäre ist das Sperrjahr abzuwarten und sind die Gläubigerschutzvorschriften zu beachten (§ 289 Abs. 3 und 4).

II. Die Erläuterung des § 288.

Anm. 11. **Der vorliegende Paragraph bestimmt die Erfordernisse des Herabsetzungsbeschlusses,** und zwar in Abs. 1 die Abstimmungsvorschrift, im Abs. 2 den Inhalt des Beschlusses, im Abs. 3 eine besondere Mehrheit beim Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen.

1. **Vorauszuschicken ist, daß keine Kapitalsherabsetzung erfolgen kann durch Herabsetzung des Nennwerts der Aktien unter 1000 Mk. bzw. (bei vinkulierten Aktien) unter 200 Mk.** Ferner ist vorauszuschicken, daß die Ankündigung der Tagesordnung gemäß § 274 Abs. 2 den wesentlichen Inhalt des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses (z. B. Herabsetzung des Grundkapitals um 300000 Mark durch Zusammenlegung der Aktien im Verhältnis von 3:1) enthalten muß. Auch der Zweck der Herabsetzung muß, wie entgegen 6./7. Auflage anzunehmen ist, angegeben werden, da nur aus ihm der Aktionär ersehen kann, ob eine Verteilung von

Aktienkapital oder eine Sanierung des Unternehmens beabsichtigt ist. Es muß also gesagt **§ 288.** werden: zur Beseitigung einer Unterbilanz oder zur Rückzahlung an die Aktionäre (Leist, Sanierung 70). Auch ist ev. die Änderung des von der Herabsetzung des Grundkapitals betroffenen Statutenparagraphen anzukündigen und endlich auf die Sonderabstimmung der mehreren Aktiengattungen hinzuweisen.

2. (Abs. 1.) **Die regelmäßige Abstimmungsvorschrift** ist das Vorhandensein einer Mehrheit von Anm. 12. mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (was das bedeutet, darüber s. Anm. 4 zu § 251). Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse festsetzen, insbesondere doppelte Generalversammlung, Einstimmigkeit. Das Statut kann nicht die Erfordernisse herabmindern. Wenn das Statut für Statutenänderungen an sich höhere Erfordernisse aufstellt, so bedarf auch der Herabsetzungsbeschluß dieser höheren Erfordernisse. Denn er ist ja eine Art Statutenänderung (Anm. 1 zu § 274), woraus insbesondere folgt, daß nur die Generalversammlung die Kapitalsherabsetzung beschließen, sie auch keinem anderen Organ übertragen kann, da keine bloße Fassungsänderung vorliegt. Falls, was an sich zulässig ist, nur ein Teil der Aktien im Nennwert herabgesetzt werden soll, so müssen alle hiervon betroffenen Aktionäre zustimmen, denn dieser Beschluß verletzt das Sonderrecht auf gleiche Behandlung aller (vgl. Anm. 9 zu § 250).

3. (Abs. 2.) **Der Inhalt des Beschlusses.** Er muß ergeben, daß das Kapital herabgesetzt werden Anm. 13. soll und um welchen Betrag, jedenfalls müssen die Faktoren angegeben werden, aus denen sich die Bestimmung dieses Betrages ergibt. Es darf jedenfalls nicht der Willkür der Gesellschaftsorgane überlassen werden, um welchen Betrag die Herabsetzung erfolgen soll (vgl. RG. 26, 132).

Der Beschluß muß ferner notwendig ergeben, zu welchem Zwecke die Herabsetzung er- Anm. 14. folgen soll (zur Rückzahlung bzw. Zurückgabe von Einlagen oder sonstigen Werten — auch das letztere ist zulässig —; zur Befreiung der Aktionäre von rückständigen Einzahlungen oder Einbringungen: zur Tilgung einer Unterbilanz; zur Verwandlung eines Teils des Grundkapitals in einen Reservefonds).

Bei der Herabsetzung wird der Zweck, wenn keine Unterbilanz zu tilgen ist, oft sein, einen buchmäßigen Gewinn zu machen, wenn z. B. Aktien unter pari zurückgekauft werden. Dieser Disagiogewinn darf in entsprechender Anwendung des § 262 Abs. 3 nicht verteilt werden, sondern muß, falls er nicht zu Abschreibungen oder Deckung von Verlusten verwendet wird, dem gesetzlichen Reservefonds zufließen. In diesem Fall verwandelt sich also ein Teil des Grundkapitals in den gesetzlichen Reservefonds. So weit die Herabsetzung erfolgt, ohne daß ein Disagiogewinn erfolgt, z. B. wenn die Aktien zusammengelegt werden, kann der frei werdende Teil des Grundkapitals zu einem freiwilligen Reservekonto bestimmt werden.

Es können auch mehrere Zwecke zugleich verfolgt werden.

Der Beschluß muß endlich angeben, in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist (durch Verminderung des Nennbetrages bis zu 1000 Mk. bzw. unter 1000 Mk. unter gleichzeitiger Vinkulierung gemäß § 180 oder durch Zusammenlegung oder durch Einziehung einzelner Aktien). Aber die Einzelheiten der Ausführung braucht (anders Makower I 681 und Lehmann-Ring Nr. 7) der Beschluß nicht zu enthalten, also z. B. nicht, wie die Herabsetzung äußerlich kenntlich zu machen ist, ob bei der Zusammenlegung statt der alten Exemplare neue ausgefertigt oder die alten abgestempelt werden sollen; ob der Teil, der hierbei wertlos wird, abgeliefert und vernichtet, ob der gültig bleibende abgestempelt werden soll; in welcher Weise die Rückzahlung erfolgen soll oder gar in welcher Weise die Mittel zur Rückzahlung beschafft werden sollen (ebenso Leist, Sanierung 74 und LG. Hamburg bei Bauer 10, 254; dagegen Goldmann Anm. 16). Derartige Einzelausführungen kann der Beschluß enthalten, sie können aber auch den Gesellschaftsorganen überlassen werden. Auch aus § 290 Abs. 1 folgt das Gegenteil nicht; indem die Herabsetzung durch Zusammenlegung beschlossen ist, ist damit ohne weiteres eine Verminderung der Aktienzahl durch Umtausch, Stempelung oder ein

§ 288. ähnliches Verfahren vorgesehen. Nur, ob Amortisation, Zusammenlegung, Verminderung des Nennbetrages beabsichtigt ist, muß unbedingt von der Generalversammlung beschlossen werden.

Anm. 15. Die Regel, daß eine **Delegation** an andere Organe nicht geschehen darf, wird in der Praxis durchbrochen. Ähnlich, wie bei der Kapitalserhöhung (vgl. Anm. 9 zu § 278, sowie im Anschluß an die Praxis, die bedingte Beschlüsse für zulässig erklärt (KGJ. 28 A S. 224, wird zugelassen, daß die Generalversammlung die Herabsetzung nicht um einen, sondern bis **zu einem bestimmten Betrag** beschließt (BayObLG. bei Holdheim 1, 107; KGJ. 16. 22; OLG. Dresden bei Bauer 6, 76; Leist, Sanierung 73; Simon 211; Lehmann-Ring Nr. 5; dagegen Lehmann II 635). Eine derartige Fassung des Beschlusses ist nötig z. B., wenn es sich um Einziehung von Aktien, die erst versucht werden soll, oder um Bezugsrechte von Aktionären, soweit dies überhaupt zulässig ist, handelt. Nur muß auch hier das Organ, das die endgültige Ziffer zu bestimmen hat, mit fester Anweisung versehen, und insbesondere eine Zeitgrenze festgesetzt werden (vgl. Anm. 9 zu § 278).

Dagegen kann es nicht für zulässig erachtet werden, daß die anderen Organe bestimmen sollen, in welcher Weise die Herabsetzung zu erfolgen hat, ob etwa durch Einziehung oder Zusammenlegung. Es ist dies nur insoweit zulässig, als die Generalversammlung bestimmt, daß die Kapitalsherabsetzung in einer gewissen Weise, z. B. durch freihändigen Ankauf der Aktien geschieht und daß, falls dies innerhalb bestimmter Frist nicht möglich ist, Zusammenlegung stattfinden soll. Einfach dem Ermessen anderer Organe kann aber die Bestimmung der Art der Kapitalsherabsetzung nicht überlassen werden; dies widerspricht dem Abs. 2 dieses Paragraphen (vgl. Leist, Sanierung 74 und RG. 26, 132).

Anm. 16. Ist nach obigen Erläuterungen **ein Teil des Beschlusses ungültig**, so ist der ganze Beschluß unwirksam (LG. Dresden bei Bauer 7, 248 und Anm. 23 zu § 273).

Anm. 17. Ist ein Herabsetzungsbeschluß ergangen und eingetragen, so ist, soweit durch die Eintragung dieses Beschlusses das Kapital herabgesetzt ist (vgl. Anm. 7ff. zu § 291), der Beschluß nicht lediglich im Wege der **Statutenänderung** zu beseitigen; es muß vielmehr das Kapital erhöht werden. Ist Eintragung noch nicht erfolgt, so kann der Beschluß im Wege der Statutenänderung wieder aufgehoben werden (Lehmann II 637; Leist, Sanierung 93).

Anm. 18. 4. (Abs. 3.) **Besondere Vorschrift bei mehreren Aktiengattungen.** Hier muß außer dem Gesamtbeschlusse der Aktionäre noch jede Gattung besonders zustimmen. Auch diese Beschlüsse müssen die in Abs. 1 angeordnete qualifizierte Mehrheit haben. Auch hier ist besondere Ankündigung erforderlich, wie im § 275, aber nicht besondere Generalversammlung.

Über diese Sonderbeschlüsse s. ausführlich Anm. 4—6 zu § 275.

Anm. 19. **Zusatz 1. In dem Beschlusse auf Kapitalsherabsetzung wird gleichzeitig zweckmäßigerweise auch der Aufsichtsrat beauftragt werden, nach der durchgeführten Kapitalsherabsetzung das Statut entsprechend abzuändern.** Das ist nach § 274 zulässig, und es ist zweckmäßig, damit auch im Statute die Ziffer des Grundkapitals berichtigt werde. Denn die Anmeldung im § 291 führt nur zur Berichtigung der im Handelsregister eingetragenen Grundkapitalsziffer, der Gesellschaftsvertrag wird dadurch allein in seiner Fassung noch nicht geändert. Zur Gültigkeit oder Wirksamkeit des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses und seiner Ausführung gehört das allerdings nicht. Mit der durchgeführten Kapitalsherabsetzung (wann diese eintritt, darüber s. Anm. 7ff. zu § 291) ist vielmehr die Grundkapitalsziffer entsprechend geändert (vgl. auch zu § 291).

Anm. 20. **Zusatz 2. Über Kapitalsherabsetzungen im Zusammenhang mit Kapitalserhöhungen oder mit der Schaffung von Vorzugsaktien** s. Anm. 13ff. zu § 290.

Anm. 21. **Zusatz 3. Über Stempelfragen** s. Anm. 16 zu § 290.

Anm. 22. **Zusatz 4. Über Übergangsfragen** s. Anm. 17 zu § 290.

Anm. 23. **Zusatz 5. Über steuermäßige** Behandlung der buchmäßigen Gewinne bei Kapitalsherabsetzung und des Disagios vgl. Rehm 460ff.

Anm. 24. **Zusatz 6. Für Notariatskosten** bei Beschlüssen auf Herabsetzung des Grundkapitals ist stets der Betrag zugrunde zu legen, um den das Kapital herabgesetzt wird (KGJ. 22 B S. 26).

§ 289.

Der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. § 289.

Der Vorstand hat unter Hinweis auf die beschlossene Herabsetzung des Grundkapitals nach der Eintragung des Beschlusses die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Zahlungen an die Aktionäre dürfen auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erst erfolgen, nachdem seit dem Tage, an welchem die im Abs. 2 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist und nachdem die Gläubiger, die sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt worden sind. Eine durch die Herabsetzung bezweckte Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen auf die Aktien tritt nicht vor dem bezeichneten Zeitpunkt in Wirksamkeit.

Der vorliegende Paragraph schreibt vor, was auf Grund des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses seitens der Organe zu geschehen hat.

1. (Abs. 1.) **Der Beschluß ist von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes** (nicht auch des Aufsichtsrats) **zum Handelsregister anzumelden.** Erst durch die Eintragung wird der Beschluß wirksam. Denn er enthält ja eine Statutenänderung, mindestens eine bedingte (vgl. Anm. 1 zu § 274). Ob damit das Grundkapital schon herabgesetzt ist, darüber s. Anm. 7 ff. zu § 291. — Entspricht der Beschluß nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, so hat der Registerrichter die Eintragung abzulehnen (vgl. über Prüfungsrecht und -pflicht des Registerrichters Anm. 21 ff. zu § 273 und Anm. 7 zu § 277); aber er darf nicht etwa die Eintragung ablehnen, weil die Gläubigerschutzvorschriften nicht beobachtet sind (KGJ. 9, 20; vgl. Anm. 15 zu § 291). — Die Anmeldung und Eintragung erfolgt auch bei dem Gericht jeder Zweigniederlassung und zwar erst nach erfolgter Eintragung in das Hauptregister (§ 13); auch hier erfolgt die Anmeldung durch sämtliche Vorstandsmitglieder, da § 15 Platz greift und eine dem § 286 entsprechende Ausnahme hier nicht gegeben ist (Litthauer-Mosse Anm. 1). — Ein Zwang zur Anmeldung besteht nicht bei der Hauptniederlassung, wohl aber für die Zweigniederlassung §§ 14, 319 Abs. 2). § 289 ist zwar in § 319 Abs. 2 nicht besonders erwähnt; es genügte aber die Erwähnung von § 277, da ein Fall der Statutenänderung vorliegt. Die überflüssige Heranziehung des § 280 in § 319 ist als Argument hiergegen nicht zu verwenden. Es sollten alle die Fälle in Abs. 2 des § 319 getroffen werden, in denen der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängt (D. 187), und dies trifft bei allen Statutenänderungen zu. Anm. 1.
2. (Abs. 2.) **Alsdann müssen die Schutzvorschriften für die Gläubiger beobachtet werden,** insbesondere die Aufforderung an die Gläubiger und die Befriedigung oder Sicherstellung der sich meldenden Gläubiger, soweit deren Forderung vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet ist; die später entstandenen Forderungen haben gleiche Rechte nicht. Anm. 2.

a) Hand in Hand und gleichzeitig hiermit kann das zum Zwecke der Ausführung der Kapitalsherabsetzung Zweckdienliche erfolgen: die Aufforderung an die Aktionäre, ihre Aktien zum Zwecke der Abstempelung einzureichen; im Fall der Amortisation

§ 289. auch die Unterhandlungen und Abschluß von Verträgen über den Ankauf der Aktien; im Falle der Zusammenlegung die Aufforderung zur Einreichung der Aktien; im Falle der Zulassung von Zahlungstransaktionen die Aufforderung zur Einzahlung usw. Es braucht nicht etwa die Erledigung der zum Schutze der Gläubiger vorgeschriebenen Maßregeln und das Sperrjahr abgewartet zu werden, um die Kapitalsherabsetzung durchzuführen. Nur der Akt, der die Gläubiger schädigen könnte, nämlich die Rückzahlung oder die Befreiung muß bis nach Erledigung jener Schutzmaßregeln und bis nach Ablauf eines Sperrjahres hinausgeschoben werden (Abs. 3). Siehe Anm. 10.

Anm. 3. b) (Abs. 2.) Die Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden. Die Aufforderung setzt die Eintragung des Beschlusses am Sitze der Gesellschaft voraus. Sie hat den Hinweis auf die beschlossene Herabsetzung des Grundkapitals zu enthalten und muß dreimal in den Gesellschaftsblättern veröffentlicht werden, natürlich in Zwischenräumen, jedoch sind bestimmte Zwischenräume nicht vorgeschrieben, so daß es genügt, wenn die Bekanntmachung nur in verschiedenen Nummern derselben Zeitung erfolgt (als verschiedene Nummern gelten auch die Früh- und die Abendnummer). Die bekannten Gläubiger sind durch besondere Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern.

Die Beobachtung dieser Vorschriften ist sehr wichtig, da sonst den Gesellschaftsorganen die Haftung aus § 241 Nr. 1, 2 und 5 bzw. § 249 droht, den Aktionären die Rückzahlung nach § 217 (vgl. unten Anm. 12). Nach der Fassung des Gesetzes ist die öffentliche Aufforderung nötig, selbst wenn alle Gläubiger bekannt sind.

Anm. 4. c) (Abs. 3.) Den Gläubigern, die sich melden, und deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet waren, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten (Gläubiger können bei Begründung ihrer Forderung oder später auf das Recht verzichten, wie dies häufig bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen geschieht, vgl. Leist, Sanierung 78, 5). Die Meldung geschieht formlos. Die Forderung braucht nicht gerade fällig zu sein, es genügt, daß sie vor jenem Zeitpunkte begründet war, d. h. ihr Grund muß in Tatsachen liegen, die vorher eingetreten waren. Ist dies der Fall, so kann sie bedingt, befristet oder von einer Gegenleistung abhängig sein (vgl. den gleichen Ausdruck im § 404 BGB. und Planck Anm. 1 dazu). Ob Befriedigung oder Sicherheit geleistet wird, ist für die Frage der Verteilung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre gleichgültig. Auch wenn ein Streit zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft darüber entsteht, ob im gegebenen Falle Befriedigung oder Sicherheit zu leisten ist, so wird dadurch das Recht der Verteilung nach Abs. 4 nicht aufgehalten. Eines von beiden, Befriedigung oder Sicherheitsstellung, muß nur erfolgen. — Auch verwandelt sich der Charakter der Forderung durch die Herabsetzung des Grundkapitals nicht. Weder werden Holschulden zu Bringschulden, noch werden längere Verträge dadurch einem vorzeitigen Ende zugeführt, noch befristete Forderungen fällig (ROHG. 24, 245; RG. 5, 7; 9, 14), noch liegt an sich ein Arrestgrund vor, sondern höchstens bei Verletzung der Schutzvorschriften (ROHG. 23, 150). Nur auf Grund des § 321 BGB. wird ein Recht auf Zurückbehaltung angenommen werden können, wenn die Kapitalsherabsetzung eine wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse der Gesellschaft bedeutet, was aber wohl selten der Fall sein wird (vgl. Pinner 272; dagegen Lehmann-Ring Nr. 5) Andererseits ist das Verlangen auf Sicherheitsleistung nicht etwa an eine nachweisbare Gefährdung des Rechts, sondern allein an die Tatsache der Kapitalsherabsetzung geknüpft (Pinner 272). — Die Gläubigerschutzvorschrift ist bei allen Arten der Kapitalsherabsetzung zu beachten, also z. B. auch, wenn mit dem Betrag, um den das Kapital herabgesetzt wird, der Reservefonds dotiert wird. Der Reservefonds hat nicht die Festigkeit des Grundkapitals; er kann ausgeschüttet werden, bietet also den Gläubigern geringere Sicherheit, wie das Grundkapital.

Anm. 5. Wie Sicherheit zu leisten ist, darüber bestimmen die §§ 232 ff. BGB. Dabei ist hervorzuheben, daß mit Wertpapieren, auch wenn es sich um Schuldverschreibungen des Deutschen Reichs oder der Bundesstaaten handelt, nur mit ³/₄ des Kurswerts Sicherheit be-

stellt werden kann (§ 234 Abs. 3, § 236 BGB.). Wenn die Forderung bestritten wird, **§ 289.** so ist der Betrag nicht etwa notwendig zu hinterlegen, wie dies früher vorgeschrieben war. Vielmehr haben die Gesellschaftsorgane mit der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleute den Rechtsbestand der Forderung zu prüfen und hiernach zu verfahren. Das beste wird sein, wenn sie in solchem Falle unter Darlegung des Sachverhältnisses Rechtsgutachten von geeigneter Seite einholen. Alsdann wird ihnen wohl kaum ein Verstoß gegen §§ 241 und 249 vorzuwerfen sein (vgl. Anm. 2 zu § 241). Wie steht es hinsichtlich der Gläubiger, die bereits eine Sicherheit besitzen? Der Umstand allein, daß ein Gläubiger eine Sicherheit bereits besitzt (z. B. ein Hypothekengläubiger), befreit von der Stellung einer Sicherheit dann nicht, wenn die bestehende nicht genügt, oder angesichts der Herabsetzung nicht mehr genügt (für Hypothekenbanken vgl. § 47 Ges. v. 13. Juli 1899). Dabei ist zu berücksichtigen, daß die bestehende Sicherheit das normale Leben der Gesellschaft zur Voraussetzung hat. Ob sie bei der Herabsetzung des Grundkapitals infolge der dadurch erzielten Erleichterung der Verteilungsmöglichkeit von Gesellschaftsvermögen unter die Aktionäre noch angemessen ist, ist eine andere Frage. Anders bei rein dinglichen Verpflichtungen, wie Grundschulden. Hier kann eine verstärkte Sicherheit nicht gefordert werden.

Anm. 6. Die Gläubiger haben ein Klagerecht auf Befriedigung oder Sicherstellung nach Wahl der Gesellschaft (vgl. unten Anm. 12).

Anm. 7. Meldet sich ein Gläubiger nicht, so ist von seiner Befriedigung oder Sicherstellung die Verteilung nach Abs. 4 nicht abhängig. Seines Anspruchs geht der Gläubiger dadurch natürlich nicht verlustig. Nur sein Anspruch auf Befriedigung oder Sicherstellung auf Grund der erfolgten Herabsetzung ist erloschen (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 4; Staub GmbH. § 58 Anm. 20 und Goldmann Anm. 10).

Anm. 8. Auch die Erfüllung der Vorschrift des Abs. 3 ist wichtig, auch hier droht den Gesellschaftsorganen die Haftung nach §§ 241 Nr. 1, 2 und 5 und 249 (vgl. Anm. 12).

Anm. 9. d) (Abs. 4.) **Außerdem muß, ehe die Verteilung nach Abs. 4 erfolgt, das sog. Sperrjahr abgelaufen sein,** d. h. ein Jahr nach der dritten Bekanntmachung der im Abs. 2 vorgeschriebenen Aufforderung. Es müssen also 1. die Gläubiger gemäß Abs. 2 öffentlich aufgefordert, 2. die, die sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt sein, und es muß 3. seit der dritten Aufforderung ein Jahr verstrichen sein. Zu beachten ist hierbei, daß das Erfordernis zu 1 nur in der öffentlichen Aufforderung besteht, die Einzelaufforderung bekannter Gläubiger ist nicht für den Beginn und Ablauf des Sperrjahres wesentlich.

Anm. 10. 3. **Erst nach Erledigung der Anm. 9 erwähnten Schutzvorschriften dürfen Zahlungen an die Aktionäre auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen;** ebenso tritt eine Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einzahlungen erst dann in Wirksamkeit. Ferner kann erst dann bei der Amortisation durch Ankauf die Gegenleistung für die erworbenen Aktien an die Verkäufer ausgezahlt werden, erst von da ab dürfen die etwa auf Grund der herabgesetzten Grundkapitalsziffer auf die Aktionäre entfallenen Dividenden ausgezahlt werden. Durch vorherige Zahlungen würden sich die Gesellschaftsorgane haftbar machen (vgl. Anm. 12). Dividenden, die ohne Rücksicht auf die durch die Kapitalsherabsetzung frei gewordenen Beträge beschlossen sind, können auch vor Ablauf des Sperrjahres verteilt werden; denn nur die „auf Grund der Herabsetzung" erfolgenden Zahlungen sind aufgeschoben.

Anm. 11. Über die Rechtsstellung der Aktionäre in betreff der an sie zu leistenden Zahlungen während des Sperrjahres vgl. Anm. 19 zu § 291; über die Frage, wann das Kapital als herabgesetzt gelte, vgl. Anm. 7 ff. zu § 291.

Anm. 12. 4. **Die Gläubiger haben auf Inhaltung der Vorschriften ein Klagerecht.** Sie können auch durch einstweilige Verfügungen die ohne Beobachtung dieser Vorschriften erfolgende Herabsetzung hindern. Aus der Zahlung an die Aktionäre, die ohne Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgt ist, haften die Gesellschaftsorgane nach §§ 241 Nr. 1, 2 u. 5 und 249 auf Ersatz, die Aktionäre nach § 217 auf Rückzahlung.

§ 289. Aber die zivilrechtliche Gültigkeit der Rückgewährsakte wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Gläubigerschutzvorschriften nicht beobachtet sind, das Sperrjahr noch nicht abgelaufen ist.

§ 290.

§ 290. Ist zur Ausführung der Herabsetzung des Grundkapitals eine Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren vorgesehen, so kann die Gesellschaft die Aktien, welche trotz erfolgter Aufforderung nicht bei ihr eingereicht sind, für kraftlos erklären. Das Gleiche gilt in Ansehung eingereichter Aktien, welche die zum Ersatze durch neue Aktien erforderliche Zahl nicht erreichen und der Gesellschaft nicht zur Verwerthung für Rechnung der Betheiligten zur Verfügung gestellt sind.

Die Aufforderung zur Einreichung der Aktien hat die Androhung der Kraftloserklärung zu enthalten. Die Kraftloserklärung kann nur erfolgen, wenn die Aufforderung nach Maßgabe des § 219 Abs. 2 bekannt gemacht ist; sie geschieht mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

Die an Stelle der für kraftlos erklärten Aktien auszugebenden neuen Aktien sind für Rechnung der Betheiligten durch die Gesellschaft zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Betheiligten auszuzahlen oder, sofern die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, zu hinterlegen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Herabsetzung des Grundkapitals durch sog. Zusammenlegung.** Die Zulässigkeit des Verfahrens war bis zum Erlaß des jetzigen HGB. bestritten. Das Reichsgericht hatte es schon früher für zulässig erklärt (RG. 36, 134; 37, 131; 38, 95).

§ 290 behandelt nur die Zusammenlegung der Aktien infolge einer Grundkapitalsherabsetzung. Möglich ist auch eine Zusammenlegung ohne eine solche. Wenn z. B. ein Aktionär zwei Aktien à 500 Mk. hat, so können diese im Wege der Statutenänderung in eine à 1000 Mk. zusammengelegt werden; jedoch nur mit seiner Einwilligung, da es ein Zwangsverfahren, wie es § 290 für den Fall der Kapitalsherabsetzung vorschreibt, nicht gibt (Staub GmbH. 346).

Anm. 1. 1. **Wesen des Zusammenlegungsbeschlusses.** Die Zusammenlegung ist ein Bedürfnis in den Fällen, in denen die Aktien 1000 Mark oder weniger Nennwert haben. Denn eine Kapitalsherabsetzung durch Verminderung des Nennwerts jeder einzelnen Aktie ist in diesem Falle unmöglich (Anm. 11 zu § 288). Es muß also zu einer Verminderung der Zahl der Aktien geschritten werden, die, wenn ein Ankauf nicht beliebt wird oder untunlich ist, nur durch Zusammenlegung erfolgen kann. Darunter versteht man die Bestimmung, daß mehrere Aktien mit einander vereinigt und den Nennwert der vereinigten Aktien herabgesetzt wird. Wer z. B. drei Aktien besitzt, soll fernerhin nur noch in Höhe von einer Aktie Aktionär sein. Aber diese eine Aktie ist nichts weiter als die Vereinigung der früheren drei Aktien (vgl. Anm. 8 ff. zu § 288).

Anm. 2. 2. Soll die Ausführung der Kapitalsherabsetzung durch Zusammenlegung erfolgen, **so muß dies die Generalversammlung durch einen gemäß § 288 zu fassenden Beschluß bestimmen** und natürlich auch das Verhältnis, in dem dies geschehen soll. Das Nähere kann den Gesellschaftsorganen überlassen werden (vgl. Anm. 14 zu § 288). Doch muß die Generalversammlung unter Umständen auch noch den Endpunkt bestimmen, bis zu dem die Zusammenlegung durchgeführt sein muß (Anm. 15 zu § 288), allerdings nur dann, wenn der Zusammenlegungsbeschluß ein durch gewisse Umstände z. B. Wahl der Aktionäre usw. bedingter ist, denn abgesehen hiervon ist mit der Eintragung des Zusammenlegungsbeschlusses das

bereits herabgesetzt (Anm. 8 zu § 291). Über die Frage, inwiefern gegen die Zwang zur Zuzahlung hierbei angewendet werden kann, vgl. Anm. 13ff. zu ...en. **§ 290.**

...ieses Beschlusses bedarf eines Mittels, um die Schwierigkeit zu beseitigen, daß ein Aktionär seine Aktien zum Zwecke der Abstempelung der ...nd Vernichtung der ungültig werdenden nicht einreicht oder dadurch, ...n, die ein Aktionär besitzt, nicht ausreicht, um ein Ersatzstück zu ...n dem obigen Beispiel (Anm. 1) nur eine Aktie, während doch ...tfallen soll. Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, in einem ... 290 anzuwenden, sie kann es ihren Aktionären, nachdem der ...n ist, überlassen, soviel Aktien einzureichen, wie nötig sind, ... RG. bei Holdheim 13, 112). Sie hat statt dessen das ...f. 2 vorgeschriebenen Weise eine Aufforderung zu erlassen, in ...atürlich mit der vorgeschriebenen Fristbestimmung) aufgefordert werden, ...um Zwecke der Aushändigung von Ersatzstücken bzw. zur Abstempelung einzu... und mit der Androhung, daß die Aktien, die innerhalb der Frist nicht zu diesem Zwecke eingereicht werden, oder die ihr nicht zur Verwertung für Rechnung der Beteiligten zur Verfügung gestellt werden, obwohl ihre Zahl zum Empfange von Ersatzstücken nicht ausreicht, für kraftlos erklärt werden. — Es ist nicht nötig, daß der Zusammenlegungsbeschluß den Gesellschaftsorganen das Recht oder die Anweisung gibt, dieses Zwangsverfahren durchzuführen. Das Gesetz gibt ihnen in unserem Paragraphen das Recht und ihre rechtliche Stellung zur Gesellschaft legt ihnen die Verpflichtung auf, es in den geeigneten Fällen einzuleiten und durchzuführen. Die Durchführung darf aber, falls die Gesellschaft von ihrem Rechte Gebrauch macht, nur in der Weise, die das Gesetz vorschreibt, erfolgen, da die Vorschriften des § 290 zwingender Natur sind (LG. Dresden bei Bauer 7, 248). Anm. 3.

Die Vorschrift des § 290 ist nicht ausdehnend auszulegen; der hier vorgesehene Zwang findet nur in den in diesem Paragraphen bestimmten Fällen statt, dagegen z. B. nicht, wenn Aktien ohne Herabsetzung des Grundkapitals zusammengelegt werden (vgl. Einl.); ferner nicht bei Herabsetzung des Nennwerts (Anm. 11 zu § 291). Anm. 4.

Von der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses an bis zum Ablauf der Frist berechtigen die bisherigen Aktienurkunden nur noch zum Umtausch, nicht mehr zur Ausübung von Aktionärrechten. Diese Rechte (z. B. Teilnahme an der Generalversammlung, Erhebung von Dividenden usw.) können nur auf Grund der neuen Aktien wahrgenommen werden (vgl. RG. bei Holdheim 13, 112 und in JW. 96, 6 [23]). Dies gilt natürlich nur dann, wenn der Herabsetzungsbeschluß endgültig ist, nicht, wenn nur ein bedingter Beschluß gefaßt ist (Anm. 15 zu § 288 und Anm. 8 zu § 291). Anm. 5.

Nach Ablauf der Frist erfolgt Kraftloserklärung durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern. Anm. 6.

Diese hat zur Folge, daß die betreffenden, im Umlauf befindlichen Stücke nebst den noch nicht fälligen Dividendenscheinen nichtig werden. Der redliche Erwerber erwirbt daran kein Recht (Anm. 8 zu § 219). An Stelle der für kraftlos erklärten Aktien hat die Gesellschaft Ersatzstücke auszugeben, die dieselben Rechte gewähren, wie Aktien, die den Aktionären gewährt sind, welche ihre Aktien ordnungsgemäß eingereicht haben. Diese neuen Aktien sind für Rechnung der Beteiligten durch die Gesellschaft zum Börsenkurse, ev. durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Beteiligten auszuzahlen, wenn sie sich melden und legitimieren und zwar auch vor Ablauf des Sperrjahres, da es sich ja nur um einen Betrag handelt, der für sie vermöge einer Geschäftsführung erlöst worden ist (ebenso Leist, Sanierung 85 Anm. 22; dagegen Lehmann-Ring Nr. 3). Aus demselben Grunde müssen sie sich auch die Kosten des Verkaufs abziehen lassen (der Verkauf erfolgt für „ihre Rechnung"). Ist die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden (hierüber gelten die Vorschriften des BGB.), dann ist der Betrag zu hinterlegen, d. h. dann besteht auch die Pflicht Anm. 7.

§ 290. zur Hinterlegung (so auch Pinner 277). Der Erlös ist hiernach immer dann zu hinterlegen, wenn der Gläubiger im Annahmeverzug oder wenn der Gläubiger oder sein Aufenthalt ohne Verschulden der Gesellschaft ihr unbekannt ist (§ 372 BGB.). Die Hinterlegung hat unter Verzicht auf Rücknahme zu erfolgen (§§ 372 ff. BGB.; LG. Dresden bei Bauer 7, 249). Sind keine Aktien ausgegeben, so sind entsprechende Maßregeln vorzunehmen.

Anm. 8. Zulässig ist auch, daß die Gesellschaft Aktien, d. h. die Urkunden, die hiernach amortisiert sind, bei einer Kapitalserhöhung wieder neu ausgibt (Anm. 6 zu § 227).

Anm. 9. Für einen Fall ist Vorsorge im Gesetz nicht getroffen. Es kann nämlich ein Rest von Aktien übrig bleiben, der sich zur Zusammenlegung nicht eignet; wenn z. B. die Zusammenlegung von 3 : 1 beschlossen ist, und 1000 Aktien vorhanden sind, so bleibt eine Aktie übrig. Wenn diese übrig bleibende Aktie nicht von der Gesellschaft zurückgekauft werden kann, so wird man die Gesellschaft für berechtigt erachten müssen, eine volle Aktie auszugeben und den Erlös zu 1/3 dem Eigentümer der Aktie zu gewähren, die restlichen 2/3 zu behalten (Leist, Sanierung 86, 167). Jedoch muß der Beschluß natürlich demgemäß gefaßt werden; im obigen Fall wird das Kapital nicht auf 333000 Mk. sondern auf 334000 Mk. herabgesetzt.

Anm. 10. Über die Frage der Rechtsbeständigkeit der neuen Aktien, wenn die Einziehung nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt ist vgl. Anm. 5 zu § 219.

Anm. 11. Eine schlimmere Folge als die Kraftloserklärung und den Verkauf der Ersatzstücke für Rechnung der Beteiligten, etwa die einfache Nichtigkeit der Aktien oder auch den Verlust des Stimm- und Dividendenrechts darf der Zusammenlegungsbeschluß oder gar der Vorstand aus eigener Machtvollkommenheit nicht anordnen. Dies ist schon für das frühere Recht angenommen worden (RG. 37, 131; 38, 95) und muß angesichts des vorliegenden Paragraphen erst recht gelten (LG. Dresden bei Bauer 7, 248). Stellt der Vorstand ein solches Präjudiz, so ist es ungültig; stellt es der Beschluß selbst, so ist der betreffende Teil des Beschlusses einfach unwirksam, der Beschluß im übrigen aber gültig. Dies ist nach bisherigem Recht angenommen worden (RG. 38, 99) und muß auch jetzt gemäß § 139 BGB. angenommen werden; denn es ist bei solchen Beschlüssen im Zweifel nicht anzunehmen, daß der ganze Beschluß nicht gefaßt worden wäre, wenn man sich der Unwirksamkeit eines solchen Präjudizes bewußt gewesen wäre. Der Schwerpunkt liegt bei solchen Beschlüssen zweifellos nicht in diesem Präjudiz.

Anm. 12. 4. **Als Beispiel eines Zusammenlegungsbeschlusses** mag folgendes dienen, wobei zu bemerken ist, daß Nr. 1 und 6 gemäß § 288 Abs. 2 wesentlich sind, wohl auch Nr. 2 (vgl. Anm. 14 zu § 288); Nr. 3 und 4 sind unwesentlich, ebenso Nr. 7 und 8, aber empfehlenswert; Nr. 5 ist nur geboten, wenn der Beschluß ein bedingter ist (Anm. 15 zu § 288).

Die Generalversammlung beschließt:

1. Das Grundkapital wird um 300000 Mk. in der Weise herabgesetzt, daß je drei Aktien zu zwei zusammengelegt werden.
2. Die Aktionäre haben zum Zwecke der Zusammenlegung ihre Aktien nebst Dividendenscheinen und Talon bis zu einer vom Aufsichtsrat festzusetzenden und in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machenden Frist, spätestens bis zum 31. Mai 1907 einzureichen. Von den eingereichten Aktien wird je eine zurückbehalten und vernichtet, zwei dagegen werden den Aktionären zurückgegeben mit dem Stempelaufdruck: Gültig geblieben gemäß Zusammenlegungsbeschluß vom 1. Januar 1907.
3. Soweit die von Aktionären eingereichten Aktien zur Durchführung der Zusammenlegung nicht ausreichen, der Gesellschaft aber zur Verwertung für Rechnung der Beteiligten zur Verfügung gestellt sind, werden von den sämtlichen in dieser Weise eingereichten Aktien immer eine vernichtet, und zwei durch den gedachten Stempelaufdruck für gültig geblieben erklärt. Die letzteren zwei werden zum Börsenkurse (falls ein solcher nicht vorhanden ist, in öffentlicher Versteigerung) verkauft und der Erlös den Beteiligten nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes zur Verfügung gestellt (hier würde falls noch Spitzen, die nicht zusammenlegbar sind, übrig bleiben, eine entsprechende Bestimmung einzufügen sein; vgl. Anm 9).

4. Die Aktien, die nicht eingereicht, und die, die von einem Aktionär in einer Anzahl eingereicht werden, die zur Durchführung der Zusammenlegung von 3:2 nicht ausreichen, und der Gesellschaft nicht zur Verwertung für die Beteiligten zur Verfügung gestellt werden, werden für kraftlos erklärt. An die Stelle der für kraftlos erklärten werden neue Aktien ausgegeben, und zwar je zwei neue für drei alte. Diese neuen Aktien sind für Rechnung der Beteiligten zum Börsenkurse (falls ein solcher nicht vorhanden ist, in öffentlicher Versteigerung) zu verkaufen und der Erlös den Beteiligten nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes zur Verfügung zu stellen. **§ 290.**
5. Die Zusammenlegung muß bis zum 31. August 1907 durchgeführt sein.
6. Der durch die Zusammenlegung in der Bilanz frei werdende Betrag ist zur Beseitigung der Unterbilanz und zu Abschreibungen zu verwenden.
7. Der Aufsichtsrat wird beauftragt, nach Durchführung der Zusammenlegung den § 24 der Statuten der veränderten Ziffer des Grundkapitals gemäß zu fassen.
8. Der Vorstand wird beauftragt, den Zusammenlegungsbeschluß, ebenso die durchgeführte Zusammenlegung und endlich die zu 7 gedachte Statutenänderung zum Handelsregister anzumelden.

Zusatz 1. Sanierung der Aktiengesellschaft. (Lit.: Leist, Sanierung der AG. 05; Wolff, Praxis der Finanzierung 05; Förster, Nachschußpflicht bei AG. 03; Heinemann, Grundprinzip der Aktienform und der Nachschußzwang 02). Über Sanierung von Versicherungsgesellschaften vgl. § 69 PrivVersUntGes. Anm. 13.

In den letzten Jahren hat sich der Begriff der „Sanierung" gebildet. Unter ihm werden die Maßnahmen zusammengefaßt, die angewendet werden, um eine notleitende Aktiengesellschaft ertragsfähig zu machen. Die hier in Betracht kommende, übliche Art der Sanierung besteht in einer Kombination einer (ziffernmäßigen, vgl. Anm. 2 zu § 288) Herabsetzung des Grundkapitals mit Zuführung neuer Mittel, die entweder durch Einforderung von Zuzahlung gegen Gewährung von Vorrechten (§ 185) oder im Wege der Kapitalserhöhung erfolgt. Daß derartige Verbindungen von Kapitalsherabsetzungen und Kapitalserhöhungen zulässig sind, ist nicht bestritten (ROHG. 25, 260; OLG. Dresden bei Holdheim 11, 111); ebenso, daß Aktionäre, die neue Aktien erwerben, ihre alten Aktien an Zahlungsstatt mit oder ohne Zuzahlung hereingeben können (Anm. 1 zu § 279). Auch die Frage, ob Zuzahlungen auf die Aktien gegen Gewährung von Vorrechten durch die Mehrheit beschlossen werden können, ist von der Praxis bejahend entschieden (Anm. 2 zu § 185).

Unbedenklich sind danach z. B. folgende Beschlüsse: Die Aktien werden von 3:1 zusammengelegt; das Kapital wird um 500000 Mark erhöht; jede zusammengelegte Aktie kann unter Zuzahlung einer bestimmten Summe gegen eine neue Aktie, die gewisse Vorrechte erhält, umgetauscht werden. Oder: die Aktien werden von 3:1 zusammengelegt; wer eine zusammengelegte Aktie einreicht und eine bestimmte Summe zahlt, dessen Aktie erhält gewisse Vorzugsrechte.

Die Praxis ging aber, und zwar zunächst fast unbestritten, weiter. Es wurde vielfach bestimmt, daß Aktien, die nicht zuzahlen, zusammengelegt oder stärker zusammengelegt werden, als die, welche zuzahlen. Z. B. es wurde beschlossen: Es wird eine Zuzahlung von 5% gefordert; die Aktien, die nicht zuzahlen, werden von 5:1 zusammengelegt. Anm. 14.

Nachdem dies, wie bemerkt, lange Zeit geübt und von den Registerrichtern unbeanstandet eingetragen war, ergingen zunächst widersprechende Entscheide der OLG. Das KG. (DJZ. 02, 153) erklärte eine derartige Transaktion für unzulässig; die OLGerichte Hamm (DJZ. 02, 179) und Dresden (Holdheim 11, 111) gestattete sie. Das RG. (52, 287 vgl. auch 41, 99) aber hob das Erkenntnis des OLG. Hamm auf und entschied sich für die Unzulässigkeit. Es bestätigte zwar die Gültigkeit von kombinierten Beschlüssen. Es sprach die Zulässigkeit der Gewährung von Vorteilen gegen Zuzahlung durch Mehrheitsbeschluß aus; es verwarf aber die Androhung der Zusammenlegung oder der stärkeren Zusammenlegung der nicht zuzahlenden Aktien gegenüber den zuzahlenden als der Gleichberechtigung der Aktionäre widersprechend und als Anwendung

§ 290. eines Zwangsmittels zu einer über die in § 211 bestimmte Verpflichtung hinausgehenden Leistung. In der Literatur ist die Frage streitig geblieben. Für die Unzulässigkeit sprechen sich außer Staub (6./7. Aufl. und GmbH. 351, ferner in DJZ. 02, 358, 546) Lehmann II 638; Laband in DJZ. 02, 229; Schmidt-Ernsthausen im BankA. 2, 85; Fuld in ZGA. 2, 85; Schweizer in DJZ. 03, 220; Wolff, Praxis der Finanzierung 100; für die Zulässigkeit Tecklenburg bei Holdheim 12, 118; Lazarus in DJZ. 03, 77; Holdheim bei Holdheim 11, 132 und 212; Lehmann-Ring Nr. 10; Heinemann, Foerster, Pinner bei Holdheim 11, 158 aus. Leist steht mit Modifikationen auf dem reichsgerichtlichen Standpunkt.

Es läßt sich nicht verkennen, daß das reichsgerichtliche Urteil schweren Bedenken unterliegt. Ein Zwang liegt auch in der einfachen Kapitalserhöhung mit Vorrechten für die neuen Aktien, denn auch hier wird der Wert der Stammaktien durch die Vorzüge der neuen Aktien meist beträchtlich herabgemindert. Ein Zwang liegt aber vor allem bei der beschlossenen Gewährung von Vorrechten gegen Zuzahlung vor. Läßt das Reichsgericht diesen Zwang zu, so ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde es bei der weiteren Zwangsmaßregel, bei der der Wert der nicht zuzahlenden Aktien durch Zusammenlegung noch weiter herabgemindert wird, Halt macht. Was ferner die Verletzung der Gleichberechtigung betrifft, so liegt diese nicht vor, weil allen Aktionären das Recht, zuzuzahlen, zusteht und die wirtschaftliche Lage, die den einen verhindert, sein Recht auszuüben, für die Rechtsfrage nicht in Betracht kommt.

Immerhin wird sich die Praxis der Registerrichter nach dem Urteil des höchsten Gerichts richten und es werden sich daher die Gesellschaften ihr anbequemen müssen. Unzulässig sind danach alle Beschlüsse, die den Nichtzuzahlenden direkte Nachteile gegenüber den Zuzahlenden androhen; sei es, daß ihre Aktien stärker zusammengelegt werden, als die der Zuzahlenden, sei es, daß deren Nennwert mehr herabgesetzt wird, sei es, daß ihre Einziehung in verstärktem Maße erfolgt. Zulässig dagegen bleibt nach wie vor die Gewährung von Vorteilen an die Zuzahlenden.

Anm. 15. Zu bemerken ist allerdings hierbei, daß auch die nach Vorstehendem erlaubten Beschlüsse ev. der Nichtigkeit nach § 138 BGB. unterliegen, worauf auch das RG. (52, 293) hinweist. Benutzt die Mehrheit ihre Gewalt, um einen Beschluß durchzusetzen, der über die Bedürfnisse der Gesellschaft hinausgeht; gibt sie z. B. den Vorzugsaktien Vorrechte, die das Maß des Notwendigen überschreitend, die Stammaktien unbedingt wertlos machen, so kann man einen derartigen Beschluß als den guten Sitten widersprechend ansehen.

Anm. 16. **Zusatz 2. Was die Stempelpflicht betrifft,** so hat das Reichsgericht entschieden, daß eine Stempelabgabe nicht zu entrichten ist, wenn jede einzelne Aktie auf einen geringeren Betrag herabgemindert wird (JW. 85, 328, auch RG. 18, 53); ebenso ist kein Stempel zu entrichten, wenn jeder Aktionär eine bestimmte Anzahl von Aktien einliefert und alle mit einem niedrigeren Betrage abgestempelt zurückerhält (RG. 18, 51). Das muß auch dann gelten, wenn er eine abgestempelt zurückerhält. Denn darin liegt lediglich eine Abandonnierung einer gewissen Anzahl von Aktien (RG. 37, 119). Erhält der Aktionär statt der eingelieferten Aktien eine neue Aktie mit einem den Gesamtbetrag der eingelieferten nicht übersteigenden Nennbetrage, so muß (entgegen der 6./7. Aufl.) gemäß § 5 Abs. 2 des Reichsstempelgesetzes ebenfalls Stempelfreiheit angenommen werden; die neue Aktie ist lediglich Ersatzstück für die eingereichten (so Leist, Sanierung 106). Dasselbe gilt für die an Stelle der kraftlos erklärten neu ausgegebenen Aktien (Entsch. des Provinzialsteuerdirektors in Berlin bei Bauer 11, 225).

Anm. 17. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Auf ältere Gesellschaften finden die Vorschriften der §§ 280 bis 290 Anwendung. Insbesondere darf auch bei diesen, auch bei den Gesellschaften vor der Aktiennovelle von 1884, der Nennbetrag nicht unter den gesetzlichen Mindestbetrag herabgesetzt werden und, wenn er schon weniger beträgt, nicht tiefer (KGJ. 15, 23).

§ 291.

§ 291. Die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Paragraph ordnet in etwas lakonischer Weise an, daß die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. § 291.

1. Wer hat die Anmeldung zu bewirken? Die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes (nicht auch des Aufsichtsrats). — Die Anmeldung hat auch zum Zweigregister zu erfolgen (§ 13). Anm. 1.

2. Der Zwang zur Anmeldung richtet sich nach § 14, dessen allgemeine Vorschrift auch diesen Fall deckt. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Simon 214 sagt, man hätte übersehen, die Befolgung des § 291 durch Ordnungsstrafen zu erzwingen (Pinner 277). Anm. 2.

3. Außerdem haften die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes (und auch die des Aufsichtsrats wegen mangelnder Überwachung) nach §§ 241 und 249, wenn der Gesellschaft durch unterlassene Anmeldung ein Schaden erwachsen ist. Dritten Personen aber und insbesondere den Gläubigern gegenüber tritt keine Haftung aus diesem Grunde ein, weil der § 291 kein direktes Schutzverhältnis zwischen den Gesellschaftsorganen und den Gläubigern herstellen will (vgl. Anm. 22 ff. zu § 241). Anm. 3.

4. Über die Beilagen der Anmeldung ist nichts gesagt. Wo das Gesetz besondere Beilagen nicht anordnet, da genügt die bloße Anmeldung. Diese kann das Gericht als richtig annehmen und der Anmeldung gemäß eintragen, es kann aber auch die Richtigkeit prüfen und den erforderlichen Nachweis verlangen (Anm. 7 ff. im Exk. zu § 8; dagegen Lehmann-Ring Nr. 7). Anm. 4.

Eine Verbindung der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses und der erfolgten Herabsetzung ist, obgleich die Bestimmung des § 285 hier nicht ausdrücklich wiederholt ist, zulässig, wenn zur Zeit der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses die Herabsetzung bereits tatsächlich erfolgt ist (LG. Hamburg bei Bauer 10, 254). Anm. 5.

5. **Jede Art der Kapitalsherabsetzung ist, nachdem sie erfolgt ist, in solcher Weise anzumelden,** insbesondere auch die Amortisation, nachdem sie durchgeführt ist (vgl. Anm. 15 zu § 227). Anm. 6.

Wann ist die Herabsetzung des Grundkapitals als erfolgt zu erachten? Die wenig glückliche Fassung des § 291 hat diese Frage zu einer sehr bestrittenen gemacht (vgl. hierüber besonders Rehm 399 ff.; Leist, Sanierung 86 ff.). Bei der Kapitalserhöhung ist davon auszugehen, daß diese erst mit Eintragung der erfolgten Erhöhung als geschehen anzusehen ist (Anm. 5 zu § 287). Hier dagegen ist, wie Rehm 402 eingehend darlegt, aus dem Begriff der Kapitalsherabsetzung als Verminderung der Kapitalsziffer (Anm. 6 zu § 288), sowie aus dem Umstande, daß der Kapitalsherabsetzungsbeschluß nicht nur diese Herabsetzung der Ziffer, sondern auch den Zweck und die Mittel der Durchführung enthalten muß (§ 288), daß endlich § 291 dem § 290, der die Mittel der Durchführung enthält, folgt, zu folgern, daß die Herabsetzung des Grundkapitals schon in einem früheren Zeitpunkt geschieht. Das Gesetz gibt, wenn man seine Vorschriften im Zusammenhang betrachtet, die zutreffende Antwort auf die Frage, wann dies stattfindet. Es unterscheidet drei Stadien der Herabsetzung: Anm. 7.

I. Den Beschluß auf Herabsetzung, der entweder unbedingt ist, indem er die Grundkapitalsziffer auf einen bestimmten Betrag fest herabsetzt, oder die endgültige Feststellung des herabzusetzenden Betrages von bestimmten Ereignissen abhängig macht (vgl. Anm. 15 zu § 288). Dieser Beschluß ist einzutragen (vgl. §§ 288, 289 Abs. 1).

II. Zur Ausführung des Beschlusses sind nunmehr bestimmte Maßregeln zu ergreifen, Herabsetzung des Nennbetrages, Einziehung oder die im Gesetz (§ 290) besonders geregelte Zusammenlegung.

III. Die Ausführung des Zwecks der Herabsetzung ist in zwei Fällen (Zahlungen an Aktionäre, und Befreiung von Verpflichtungen derselben) von Beobachtung gewisser Gläubigerschutzmaßregeln abhängig gemacht (§ 289 Abs. 2—4). Es ist nach dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes („Zahlungen dürfen auf Grund der Herabsetzung erst erfolgen" und „die Befreiung tritt erst in Wirksamkeit") nicht anzunehmen, daß von dieser für zwei bestimmte Fälle die Ausführung hinausschiebenden Bestimmung die Herabsetzung selbst abhängig gemacht sein soll. Es ist daher, um dies vorweg zu nehmen, die Ansicht (besonders Lehmann-Ring Nr. 2 und ROHG. 18, 426) zu verwerfen, daß die Herabsetzung der Grundkapitalsziffer die Beobachtung der Gläubigervorschriften, insbesondere den Ablauf des Sperrjahres voraussetzt

§ 291. (vgl. Rehm 409). Die Vorschrift des § 289 hat lediglich mit der Ausführung der Folgen der Kapitalsherabsetzung zu tun; sie setzt begrifflich ihre Durchführung voraus.

Anm. 8. I. Geht man davon aus, daß, wie ausgeführt, die Kapitalsherabsetzung eine Verminderung der Ziffer des Grundkapitals ist, **so muß die Herabsetzung als erfolgt gelten, sobald es feststeht, um wieviel das Kapital herabgesetzt wird.** Bei den Beschlüssen also, bei denen ohne weiteres dies feststeht, z. B.: Das Kapital wird um 500000 Mk. herabgesetzt derart, daß die Aktien von 3 : 2 zusammengelegt werden, gilt die Kapitalsherabsetzung mit der Eintragung des Beschlusses als erfolgt.

Anders liegt es, wenn ein bedingter Beschluß vorliegt; wenn z. B. bestimmt ist, daß eine bestimmte Anzahl Aktien im Nennwert herabgesetzt werden sollen, und erst später die, die herabzusetzen sind, bestimmt werden; ferner insbesondere, wenn, wie stets bei kombinierten Beschlüssen den Aktionären Wahlrechte auf Zuzahlung usw. eingeräumt werden. Hier kann, da die Ziffer, auf die das Kapital herabgesetzt wird, noch nicht feststeht, eine erfolgte Herabsetzung nicht angenommen werden. Hier tritt diese vielmehr erst dann ein, wenn die gestellte Frist abgelaufen ist und nunmehr der bestimmte Betrag der herabgesetzten Kapitalsziffer feststeht (so 6./7. Aufl. und Leist 89; im Prinzip zustimmend Rehm).

Anm. 9. Sowie nach dem in Anm. 8 bezeichneten Grundsatz das Kapital als herabgesetzt gilt, ist die Bilanz demgemäß zu berichtigen. Die Grundkapitalsziffer ändert sich, dies muß in den Büchern vermerkt werden. Falls nach dem gedachten Zeitpunkt Dividenden verteilt werden (natürlich, soweit sie überhaupt vor Ablauf des Sperrjahrs verteilbar sind, vgl. Anm. 10 zu § 289), findet die Berechnung und ev. Verteilung nach dem jetzigen Stand der Bilanz statt.

Anm. 10. II. **Das zweite Stadium ist die Ausführung des Beschlusses** gemäß § 290. Hier sind die verschiedenen Arten der Ausführung zu unterscheiden.

Anm. 11. a) Bei Herabsetzung des Nennwertes ist mit dem Beschluß, beziehungsweise mit dessen Eintragung der Nennbetrag jeder Aktie entsprechend gemindert (RG. bei Bauer 10, 110). — Einen Zwang zur Einreichung gibt es hier nicht, da § 290 entsprechende Anwendung nicht zuläßt (dagegen Makower I 680).

Anm. 12. b) Bei Zusammenlegung hat die Gesellschaft eine Aufforderung zur Einreichung bei Vermeidung der Kraftloserklärung zu erlassen, demnächst nach Ablauf der Frist des § 219 die nicht eingereichten Aktien für kraftlos zu erklären. Damit ist der Beschluß ausgeführt. Die Abstempelung, Hergabe von Ersatzstücken usw. hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Ebenso ist zur Ausführung des Beschlusses nicht nötig, daß die an Stelle amortisierter ausgegebenen neuen Aktien verkauft sind.

Anm. 13. c) Bei zwangsweiser Einziehung ist die Ausführung erfolgt, wenn, die Beobachtung der Formen und Fristen vorausgesetzt, die Einziehung der Aktien ausgesprochen ist. Eine Einreichung der amortisierten Aktien ist nicht hierzu erforderlich (Anm. 4 zu § 227).

Anm. 14. d) Erfolgt die Kapitalsherabsetzung durch freiwillige Einziehung im Wege des Ankaufs usw., so muß der Vertrag mit dem Einzelaktionär geschlossen und die Aktie im Besitz der Gesellschaft sein, da in diesem Fall nur hierdurch die Rechtsbeständigkeit der Aktie beseitigt ist.

Anm. 15. Ist die Ausführung der Kapitalsherabsetzung im Sinne der Anm. 10—14 erfolgt, so ist die erfolgte Herabsetzung anzumelden. Nach dem Vorgetragenen hat der Registerrichter weder die Erfüllung der Gläubigerschutzvorschriften noch die erfolgte Abstempelung usw., noch, außer in dem Fall der Anm. 14, die Einziehung oder Vernichtung der Aktien nachzuprüfen.

Anm. 16. Ferner haben mit der Ausführung des Beschlusses die Aktionäre ohne weiteres das Recht auf die Abstempelung oder die zu gewährenden Ersatzstücke erworben (RG. bei Holdheim 13, 111). Andererseits ändert sich auch ihr Aktienrecht gemäß dem Beschluß. Sind die Aktien von 4 : 3 zusammengelegt, so kann ein Besitzer von 4 Aktien nur noch gemäß den geänderten Bestimmungen Rechte ausüben, insbesondere stimmen. Soweit die Anwesenheit eines gewissen Teils des Aktienkapitals für bestimmte Beschlüsse vorgeschrieben ist, gilt als Aktienkapital nunmehr das herabgesetzte.

Die Hergabe der abgestempelten oder sonst verminderten Aktien an die Aktionäre wird auch nicht etwa bis zum Ablauf des Sperrjahres gehemmt. Nur Zahlungen an Aktionäre dürfen vorher nicht geleistet werden; die Rückgabe der Aktien oder Hingabe der Ersatzstücke ist aber keine Zahlung (so auch Geißmar bei Holdheim 10, 60). § 291.

III. Eine von Vorstehendem vollständig verschiedene Frage ist die der **Ausführung des Zwecks der Kapitalsherabsetzung**. Auch hier sind die verschiedenen Zwecke zu scheiden. Anm. 17.

a) Erfolgt die Herabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz oder zum Zweck von Abschreibungen oder Bildung eines Reservefonds, so wird der Beschluß lediglich durch eine Buchoperation ausgeführt. Wann dieselbe zu erfolgen hat, ist Anm. 9 dargestellt. Anm. 18.

b) Anders wenn die Herabsetzung zum Zweck teilweiser Rückzahlung an die Aktionäre geschieht. Hier ist, wie oben dargelegt, die Herabsetzung buchmäßig mit Rechtsgültigkeit des Herabsetzungsbeschlusses erfolgt. Die Durchführung des Zwecks aber ist durch die Gläubigerschutzmaßregeln des § 289, insbesondere bis zum Ablauf des Sperrjahres gehemmt. Erst nach Ablauf dieses darf die Zahlung an die Aktionäre erfolgen. Es fragt sich nun, welche Rechte die Aktionäre in der Zwischenzeit haben. Nimmt man mit Lehmann-Ring Nr. 6 an, daß vor Erledigung der Gläubigerschutzmaßregeln die Herabsetzung nicht als erfolgt gilt, so haben die Aktionäre, bis diese erfolgt sind, überhaupt kein Recht (ebenso Simon 215; Lehmann II 641). Wenn man dagegen mit der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, daß die Herabsetzung unabhängig von der Erfüllung der Vorschriften des § 289 erfolgt, und nur die Ausführung gehemmt wird, so haben die Aktionäre bis zum Ablauf des Sperrjahres eine befristete und bedingte Forderung, befristet durch den Ablauf des Sperrjahres, bedingt durch die Befriedigung oder Sicherstellung der bisherigen Gläubiger (so Rehm 409; Jaeger, KO. Anm. 12 zu § 208; Goldstein in Hirths Ann. 01, 735). Diese Auslegung entspricht auch dem Wortlaut des Gesetzes. Nur die „Zahlung" ist hinausgeschoben, also die Erfüllung der Verbindlichkeit, nicht die Entstehung derselben. Demnach wird der Aktionär mit der Herabsetzung des Kapitals Gläubiger der Gesellschaft. Im Konkurse ist er den alten Gläubigern nicht gleichgestellt, weil gerade in betreff ihrer sein Anspruch ein bedingter ist, sie ihm also vorgehen; dagegen ist er mit den neuen Gläubigern, d. h. mit denen, auf die sich die Schutzvorschriften nicht beziehen, gleichberechtigt. Anm. 19.

c) Erfolgt die Herabsetzung zum Zweck der Befreiung von der Einlageverpflichtung, so tritt diese erst mit Ablauf des Sperrjahres und nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger in Wirksamkeit. Durch die Herabsetzung aber wird die Schuld eine befristete, d. h. sie kann nicht beigetrieben werden, es sei denn, daß dies zur Befriedigung der früheren Gläubiger nötig ist. Soweit diese Befriedigung eingetreten ist, kann die Forderung von der Gesellschaft nicht mehr beigetrieben werden, selbst wenn sie nicht in der Lage ist, spätere Gläubiger zu befriedigen. Anm. 20.

Zusatz 1. Die erfolgte Kapitalsherabsetzung hat eine Abänderung der Bilanz zur Folge. **Der dadurch erzielte Buchgewinn ist aber kein steuerpflichtiger Überschuß** (PrOVG. bei Holdheim 8, 146). Anm. 21.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschrift gilt auch für bestehende Gesellschaften und hat insofern wichtige Bedeutung. Die Registerrichter haben das Recht und die Pflicht, alle bisherigen Grundkapitalsherabsetzungen auf diese Weise zur Anmeldung und Eintragung zu bringen, damit das Register auf diese Weise reguliert wird. Anm. 22.

Fünfter Titel.

Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292.

Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst: § 292.

1. durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;

§ 292. **2. durch Beschluß der Generalversammlung; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen;**

3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.

Die Vorschriften dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen erfolgt.

I. Allgemeines über den Begriff und die Folgen der Auflösung.

Anm. 1. 1. Begriff der Auflösung. Auch hier ist, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (Anm. 1 zu § 131), der Satz an die Spitze zu stellen: daß die Auflösung das nicht ist, was die Bezeichnung besagt. Der Ausdruck geht auch hier zu weit, indem er auf ein Aufhören der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft hindeutet. In Wahrheit hört die Aktiengesellschaft nicht zu bestehen auf, sondern sie hört nur auf, ihre bisherigen Tätigkeitszwecke zu verfolgen. Wollte man andererseits sagen: sie höre nur auf, ein Handelsgewerbe oder ein Gewerbe zu betreiben, so würde man die Aktiengesellschaft nicht treffen, die kein Gewerbe betreibt. Der Begriff der Auflösung besteht also darin, daß die Aktiengesellschaft ihre bisherigen Tätigkeitszwecke zu verfolgen aufhört und statt deren nur den einen Zweck verfolgt, zu liquidieren, d. h. das Vermögen zu versilbern, die Schulden zu bezahlen, den Überschuß zu verteilen und so allmählich ihr Vermögenssubstrat und damit sich selbst zu vernichten. Die Aktiengesellschaft gibt ihr Dasein nicht auf, sondern verändert nur ihre Art: aus der irgend welchen Lebenszweck verfolgenden Aktiengesellschaft wird eine Liquidationsaktiengesellschaft, „ein Liquidationsverein auf Aktien", wie Gierke (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 885) sagt (vgl. auch § 49 Abs. 2 BGB.). Diese Liquidationsaktiengesellschaft besteht so lange, bis die Liquidation beendigt, d. h. jedes vermögensrechtliche Substrat beseitigt ist. Auch hier sollte man daher eher von einer in der Auflösung begriffenen, als von einer aufgelösten Gesellschaft sprechen (vgl. ROHG. 19, 163; 19, 194; RG. 3, 55; 15, 102; OLG. Dresden in ZHR. 37, 534; Behrend § 138 I, § 139 Anm. 5; Lehmann-Ring Nr. 1).

Anm. 2. 2. Die Folgen der Auflösung entsprechen dem eben entwickelten Begriffe. Die Gesellschaft hört nicht zu bestehen auf. Sie bleibt daher Eigentümerin der Vermögensobjekte (vgl. Bescheid des Provinzialsteuerdirektors bei Holdheim 10, 259). Es dauert ferner ihre Organisation fort, nur daß ihre gesetzlichen Vertreter (jetzt Liquidatoren genannt) nicht mehr die unbeschränkte Vertretungsbefugnis haben, sondern nur die durch den veränderten und zusammengeschrumpften Zweck gebotenen Befugnisse (Anm. 3 zu § 294; über den Fall des Konkurses unten Anm. 7 ff.). Da die Aktiengesellschaft zu bestehen nicht aufhört, gelangen auch die mit ihr geschlossenen Verträge durch die Liquidation nicht schlechthin zur Auflösung (RG. 5, 7; 24, 70), auch ihre Dienstverträge nicht (RG. 24, 70); ebensowenig gibt die Liquidation einer Versicherungsgesellschaft den Versicherten das Recht, die Auflösung des Versicherungsvertrages zu fordern (OLG. Kolmar in DJZ. 05, 80). Die nicht fälligen Leistungen werden nicht eo ipso fällig, abgesehen von besonderen Gründen (RG. 9, 15; Anm. 3 zu § 301). Bei gegenseitigen Verträgen kann möglicherweise § 321 BGB. in Frage kommen. Der Eintritt in die Liquidation bewirkt auch keine Firmenänderung (RG. 15, 105; RG. 29, 68; weitere Zitate in Anm. 1 zu § 153). Die bestehenden Handlungsvollmachten erlöschen nicht ohne weiteres (OLG. Dresden in BuschA. 45, 361), sondern nur soweit sie Vollmachten zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes sind oder sonst zu Handlungen ermächtigen, die nicht im Bereich der Liquidation liegen (Behrend § 139), wohl aber erlöschen die bestehenden Prokuren (§ 298 Abs. 4). Die Gesellschaft bleibt auch während der Auflösung Kaufmann; denn bei der Aktiengesellschaft ist die Kaufmannseigenschaft nicht von dem Betriebe eines Handelsgewerbes abhängig (§ 6; vgl. ROHG. 22, 328), sie kann sogar in Ausnahmefällen

weiter als gewerbetreibend angesehen werden (SächsOVG. in DJZ. 04, 127). Weitere **§ 292.** Wirkungen der Auflösung s. Anm. 2 ff. zu § 294.

Die Folgen der einmal eingetretenen Auflösung können aber nicht wieder durch Fortsetzung Anm. 3. der alten Gesellschaft, etwa durch Wiederaufnahme des Betriebes, aufgehoben werden. Wenigstens ist dies die Regel (vgl. hierüber und über die Ausnahmen § 307).

II. **Den Inhalt des vorstehenden Paragraphen bilden die Gründe der Auflösung.** Dabei Anm. 4. zählt Abs. 1 bestimmte Auflösungsgründe auf, während Abs. 2 die Möglichkeit anderer Auflösungsgründe ausspricht.

1. (Abs. 1.) **Die drei benannten Auflösungsgründe.**

Ziffer 1. **Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit.** Eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft gibt es hier nicht. Nach Ablauf der statutarischen Gesellschaftsdauer tritt die Auflösung von selbst ein (ROHG. 14, 366), es sei denn, daß statutarisch bestimmt ist, daß die Gesellschaft, falls keiner kündigt, sich fortsetzt (vgl. Anm. 22). Wollen die Aktionäre die Gesellschaft über die statutenmäßig vorgesehene Zeit fortsetzen, so müssen sie dies durch einen Statutenänderungsbeschluß in der Generalversammlung bestimmen, solange die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist. Ein Sonderrecht des einzelnen Aktionärs auf Nichtverlängerung der statutenmäßig festgesetzten Zeit gibt es nicht (RG. 6, 120 und in JW. 04, 44[14]); ebensowenig ist die Zustimmung der Aktionäre, denen Leistungen gemäß § 212 auferlegt sind, nötig (vgl. Anm. zu § 276). Nach eingetretener Auflösung ist eine Fortsetzungsvereinbarung nicht mehr zulässig, auch nicht durch einstimmigen Beschluß, sondern nur noch Neugründung (vgl. Anm. 3).

Andererseits kann die Generalversammlung auch Verkürzung der statutenmäßigen Dauer Anm. 5. beschließen, doch liegt darin nicht nur eine Statutenänderung, sondern auch ein auf Auflösung abzielender Beschluß, weshalb nach beiden Richtungen die gesetzlichen und statutarischen Erfordernisse des Beschlusses vorhanden sein müssen. (Dagegen Lehmann II 507, der nur in den Fällen die erhöhte Mehrheit verlangt, in denen in dem Beschluß auf Verkürzung eine demnächst erfolgende Auflösung liegt [ebenso Goldmann Anm. 4]. Dem ist nicht beizustimmen, einerseits weil eine derartige Unterscheidung praktisch kaum durchzuführen ist, andererseits weil in jeder Verkürzung eine betagte Auflösung liegt.)

Ziffer 2. **Beschluß der Generalversammlung.** Gesetzlich erfordert ist hierfür eine Mehrheit, Anm. 6 die $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (vgl. RG. 20, 140). Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen, nicht aber die Erfordernisse erleichtern. Über die Berechnung der Mehrheit und den Begriff des vertretenen Grundkapitals vgl. Anm. 4 zu § 251. Eintragung des Beschlusses ist im allgemeinen nicht erforderlich (Anm. 4 zu § 293). Wenn der Auflösungsbeschluß gleichzeitig eine Statutenänderung enthält (vgl. Anm. 4), so müssen auch die Erfordernisse der Statutenänderung gewahrt sein (Anm. 4 zu § 293). Ob besondere Versammlungen der verschiedenen Aktiengattungen notwendig sind, sagt das Gesetz nicht. Sicherlich dann nicht, wenn eine Statutenänderung nicht vorliegt, aber auch dann nicht, wenn eine solche vorliegt (vgl. Anm. 4 zu § 275).

Der Beschluß kann auch betagt oder bedingt gefaßt werden, z. B. kann am 1. Oktober beschlossen werden, daß die Auflösung zum 31. Dezember erfolgt; ferner ist z. B. ein Beschluß zulässig, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn der Verkauf des Geschäfts zu einem bestimmten Preise erfolgt.

Ein Beschluß auf Einstellung des Betriebes ist kein Auflösungsbeschluß. Über Veräußerung des Gesamtvermögens vgl. § 303. Als Beschlüsse auf Auflösung gelten auch die, die die Auflösung zur notwendigen Folge haben (LG. Bochum bei Holdheim 14, 12 und Lehmann-Ring Nr. 3). — Die Statuten stellen oft erschwerende Erfordernisse für die Antragstellung bei dem Beschlusse auf Auflösung auf. Das ist an sich nicht unzulässig, jedoch unbeschadet der Vorschrift des § 254. — Eine Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, besteht den Gläubigern gegenüber nicht (RG. 36, 27).

§ 292. Ziffer 3. Konkurs (Lit. siehe Anm. 9 zu § 240. Über Konkurs einer ausländischen Aktiengesellschaft vgl. RG. in JW. 85, 333[10]). Er ist nach § 207 KO. bei der Aktiengesellschaft zulässig, und findet hier sowohl im Falle der Zahlungsunfähigkeit, als auch im Falle der Überschuldung statt (hierüber zu § 240). — Er hat ipso iure Auflösung der Gesellschaft zur Folge, d. h. er bewirkt ohne weiteres das Wegfallen jeder auf einen anderen Zweck gerichteten Tätigkeit und setzt den alleinigen Zweck der Befriedigung der Gläubiger und der Verteilung des Überschusses an die Aktionäre an dessen Stelle. Aber die Gesellschaft besteht, als im Stadium der Auflösung befindliche, fort (vgl. RG. bei Bauer 11, 184). (Anm. 7.)

Anm. 8. Verwaltung und Verfügung über das der Gesellschaft gehörige Vermögen gehen dabei (§ 6 der KO.) auf den **Verwalter** über. (Bei dem Konkurs einer Versicherungsgesellschaft kommt noch ein Pfleger hinzu vgl. § 62 PrivVersUntGes.). Er hat hierbei die Organe der Gesellschaft nicht zu befragen, weder den Aufsichtsrat noch die Generalversammlung. Dies gilt insbesondere auch von der Geltendmachung der Regreßansprüche (vgl. Anm. 16 zu § 241).

Anm. 9. Die **Aktionäre** sind wegen ihrer gesellschaftlichen Forderungen, insbesondere ihrer Einlagen, natürlich nicht Konkursgläubiger. Sie haben vielmehr nur Rechte auf Verteilung dessen, was nach Bezahlung der Schulden übrig bleibt. Dagegen sind sie wegen ihrer wirklichen Gläubigerrechte, also wegen dessen, was sie als Dritte zu fordern haben, ferner wegen festgestellter Dividenden, Bauzinsen, auch wegen ihrer Ansprüche nach erfolgter Herabsetzung des Grundkapitals (vgl. Anm. 19 zu § 291), zur Anmeldung berechtigt.

Anm. 10. **Den Aktionären gegenüber** ist der Verwalter zur Geltendmachung der Forderungen der Gesellschaft berechtigt, insbesondere zur Einziehung rückständiger Einlagen. Es kann ihm nicht der Einwand gemacht werden, daß die Einzahlung ihrem Zwecke nicht mehr dienen könne, da die Gesellschaft die Verfolgung ihrer Zwecke aufgegeben habe. Denn einer der Hauptzwecke der Einlagen ist die Befriedigung der Gläubiger, und diese wird gerade durch den Verwalter bezweckt (ROHG. 19, 227; 20, 270). Nur muß der Konkursverwalter selbstverständlich den zahlenden Aktionären Aktienurkunden aushändigen (ROHG. 19, 233; Bolze 7 Nr. 643). Vgl. hierüber auch noch Anm. 15 zu § 218. Mehr als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich, darf der Konkursverwalter nicht einziehen, ein hierauf gestützter Einwand ist zulässig (Behrend § 142 Anm. 15; RG. in JW. 99, 305, 306; vgl. RG. 45, 153 und auch § 311 Abs. 3). Doch hat der Aktionär die Beweislast (RG. a. a. O.). Auch das Prinzip der Gleichberechtigung der Aktionäre darf der Verwalter nicht verletzen; er darf also nicht von einem Aktionär mehr einziehen, als von einem anderen. Daß den Aktionären gegen die Einlageforderung Aufrechnung mit ihren Forderungen verwehrt ist, wird ausdrücklich in § 221 HGB. angeordnet.

Anm. 11. Die im § 212 vorgesehene **Pflicht zu periodischen Naturalleistungen** hört für die Zukunft auf, denn sie setzt die produktive Tätigkeit der Gesellschaft voraus (dagegen Goldmann Anm. 10). Rückständige Naturalleistungen können aber noch erzwungen werden, natürlich gegen die statutarische Gegenleistung. Hier greift § 17 KO. jedenfalls entsprechend Platz. Auch kann der Verwalter zu der Erklärung, ob er Erfüllung verlange, unter sinngemäßer Anwendung des § 17 aufgefordert werden. Seine ev. Entschädigungsforderung aber kann der Aktionär nur nach den übrigen Gläubigern geltend machen (vgl. RG. 22, 112). Schuldet die Gesellschaft dem Aktionär die statutarische Gegenleistung für eine bereits gemachte Naturalleistung, so ist dies ein einfacher Gläubigeranspruch, wie der Dividendenanspruch nach festgestellter Bilanz, und der Aktionär kann denselben als Konkursforderung geltend machen; daß die Höhe der Gegenleistung vor der Konkurseröffnung durch das zuständige Organ noch nicht festgestellt war, ändert daran nichts. Denn der Anspruch besteht schon vorher. Die Höhe der Gegenleistung ist jetzt durch den Konkursverwalter, im Streitfalle aber vom Richter festzusetzen.

Anm. 12 **Neben dem Konkursverwalter sind aber die Organe der Gesellschaft weiter tätig**: der Vorstand verwandelt sich mit in einen Liquidator (§§ 294, 307 Abs. 3). Gerät die Gesellschaft erst in Konkurs, nachdem sie in Liquidation getreten ist, so besteht der Liqui-

dator weiter. Ferner bestehen der Aufsichtsrat und die Generalversammlung weiter, § 292. nur daß selbstverständlich die Aufgaben der Organe soweit zurückgedrängt sind, als die Aufgabe des Konkursverwalters reicht (RG. 14, 418). Dennoch ist ihre Aufgabe nicht inhaltslos. Sie kommt in verschiedener Richtung zur Geltung. Es wird in dieser Beziehung verwiesen auf die §§ 109, 123, 125, 144 Abs. 2, 135, 173, 189 KO.; in betreff der Pflichten §§ 100, 101, 125 KO.; vgl. ferner RG. in JW. 96, 373 (die Klage eines Aktionärs auf Anerkennung seiner Mitgliedschaft ist auch im Konkurse gegen den Vorstand zu richten); es wird endlich verwiesen auf den Zwangsvergleich, der auch bei der Aktiengesellschaft möglich ist (§ 307 Abs. 2).

Über den Rechtszustand nach Beendigung des Konkurses s. Anm. 10ff. zu § 307. Anm. 13.

Über den Konkurs einer Aktiengesellschaft, die Schuldverschreibungen ausgegeben Anm. 14. hat vgl. Ges. v. 4. Dezember 1899, besonders § 18; über Konkurs von Hypothekenbanken § 35 Ges. v. 13. Juli 1899; über Konkurs von Versicherungsgesellschaften Ges. v. 12. Mai 1901 §§ 68, 73 Abs. 1 Ziff. 8, 74, 75, 62.

2. (Abs. 2.) **Von anderen Auflösungsgründen spricht das Gesetz, ohne sie zu benennen.** Anm. 15.

a) Ein anderer Auflösungsgrund, den das Gesetz selbst anderweit nennt, ist die Fusion. Doch liegt hier mehr als Auflösung, nämlich Untergang der Gesellschaft vor (Anm. 13 zu § 306). Ein weiterer Fall ist die Veräußerung des ganzen Vermögens (§§ 303, 304).

b) Ein weiterer Auflösungsgrund ist Entziehung der obrigkeitlichen Genehmigung, Anm. 16. wenn sie zur Existenz der Gesellschaft erforderlich ist, und sonstige Auflösung aus öffentlich-rechtlichen Gründen. In letzterer Beziehung ist zu verweisen auf Art. 4 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum HGB. Danach kann eine Aktiengesellschaft, wenn sie sich eines rechtswidrigen Verhaltens (Handlung oder Unterlassung) schuldig macht, durch welches das Gemeinwohl gefährdet wird, aufgelöst werden, und zwar durch Erkenntnis des Bezirksausschusses auf Betreiben des Regierungspräsidenten. Durch den Machtspruch des Verwaltungsgerichts ist in diesem Falle der Aktiengesellschaft unmöglich gemacht, ihre normale Existenz fortzusetzen. Sie ist aufgelöst und besteht nur noch als Liquidationsgesellschaft. Soweit partikularrechtliche Bestimmungen aber nicht vorhanden sind, ist eine Auflösung aus öffentlich-rechtlichen Gründen nach der hier vertretenen Ansicht (vgl. Anm. 10 zu § 178) nicht zulässig, da § 43 BGB. eine Anwendung auf die Aktiengesellschaften nicht gestattet.

Die Entziehung der Konzession zum Gewerbebetriebe ist aber ein Auflösungsgrund nicht (Neukamp 226); ebensowenig die freiwillige Einstellung des Gewerbebetriebs (vgl. Anm. 6).

c) Verschieden von der Auflösung ist die Nichtigkeit der Gesellschaft. Die Folgen Anm. 17. sind die gleichen (§ 311).

d) Kein Auflösungsgrund ist die Vereinigung aller Aktien in einer Hand (RG. Anm. 18. in JW. 97, 191; Renaud, Aktiengesellschaften 822; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, § 36 I; Petersen-Pechmann 599; Pinner 281; Rudorff 225; vgl. auch den Fall in RG. 22, 116; auch RG. 23, 202 und in JW. 04, 503[35], sowie OLG. Kolmar im „Recht" 03, 286; KGJ. 25 A S. 130; RG. in SeuffA. 3. F. V S. 411; ferner Dernburg I § 88 Anm. 1; dagegen Lehmann-Ring Nr. 6 und Gierke, Deutsches Privatrecht 559). Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die selbständige Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft dadurch aufhören sollte. Es wird zwar geltend gemacht, daß die Organisation der Gesellschaft beseitigt sei, da die Tätigkeit des Aufsichtsrats aufhöre. Allein einmal ist das nicht unbedingt richtig, da ja gesetzlich der Aufsichtsrat aus Aktionären nicht zu bestehen braucht. Im übrigen gehört die Organisation nicht derart zum Wesen der juristischen Person, daß ihre zeitweilige Zerstörung die juristische Persönlichkeit für immer vernichtete. Es liegt dann weiter nichts vor, als daß die juristische Person zeitweilig ohne Willenslenker besteht, wie wenn ein unmündiges Kind zur Zeit keinen Vormund hätte. Auf die Rechtspersönlichkeit hat dies keinen Einfluß (vgl. § 315 Nr. 1). Wie soll man sich überhaupt das Aufhören der Rechtspersönlichkeit

§ 292. denken? Wer soll dann Schuldner der Gesellschaftsschulden werden? Der Erwerber aller Aktien? Das ist juristisch in keiner Weise begründet, da man durch Aktienerwerb Rechte, aber nicht Pflichten erwirbt. Und mit diesem Übergang der Schulden werden oft die Gläubiger, oft der Aktienerwerber nicht einverstanden sein.

In den Fällen solcher Vereinigung aller Aktien in einer Hand besteht oft das Bedürfnis, das Gesellschaftsvermögen auf den alleinigen Aktieninhaber so zu übertragen, daß die an die Übertragung von Vermögen, insbesondere von Grundstücken geknüpfte Stempelsteuer vermieden werde. Diese Übertragung kann nach § 303 durch Übereignung des Gesellschaftsvermögens an den sämtliche Aktien besitzenden Inhaber erfolgen, wobei die Aktien als Gegenwert für das Gesellschaftsvermögen hergegeben und andererseits der Aktionär durch die Überlassung des Gesellschaftsvermögens für seine gesellschaftlichen Rechte abgefunden wird. Eine solche Übertragung ist nach Position 25d Abs. 2 des preußischen Stempelgesetzes im Ergebnisse stempelfrei. Denn nach dieser Position ist zwar die Überlassung von Sachen oder Rechten seitens der Gesellschaft zum Sondereigentum an einen Gesellschafter stempelpflichtig (mit 1% soweit Grundstücke, mit 1/3% soweit bewegliche Sachen, mit 1/50% soweit Forderungen überlassen werden). Allein bei Berechnung des Stempels bleibt der Teil der zum Sondereigentum überlassenen Vermögensgegenstände außer Betracht, der der Beteiligung des erwerbenden Gesellschafters an der Gesellschaft entspricht. In unserem Falle aber entsprechen sämtliche zum Sondereigentum überlassenen Gegenstände der Beteiligung des erwerbenden Gesellschafters an der Gesellschaft. Seine Beteiligung umfaßt das gesamte Gesellschaftsvermögen. Mithin fällt die gedachte Stempelverpflichtung gänzlich fort. Das Hauptsteueramt in Berlin hat in einem Falle, in dem ein Gesellschafter sämtliche Stammanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in sich vereinigte und dann beschloß, das gesamte Gesellschaftsvermögen auf sich zu übertragen, die hier entwickelte Ansicht geteilt und von der Verstempelung abgesehen, und ist der Justiz- und Finanzminister dieser Ansicht beigetreten (vgl. KGJ. 20 B S. 41). Der Auflassungsstempel fällt ebenfalls fort, soweit der Übertragungsvertrag vorgelegt wird (RG. in JW. 06, 46[60]). In gleichem Sinne hat auch das Preußische Oberverwaltungsgericht in DJZ. 99, 91 und bei Holdheim 14, 185 entschieden, es sei in dem letztgedachten Falle von der Umsatzsteuer Abstand zu nehmen (weiteres über steuerrechtliche Fragen bei Kiesel Die GmbH. Berlin 06, 45).

Die Übertragung des Vermögens auf den Alleininhaber erfolgt in diesen Fällen nicht im Wege der Universalrechtsnachfolge, sondern durch Übergabe, Auflassung usw. (KGJ. 25 A S. 129).

Der Gang einer derartigen Übertragung ist folgender: Der einzige Aktionär faßt einen Generalversammlungsbeschluß gemäß § 303, in dem er die Übertragung des Vermögens auf sich genehmigt (§ 252 Abs. 3 steht nicht entgegen, da diese Bestimmung nur ein Anfechtungsrecht gibt und niemand da ist, der anfechten kann). Der Vertrag auf Übertragung kann vorher oder nachher geschlossen werden (Anm. 8 zu § 303). Durch den Beschluß tritt die Liquidation ein (§ 303 Abs. 2). Nachdem dann die Übertragung der einzelnen Vermögensstücke erfolgt ist, ist die Beendigung der Liquidation anzumelden. Die Übernahme der Schulden folgt aus § 419 BGB.

Anm. 19. e) Mehr als Auflösungsgrund ist die Amortisation sämtlicher Aktien (§ 227). In dieser liegt nicht nur die Auflösung, sondern der Untergang der Gesellschaft. Die juristische Person entbehrt nicht nur momentan der Leitung, sondern es fehlt ihr überhaupt das persönliche Substrat. So selbständig sie auch ist, so besteht sie doch nur durch Personen und um der Personen willen, die ihre Mitglieder bilden. Besteht nach Aufhören jeder Mitgliedschaft noch Vermögen, so ist dies herrenloses Gut. Es tritt dann keine Liquidation der Gesellschaft, sondern die Verwaltung herrenlosen Gutes durch die hierzu legitimierten Personen oder Behörden ein. So auch Pinner 280. Auch wenn nur noch Genußscheine vorhanden sind, wird hierdurch die Persönlichkeit der Aktiengesellschaft nicht aufrecht erhalten (vgl. Anm. 28 zu § 179).

Anm. 20. f) Auch die Verlegung des Sitzes in das Ausland muß (mit dem RG. 7, 70; Lehmann-Ring Nr. 3; Mamelock, Juristische Personen 234 gegen 6./7. Aufl.) als Auflösungsbeschluß

erachtet werden. Die Aktiengesellschaft muß einen inländischen Sitz haben. Gibt sie ihn auf, so gibt sie damit ihre Rechtspersönlichkeit als deutsche Aktiengesellschaft auf. Es liegt daher ein Beschluß vor, der die Auflösung zur notwendigen Folge hat, und dieser ist als Auflösungsbeschluß anzusehen (Anm. 6). — Das gleiche muß übrigens gelten von der Verlegung des Sitzes aus dem Auslande in das Inland. Dadurch können z. B. im Falle politischer Territorialverschiebungen größte Unzuträglichkeiten entstehen. Es besteht z. B. in Paris eine Aktiengesellschaft, deren einziger Gegenstand die Gasbeleuchtung der Stadt Straßburg ist. Diese ist durch die politische Trennung des Reichslandes von Frankreich für Straßburg eine ausländische Aktiengesellschaft geworden; will sie ihren Sitz nach Straßburg verlegen, so muß sie sich auflösen und in Deutschland neu gegründet werden. Das Vermögen müßte dabei besonders übertragen werden. Alles dies ist unter Umständen mit großen Kosten und sonstigen Schwierigkeiten verknüpft. § 292.

g) **Der einzelne Aktionär oder eine irgendwie qualifizierte Minderheit hat kein Recht, die Auflösung zu verlangen.** Es war im Entwurf z. AGes. v. 1884 geplant, einer qualifizierten Minderheit das Recht zu gewähren, dieser Plan ist aber schon im zweiten Entwurf auf Grund der allgemein ablehnenden Kritik aufgegeben worden (Motive z. AGes. v. 1884 II 240). Anm. 21.

h) **Der einzelne Aktionär hat auch kein Recht auf Kündigung und Austritt.** Will er in der Gesellschaft nicht verbleiben, so mag er seinen Anteil veräußern. Will oder kann er auch dies nicht, so muß er auf das Zustandekommen eines Auflösungsbeschlusses hinwirken. **Auch der Pfändungsgläubiger des Aktionärs** kann die Auflösung der Gesellschaft oder den Austritt des Aktionärs nicht betreiben. Er kann nur in den geeigneten Fällen die Aktie pfänden und veräußern lassen. Anm. 22.

Es ist aber eine Statutenbestimmung zulässig, die jedem Aktionär oder einer bestimmten Mehrheit das Kündigungsrecht gibt. Hat in solchem Falle ein Aktionär gekündigt, so hat er das Sonderrecht, daß die Gesellschaft aufgelöst wird. Dagegen haben, wenn er die Kündigung zurücknimmt, die anderen Aktionäre kein Recht, die Auflösung zu verlangen (RG. in JW. 04, 44[14]).

i) **Auch der Fortfall jedes Vermögens ist** (entgegen RG. 14, 418; 15, 103) **kein Auflösungsgrund.** Der Fall wird wohl kaum praktisch werden, daß eine Aktiengesellschaft nichts, absolut nichts, ihr eigen nennt. Mindestens irgendwelche Ansprüche, und seien es auch nur Regreß- oder Befreiungsansprüche, wird sie doch haben. Immerhin muß der Vollständigkeit wegen zu dieser Frage Stellung genommen werden und das kann nur in dem gedachten Sinne geschehen. Warum sollte eine solche Gesellschaft nicht weiter existieren können? Sie kann ja vielleicht im Vertrauen auf die Persönlichkeit ihrer Leiter Kredit und dadurch die Möglichkeit der Fortsetzung ihrer Existenz erhalten. Ja, sie steht doch noch besser da, wie eine überschuldete Gesellschaft! (ebenso Pinner 281). Anm. 23.

§ 293.

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkurses durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. § 293.

Der vorliegende Paragraph schreibt die Anmeldung der Auflösung vor.

1. **Jede Art der Auflösung ist anzumelden,** auf welchem Grunde sie auch beruhen möge; jedoch abgesehen vom Konkurse. Anm. 1.
2. **Anmeldungspflichtig ist der Vorstand,** nicht gerade sämtliche Mitglieder des Vorstandes. Der Vorstand kann durch Ordnungsstrafen dazu gezwungen werden (§ 14). Anm. 2.
3. **Die Anmeldung erfolgt bei allen Gerichten,** bei denen die Gesellschaft eingetragen ist (§ 13). Anm. 3
4. **Die Anmeldung führt zur Eintragung. Die Eintragung gehört aber nicht zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses.** Nur wenn in dem Auflösungsbeschlusse zugleich eine Statutenänderung liegt, z. B. bei Verkürzung der statutarischen Gesellschaftsdauer (vgl. Anm. 5 Anm. 4.

§ 293. zu § 292), muß außerdem gemäß § 277 die Eintragung erfolgen, damit der Beschluß gültig werde (zust. Lehmann-Ring Anm. zu diesem Paragraphen; dagegen Goldmann Anm. 4).

Anm. 5. 5. Das Registergericht hat die Eintragung der Auflösung zu veröffentlichen (§ 10). Außerdem erfolgt eine Art Bekanntmachung der Auflösung durch den Vorstand (§ 297).

Anm. 6. **Zusatz 1. Die Bedeutung der Eintragung** liegt darin, daß die Gesellschaftsauflösung gutgläubigen Dritten nur entgegengesetzt werden kann, wenn sie eingetragen ist (§ 15).

Anm. 7. **Zusatz 2. Alles Vorstehende betrifft nicht den Fall des Konkurses.** Für diesen Fall greift § 104 KO. Platz. Danach hat der Gerichtsschreiber die Formel des Eröffnungsbeschlusses unter Bezeichnung des Konkursverwalters dem Registerrichter mitzuteilen. Alsdann wird die Tatsache der Konkurseröffnung eingetragen (§ 32). Inwieweit der gutgläubige Dritte sich die Konkurseröffnung entgegenhalten lassen muß, richtet sich nach der Konkursordnung (vgl. insbesondere § 7 KO.). Der gute Glaube wird hier im allgemeinen nicht geschützt (vgl. bei uns zu § 366; Jaeger Anm. 21 ff.; insbesondere Anm. 31 zu § 7 KO.).

§ 294.

§ 294. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen die Vorschriften der vorausgehenden Titel zur Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet die Liquidation als Folge der Auflösung an** (Abs. 1) **und gibt eine allgemeine Vorschrift über die während der Liquidation zur Anwendung kommenden Vorschriften** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt,** außer im Konkursfalle (über letzteren s. Anm. 7 ff. zu § 292). Die Vorschrift ist den Worten nach gleichlautend, wie bei der o. H. G. (§ 145). Danach ist hier, wie dort, die Liquidation die obligatorische Folge der Auflösung. Aber zwischen beiden Vorschriften ist doch ein großer sachlicher Unterschied.

Anm. 2. Bei der o. H. G. ist nämlich die Liquidation die auf dispositiver Gesetzesvorschrift beruhende gesetzliche Folge der Auflösung (vgl. Anm. 6 zu § 145). Die gesetzliche Folge der Auflösung ist nun die Liquidation auch hier. Aber es ist kein bloßes Dispositivgesetz, das sie hier anordnet. Die Liquidation ist hier vielmehr die unbedingte, durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß nicht ausschließbare Folge der Auflösung. Hier muß die Versilberung und Ausschüttung in den Formen und Fristen erfolgen, die vom Gesetze angeordnet sind. Die Vorschriften sind öffentlich-rechtliche (Behrend § 139; KGJ. 18 A S. 48). Über ausnahmsweise Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft ohne Neugründung s. § 307; über Ausnahmen, in denen Liquidation nicht nötig ist, vgl. §§ 304, 306.

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Die während der Liquidation zur Anwendung kommenden Vorschriften** sind die Vorschriften, die für die lebende Gesellschaft gelten, soweit nicht aus dem vorliegenden Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes sich ergibt (auch der Gerichtsstand der §§ 17, 22 CPO. bleibt während der Liquidation bestehen; vgl. RG. 41, 93).

Anm. 4. Zu weit würde es führen, aufzuzählen, welche Vorschriften hiernach auf die Liquidationsgesellschaft Anwendung finden. Richtiger und praktischer ist es, umgekehrt die Vorschriften hervorzuheben, die nicht Anwendung finden.

Soweit nun der vorliegende Titel selbst Ausnahmen macht, kann diese Hervorhebung unterbleiben.

Anm. 5. Darüber aber, inwieweit der Zweck der Liquidation die Nichtanwendung begründet, ist folgendes zu sagen:

§ 294. Die Liquidation hat zwar zur Folge, daß die Aktiengesellschaft ihr normales Leben als Erwerbsgesellschaft aufgibt, aber als Liquidationsgesellschaft, als Selbstvernichtungsgesellschaft, bleibt sie zunächst bestehen, bis dieser ihr einziger Zweck, die Selbstvernichtung, erreicht ist.

Anm. 6. Die Gesellschaft wird eine Liquidations-Aktiengesellschaft, sie hat nunmehr lediglich noch die Aufgabe, zu liquidieren, und das hat zur Folge, daß ihre Organe zwar bestehen (Vorstand, jetzt Liquidatoren genannt, Generalversammlung, Aufsichtsrat) — KGJ. 14, 238 —, aber mit veränderten, eingeengten Befugnissen. Es bleibt hiernach die Organisation der Aktiengesellschaft für die Durchführung der Liquidationsaufgaben erhalten (Behrend § 139; ROHG. 16, 286; 19, 163; 22, 243).

Anm. 7. Insbesondere bleibt hiernach der Aktionär in der Liquidation an die Beschlüsse der Generalversammlung gebunden (RG. 3, 54). Auch Rechte aus § 254 können geltend gemacht werden (OLG. Hamburg in SeuffA. 43, 207; RG. in SeuffA. 41 Nr. 165).

Anm. 8. Auch die Haftbarkeit der Liquidatoren ist die gleiche, wie die der Vorstandsmitglieder, § 241 findet hier Anwendung und auf die Aufsichtsratsmitglieder der Liquidationsgesellschaft § 249.

Anm. 9. Der Anspruch auf jährlichen Reingewinn fällt während der Liquidation fort. Es wird gemäß § 300 lediglich das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen verteilt. Werden, wie häufig bei Terraingesellschaften, Abschlagsverteilungen vorgenommen, so sind dies lediglich Rückzahlungen, keine Gewinnverteilungen. Weder die Überschüsse, die sich bei den jährlichen Bilanzen, noch die, die sich bei der Eröffnungsbilanz ergeben, sind als solche verteilbar (vgl. Anm. 6 zu § 299 und Staub GmbH. Anm. 8 zu § 69).

Anm. 10. Die Tantieme des Vorstands und Aufsichtsrats fällt während der Liquidation fort, da ein Reingewinn nicht vorhanden ist, nicht aber die feste Vergütung. Bleibt der Vorstand Liquidator, so bleiben, falls nichts anderes vereinbart ist, seine Bezüge bestehen; statt der Tantieme wird ihm eine angemessene Vergütung zu bewilligen sein (Lehmann II, 569 Anm. 4 gegen 6./7. Aufl. und Lehmann-Ring Nr. 5 zu § 295). Über die Vergütung des gerichtlich bestellten Liquidators vgl. Anm. 9 zu § 295. Der Aufsichtsrat hat, soweit er nur Tantieme bezieht, regelmäßig nichts zu fordern (vgl. Anm. 3 zu § 245); jedoch steht nichts im Wege, daß die Generalversammlung eine Vergütung beschließt.

Anm. 11. Statutenänderungen sind nicht unbedingt ausgeschlossen, so beispielsweise, wenn das Statut unzweckmäßige Anordnungen über die Liquidation selbst enthalten sollte (KGJ. 15, 36). Unter dieser Voraussetzung ist aber auch die Verlegung des Gesellschaftssitzes im Liquidationsstadium nicht unbedingt unzulässig und die entgegengesetzte Ansicht des KG. (KGJ. 15, 37), die allerdings auf positive Bestimmungen des früheren Rechts gestützt wurde, ist nicht zu billigen. Auch Kapitalserhöhungen und Kapitalsherabsetzungen sind, wenn sie im Rahmen des Liquidationszwecks liegen, nicht unzulässig (die entgegenstehende Ansicht der 6./7. Aufl., der das OLG. Karlsruhe bei Bauer 11, 44 zugestimmt hat, ist von Staub in GmbH. Anm. 38 zu § 69 mit eingehender Begründung verlassen [vgl. auch Hachenburg in SeuffBl. 70, 305]).

Anm. 12. **Auch rückständige Einlagen können eingefordert werden** (ROHG. 22, 135; vgl. hierüber näheres Anm. 10 zu § 292, was dort hierüber für den Konkursfall gesagt ist, gilt entsprechend auch für den Liquidationsfall; vgl. auch RG. 45, 154).

Anm. 13. Die Erwerbung eines neuen Geschäfts wird regelmäßig unzulässig sein, auch nach außen (§§ 298, 149), es sei denn, daß sie im Rahmen des Liquidationszweckes liegt, z. B., wenn der Geschäftsinhaber Schuldner der Masse ist und die Forderung anders nicht zu retten ist.

Anm. 14. Ein Beschluß, die Liquidation aufzuheben und die Gesellschaft wieder in eine Erwerbsgesellschaft umzuwandeln, ist, außer in den Fällen des § 307, unzulässig (Anm. 3 zu § 292).

Anm. 15. 3. **Ausnahmsweise ist die Folge der Auflösung nicht die Liquidation**, so im Falle des Konkurses, ferner in den Fällen der §§ 304 u. 306. Der Fall des Konkurses ist in Anm. 7 ff. zu § 292 behandelt, weiteres zu § 307.

§ 294. Anm. 16. **Zusatz 1. Übergangsfrage.** Die Vorschrift ist auf bestehende Gesellschaften anwendbar (Anm. 1—4 zu § 178).

Anm. 17. **Zusatz 2.** Über **Steuerpflichtigkeit** der Liquidationsgesellschaft vgl. PrOVGSt. 11, 199.

§ 295.

§ 295. Die Liquidation geschieht durch die Mitglieder des Vorstandes als Liquidatoren, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung andere Personen dazu bestimmt werden.

Auf Antrag des Aufsichtsraths oder von Aktionären, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Aktionäre haben bei Stellung des Antrags glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten Besitzer der Aktien sind.

Die Abberufung von Liquidatoren kann durch das Gericht unter denselben Voraussetzungen wie die Bestellung stattfinden. Liquidatoren, die nicht vom Gericht ernannt sind, können durch die Generalversammlung auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für welchen sie bestellt sind, abberufen werden.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, wer als Liquidator tätig ist, und gibt nähere Bestimmungen über Berufung und Abberufung der Liquidatoren.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 u. 2.) **Die Berufung der Liquidatoren.** Sie erfolgt, entsprechend der Vorschrift bei der offenen Handelsgesellschaft, durch Übereinkunft oder Gesetz, unter Umständen auch durch den Richter.

a) Liquidatoren können nur physische Personen, nicht etwa juristische Personen oder Behörden sein. Die Bestimmung, daß der jeweilige Präsident einer Behörde Liquidator sein soll, ist, mag sie durch Statut oder durch Beschluß der Generalversammlung geschehen sein, unzulässig (so Flater in DJZ. 03, 318). Ein bestimmter, der Person nach feststehender Einzelträger einer Behörde dagegen kann bestellt werden (KG. im „Recht" 04, 506).

Anm. 2. b) (Abs. 1.) Übereinkunft oder Gesetz. Die Übereinkunft ist entweder eine im Gesellschaftsvertrage bereits enthaltene oder eine besonders getroffene. Wird sie für den besonderen Fall getroffen, so geschieht dies in derselben Weise, wie Gesellschafterübereinkünfte stets bei Aktiengesellschaften zustande kommen: durch einfachen Generalversammlungsbeschluß. Der letztere kann gegen das Statut auch andere Personen ernennen, da ihm insoweit das Abberufungsrecht zusteht und er dieses auch sofort ausüben kann (Lehmann-Ring Nr. 3). Eine im Statut oder später durch Generalversammlungsbeschluß getroffene Bestimmung liegt aber nur dann vor, wenn die Liquidation bestimmten anderen Personen übertragen wird; eine Bestimmung, der jeweilige Direktor einer Bank, oder der jeweilige Vorsteher eines Amts solle Liquidator sein, ist ebenso ungültig, wie die, daß der Aufsichtsrat oder eine bestimmte Person als Körperschaft den Liquidator benennen soll (vgl. Anm. 1 u. 3).

Anm. 3. Der Aufsichtsrat dagegen kann den Liquidator nicht ernennen, während er, falls das Statut dies bestimmt, den Vorstand ernennen kann. Auch kann ihm die Generalversammlung dieses Recht nicht übertragen. Legt daher der bestellte Liquidator sein Amt nieder, so vermag nur die Generalversammlung oder der Richter Ersatz zu schaffen (zust. Lehmann-Ring Nr. 3; Pinner 286, sowie KG. in OLGR. 8, 235).

Anm. 4. Durch Gesetz ist der Vorstand berufen. Die Funktionen desselben verwandeln sich durch die Auflösung in die Funktionen der Liquidatoren.

Anm. 5. c) (Abs. 2.) Unter Umständen erfolgt auch richterliche Ernennung. Um Mißbräuchen zu begegnen, die bei den Entgründungen vorgekommen sind, wird damit die Möglichkeit

gegeben, in Widerspruch mit der herrschenden Mehrheit die Berufung eines Liquidators § 295. durchzusetzen, nämlich auf Antrag des Aufsichtsrats oder einer qualifizierten Minderheit von Aktionären.

α) Der Antrag richtet sich an das Gericht des Sitzortes, und zwar an das Amts- Anm. 6. gericht gemäß §§ 145, 146 FGG. Die näheren Einzelheiten des Antrages und der Beschwerde siehe Anm. 16 u. 26 zu § 254. Als Gegner ist hier die Gesellschaft, also die gesetzlichen Vertreter derselben, zu hören. Gegen die Ernennung haben weder einzelne Aktionäre noch der Aufsichtsrat das Beschwerderecht (RG. in OLGR. 8, 235).

β) Über den Inhalt des Antrages ist materiell nur vorgeschrieben, daß die Gründe Anm. 7. wichtig sein müssen. Über die Glaubhaftmachung des sechsmonatlichen Besitzes s. Anm. 12 zu § 266. — Die richterliche Ernennung kann darüber Bestimmung treffen, ob der Ernannte alleinige oder Gesamtvertretungsbefugnis haben soll (§ 298 Abs. 3).

γ) Nimmt man, entgegen der hier vertretenen Ansicht (vgl. Anm. 6 zu § 178) an, daß die Anm. 8. Bestimmungen des BGB. über Vereine subsidiär zur Anwendung kommen, so kann in dringenden Fällen das Amtsgericht auf Anrufen jedes Beteiligten einen Liquidator bestellen, wenn ein solcher nicht vorhanden ist (§§ 29, 48 BGB. und KGJ. 23 A S. 105).

δ) Die Kosten der Liquidation sind auch bei richterlicher Ernennung durch die Gesell- Anm. 9 schaft zu tragen. Die ernannten Liquidatoren können ein angemessenes Honorar für sich beanspruchen und der Liquidationsmasse entnehmen. Die Konstruktion dieses Anspruches ist nicht schwierig. Die Liquidatoren stehen auch im Falle richterlicher Ernennung in einem Dienstverhältnisse zur Gesellschaft. Der Vertrag ist durch die Entscheidung des Richters einerseits, die Annahme des Amtes durch den Liquidator andererseits zustande gekommen. Die erstere ergänzt die Anstellungserklärung der Gesellschaft, ähnlich wie ein rechtskräftiges Erkenntnis gemäßt § 894 CPO. (vgl. Pinner 286). Der Richter hat die Vergütung nicht festzusetzen, selbst wenn die Beteiligten dies beantragen (KGJ. 27 A S. 222).

2. (Abs. 3.) **Die Abberufung der Liquidatoren.** Sie erfolgt durch die Generalversammlung Anm. 10. oder durch den Richter, nicht auch durch den Aufsichtsrat.

a) Durch die Generalversammlung kann jeder Liquidator abberufen werden, der nicht vom Richter bestellt ist. Ein Recht auf Durchführung der Liquidation hat der bestellte Liquidator nicht. Er kann in keinerlei Weise im Wege Rechtens durchsetzen, daß er Liquidator bleibe (KGJ. 3, 29). Die Ansprüche aus bestehenden Dienstverträgen sind von selbst vorbehalten, das Gesetz brauchte dies nicht besonders auszusprechen.

Die Generalversammlung hat aber nicht die Macht, den vom Richter bestellten Liquidator Anm. 11. abzusetzen. Dies weicht von § 147 ab, liegt aber hier in der Natur der Sache. Denn wenn auch die Generalversammlung das oberste Willensorgan der Gesellschaft ist, so ist es doch keine allgemeine Willensübereinstimmung, durch die ihre Beschlüsse zustande kommen, sondern ein Mehrheitswille, gegen dessen Übermacht gerade das richterliche Ernennungsrecht Schutz bieten soll. Eine andere Frage wäre es, ob nicht die Aktionäre die Macht haben, durch einstimmigen Beschluß die richterlich ernannten Liquidatoren abzusetzen. Bei der strikten Vorschrift des Gesetzes ist auch dies zu verneinen.

b) Der Richter und zwar das Amtsgericht (vgl. Anm. 6) kann unter denselben Voraus- Anm. 12. setzungen, wie Liquidatoren ernennen, auch Liquidatoren abberufen, und zwar ohne Rücksicht auf die Art der Berufung, sie mag auf dem Statut, Generalversammlungsbeschluß oder richterlicher Verfügung beruhen. Beschwerderecht hat die Gesellschaft und der abberufene Liquidator (§ 20 FGG.).

c) Der Aufsichtsrat dagegen hat kein Abberufungsrecht (anders als gegenüber dem Vor- Anm. 13. stande). Auch eine Delegation dieser Befugnis von der Generalversammlung an den Aufsichtsrat ist nicht zulässig (RG. in OLGR. 8, 235).

Zusatz. Das Dienstverhältnis der Liquidatoren. Wenn die Vorstandsmitglieder Liqui- Anm. 14. datoren werden, so ändert sich dadurch allein der Dienstvertrag nicht (RG. 24, 70). Eine Be-

§ 295. soldung kann auch nachträglich durch die Generalversammlung beschlossen werden (ROHG. 24, 222). Näheres über den Dienstvertrag vgl. Anm. 23 ff. zu § 231. Der Anspruch auf Tantieme fällt, wie hier bemerkt, weiter weg mit dem Eintritt der Liquidation (vgl. Anm. 10 zu § 294). Durch den Konkurs des Liquidators hört er nicht ohne weiteres auf, Liquidator zu sein. Ob dies ein Abberufungsgrund ist, ist Frage des Einzelfalles (Bolze 1 Nr. 1189).

§ 296.

§ 296. Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist bei der Bestellung der Liquidatoren eine Bestimmung über ihre Vertretungsbefugniß getroffen, so ist auch diese Bestimmung zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder Aenderung beizufügen; diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Anmeldung der Liquidatoren und Zeichnung der Firma durch sie vor dem Handelsgericht.

Anm. 1. 1. **Die Anmeldung der gewählten Liquidatoren** (Abs. 1 und 2).

a) Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand anzumelden (nicht gerade durch die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes). Hört jedoch der Vorstand mit dem Eintritt der Auflösung zu fungieren auf (vgl. KGJ. 29 A S. 227), so sind auch die ersten Liquidatoren nicht durch den bisherigen Vorstand, sondern durch die Liquidatoren anzumelden. Denn auch die Anmeldung ist eine Funktionstätigkeit des legitimen Vorstandes (anders Rudorff 227 und Lehmann-Ring Nr. 1 sowie Goldmann Anm. 2; vgl. Staub GmbH. Anm. 4 zu § 67). Jede Änderung in der Person der Liquidatoren ist durch die Liquidatoren anzumelden, d. h. durch die Personen, die mit dem Eintritt der Änderung zu Liquidatoren berufen sind (KGJ. 14, 27). Wenn also z. B. von zwei gesamtberechtigten Liquidatoren der eine durch den Tod ausscheidet und an seiner Stelle ein anderer bestellt wird, so haben nunmehr diese beiden, der alte und der neue, die Anmeldung gemeinschaftlich zu bewirken. Wenn durch Generalversammlungsbeschluß der einzige Liquidator abberufen und ein anderer gewählt wird, so meldet der letztere sich selbst an. Wenn von zwei Liquidatoren, die einzeln zur Vertretung legitimiert sind, der eine durch einen andern ersetzt wird, so kann der übrig gebliebene und der neue Ersatzmann, d. h. jeder von beiden, die Anmeldung bewirken; denn es brauchen nicht notwendig alle tätigen Liquidatoren mitzuwirken, sondern es genügt, daß so viele Liquidatoren bei der Anmeldung mitwirken, als zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Hätte das Gegenteil gelten sollen, so würde das Gesetz gesagt haben: die sämtlichen Liquidatoren. Dazu aber lag kein Anlaß vor, da ja auch nicht die sämtlichen Vorstandsmitglieder zur Anmeldung der ersten Liquidatoren berufen sind.

Anm. 2. Anzumelden sind die Personen und, wenn Bestimmungen über die Vertretung getroffen sind, auch diese. An sich ist es nicht nötig, daß solche Bestimmungen getroffen sind. Sind keine getroffen, so gilt Gesamtvertretungsbefugnis aller Liquidatoren (§§ 232, 294 Abs. 2; vgl. Anm. 9 und 10 zu § 298).

Anm. 3. b) Der Zwang zur Anmeldung geht aus § 14 hervor.

Anm. 4. c) Die Beilagen der Anmeldung sind im Abs. 2 aufgeführt: öffentlich beglaubigte Abschriften der Urkunden über die Bestellung oder Änderung.

Liegen Urkunden über die Tatsache des Wechsels im Amt des Liquidators nicht vor, z. B. wenn der bisherige Liquidator verschwunden oder verstorben ist, so ist das dem Gericht zu bescheinigen, in letzterem Fall z. B. durch die Todesurkunde. Der Richter kann gemäß § 12 FGG. Ermittelungen anstellen. **§ 296.**

d) Die Anmeldung erfolgt bei allen Gerichten, bei denen die Gesellschaft eingetragen ist (§ 13). Zu den Zweigregistern brauchen jedoch die Beilagen der Anmeldung nicht mit überreicht zu werden (Abs. 2). Die Anmeldung beim Zweigregister erfolgt ja erst nach Eintragung in das Hauptregister. Die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung ist also schon geprüft. Anm. 5.

2. **Die gerichtliche Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren braucht nicht angemeldet zu werden.** Hier erfolgt die Eintragung von Amts wegen (Abs. 3), bei dem Gerichte der Zweigniederlassung also durch Requisition. Anm. 6.

3. **Außer der Anmeldung findet noch eine Zeichnung der Unterschrift und der Firma durch die Liquidatoren statt** (Abs. 4). Hierüber näheres § 12. Hinzuzufügen ist aber, daß sich die Zeichnungspflicht auch auf die Liquidatoren bezieht, die bereits eine Unterschrift zu den Registerakten abgegeben haben, z. B. die Mitglieder des bisherigen Vorstandes, und daß sich diese Zeichnungspflicht auch auf die gerichtlich ernannten Liquidatoren bezieht. Nur angemeldet brauchen diese nicht zu werden. Anm. 7.

Zusatz 1. Die Bedeutung der Eintragung der Liquidatoren liegt in § 15: von der Eintragung und Bekanntmachung an muß der Dritte die Veränderung in der Person der Liquidatoren sich entgegenhalten lassen. **Das Amt des Liquidators, auch des gerichtlich ernannten, datiert aber von der Bestellung, nicht erst von der Eintragung** (RG. bei Holdheim 13, 166). Anm. 8.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschrift findet auch auf bestehende Gesellschaften Anwendung (Anm. 1—4 zu § 178). Anm. 9.

§ 297.

Die Liquidatoren haben unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. **§ 297.**

Pflicht der Liquidatoren zur Aufforderung der Gläubiger.

1. Die Liquidatoren haben diese Verpflichtung unverzüglich zu erfüllen, sobald dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange tunlich ist. Die Eintragung des Auflösungsbeschlusses ist regelmäßig nicht Voraussetzung dieser Verpflichtung und ihre eigene Eintragung überhaupt nicht. Denn erstere Eintragung gehört regelmäßig nicht zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses (Anm. 4 zu § 293) und letztere Eintragung überhaupt nicht (Anm. 8 zu § 296). Anm. 1.

2. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. In welchen Zwischenräumen, ist nicht gesagt. Sie kann also auch an drei hintereinanderfolgenden Tagen erfolgen; auch die Bekanntmachung in der Morgen- und in der Abendnummer derselben Zeitung ist eine zweimalige Veröffentlichung. Anm. 2.

3. Nur öffentliche Aufforderung ist erforderlich, nicht private Aufforderung an die bekannten Gläubiger, während diese in Art. 245 früher gefordert war und bei der Herabsetzung des Grundkapitals auch jetzt gefordert wird (§ 289 Abs. 2). Diese besondere Bekanntmachung ist deshalb nicht nötig, weil den bekannten Gläubigern, auch ohne daß sie sich melden, ihre Forderung zu bezahlen oder zu hinterlegen ist (§ 301 Abs. 2; anders bei der Herabsetzung im § 289 Abs. 3). Anm. 3.

4. Ein Ordnungsstrafrecht zur Erzwingung dieser Verpflichtung existiert nicht. Weder § 14, noch § 319 enthält ein solches. Verletzen die Liquidatoren ihre Verpflichtung und verzögern sie dadurch den Beginn des Sperrjahres sowie die Auszahlung, so machen sie sich nach § 298 Abs. 2, § 241 haftbar; desgleichen der Aufsichtsrat, der die Liquidatoren nicht zur Erfüllung ihrer Verpflichtung anhält gemäß §§ 298 Abs. 2, 249; Aktionäre, die Liquidationserlöse in Empfang nehmen, ohne daß jene Aufforderung erlassen ist, haften auf Rück- Anm. 4.

§ 297. zahlung gemäß § 217. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß die Aktionäre wegen etwa durch die Verzögerung der Ausschüttung erlittenen Schadens einen direkten Anspruch gegen die Liquidatoren haben. Sie stehen mit ihnen in einem direkten Rechtsverhältnis nicht.

Anm. 5. **Zusatz. Übergangsfrage.** Auf bestehende Gesellschaften findet der vorliegende Paragraph Anwendung, die zu 3 erwähnte Erleichterung auch in bezug auf Liquidatoren, die bereits vor dem 1. Januar 1900 bestellt waren (Anm. 1—4 zu § 178).

§ 298.

§ 298. Der Geschäftskreis der Liquidatoren sowie die Form, in welcher sie die Firma zu zeichnen haben, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 149, 151, 153.

Im Uebrigen haben die Liquidatoren innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes; sie unterliegen gleich diesem der Ueberwachung durch den Aufsichtsrath.

In Ansehung der Mitwirkung sämmtlicher Liquidatoren bei Willenserklärungen für die Gesellschaft findet die Vorschrift des § 232 Abs. 1 Satz 1 nur insoweit Anwendung, als nicht für die Liquidatoren im Gesellschaftsvertrag oder bei ihrer Ernennung ein Anderes bestimmt ist.

Eine Bestellung von Prokuristen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 236 bleiben außer Anwendung.

Der vorliegende Paragraph gibt einige, nur lose zusammenhängende Vorschriften über die Liquidatoren.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Der Geschäftskreis der Liquidatoren** richtet sich nach § 149. Dieser Paragraph bestimmt den Umfang der Vertretungs- und der Geschäftsführungsbefugnis für die Liquidatoren einer o. H. G. Dieselben Grenzen sind der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis auch hier gesetzt. Auch der Liquidator einer Aktiengesellschaft hat nur Abwickelungsgeschäfte vorzunehmen (vgl. Anm. 2 u. 3 zu § 294). Seine Vertretungsbefugnis ist durch den Zweck der Liquidation beschränkt und ebenso seine Geschäftsführungsbefugnis. Über die Frage, inwieweit die Beschränkung nach außen gilt vgl. Anm. 16 ff. zu § 149.

Anm. 2. Wegen der näheren Erläuterungen ist auf die Anm. 4 ff. zu § 149 zu verweisen (wegen der Berechtigung, rückständige Einlagen einzufordern, insbesondere ROHG. 22, 135 sowie RG. 45, 153; auch Anm. 12 zu § 294).

Anm. 3. Hervorzuheben ist hier nur, daß auch hier nur Schranken für die Liquidatoren, nicht für die Gesellschaft aufgestellt sind. Über die der Gesellschaft, insbesondere der Generalversammlung während der Liquidation gezogenen Aktionsgrenzen s. Anm. 3 zu § 294.

Anm. 4. Dem Geschäftskreise der Liquidatoren sind aber auch noch sonstige Schranken auferlegt, so z. B. in den §§ 303 ff. (Verwertung des Gesellschaftsvermögens im ganzen).

Anm. 5. Soweit der § 149 oder sonstige Vorschriften den Liquidatoren Schranken nicht auferlegen, haben diese die Rechte und Pflichten des Vorstandes und unterliegen gleich diesem der Überwachung des Aufsichtsrats (Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen; vgl. RG. 45, 153).

Anm. 6. Die Liquidatoren haben hiernach, wie der Vorstand, nach außen die Stellung gesetzlicher Vertreter, nach innen haben sie Geschäftsführungsbefugnis und in beiden Eigenschaften haben sie alle Rechte und Pflichten des Vorstands, soweit diese nicht durch besondere Liquidationsvorschriften oder durch das Wesen der Liquidation eingeengt oder umgekehrt erweitert werden. So haben sie z. B. die Generalversammlungen zu berufen, soweit dies nötig ist (§ 253 Abs. 2); insbesondere notwendigerweise im Falle des § 240 (auch § 240 Abs. 1 ist anwendbar, denn die Liquidation kann beschlossen werden, ehe ein Verlust in dieser Höhe zu

verzeichnen war); die Liquidatoren haben die Bilanzen zu ziehen, für die Buchführung Sorge zu tragen, das Recht der Anfechtung nach § 271 auszuüben usw. Sie sind überall Vertreter, Mandatare der Gesellschaft, nicht der Aktionäre (RG. 29, 5; 41, 95), auch nicht der Gläubiger, denen sie jedoch in gewisser Hinsicht verantwortlich sind (vgl. §§ 241, 249 Anm. 3ff. zu § 294). **§ 298.**

2. (Abs. 1.) **Der gesetzliche Umfang der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unbeschränkbar.** Das folgt aus § 151, der im vorliegenden Paragraphen in Bezug genommen ist. Soweit die Vorschriften des § 149 oder sonstige Vorschriften die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren ordnen, ist dieser Umfang Dritten gegenüber unbeschränkbar. Nach innen können die Geschäftsführungsbefugnisse natürlich darüber hinaus beschränkt werden, die Liquidatoren haben nach innen alle die Beschränkungen innezuhalten, die ihnen von den maßgebenden Organen auferlegt werden (§§ 235, 294 Abs. 2). Es ist daher auch eine gültige Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse, wenn das Statut besagt, daß die Einzahlungen nur durch Bekanntmachung des Aufsichtsrats eingefordert werden sollen; selbst wenn den Liquidatoren dadurch auch das Liquidationsgeschäft erschwert wird. Es liegt darin keine Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten gegenüber (das RG. 45, 153 ist entgegengesetzter Ansicht). Anm. 7.

Wegen der näheren Erläuterung dieser Materie s. Anm. 1—3 zu § 151. Die dort Anm. 5 erwähnte Erweiterung der Vertretungsmacht ist auch bei der Aktiengesellschaft möglich, sie erfolgt durch Beschluß der Generalversammlung (Lehmann-Ring Nr. 1).

3. (Abs. 1.) **Die Form der Zeichnung der Firma** richtet sich nach § 153, der im vorliegenden Abs. 1 in Bezug genommen ist (die bisherige Firma erhält einen Liquidationszusatz, die Liquidatoren fügen dieser Firma ihren Namen bei). Anm. 8.

Die nähere Erläuterung s. zu § 153, wo insbesondere auch der Charakter der Vorschrift als bloßer Ordnungsvorschrift hervorgehoben ist.

4. (Abs. 3.) **Die Frage, wer beim Vorhandensein mehrerer Liquidatoren bei der Vertretung der Gesellschaft mitwirken muß,** richtet sich nach § 232, nur mit dem einen Unterschiede, daß die Abweichung von der Gesamtvertretung nicht nur durch den Gesellschaftsvertrag, sondern auch bei ihrer Ernennung (also auch durch das Registergericht) bestimmt werden kann. Anm. 9.

Im übrigen gilt § 232. Danach gilt also regelmäßig Gesamtvertretungsbefugnis; auch dann, wenn die Vorstandsmitglieder Einzelvertretung hatten, verwandelt sie sich in Gesamtvertretung, sobald die Auflösung beschlossen wird. Aber die Gesamtberechtigten können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen (RG. in JW. 00, 663[18]), und bei Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft genügt die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Liquidator, woran weder der Gesellschaftsvertrag, noch die Ernennung etwas ändern kann (vgl. §§ 28 Abs. 2, 40, 48 BGB.). Anm. 10.

Wegen der näheren Erläuterung vgl. Anm. 1—14 zu § 232.

Dagegen fällt die uneigentliche Gesamtvertretung (in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, hier weg, da nach Abs. 4 unseres Paragraphen eine Bestellung von Prokuristen im Liquidationsstadium nicht stattfindet.

5. (Abs. 4.) **Eine Bestellung von Prokuristen findet nicht statt.** Auch insoweit ist also die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren gegen die des Vorstandes beschränkt. Auch nicht mit Genehmigung der Generalversammlung oder des Aufsichtsrates können Prokuristen im Liquidationsstadium bestellt werden. Die vorhandenen Prokuren erlöschen infolgedessen (ROHG. 13, 225). Der Dritte muß sich dieses Erlöschen von dem Augenblicke an entgegenhalten lassen, in dem die Auflösung der Gesellschaft in das Register eingetragen ist oder in dem er von dem Auflösungsbeschlusse Kenntnis hatte (§ 15). Eine andere Frage ist, ob vorhandene oder neubestellte Prokuristen nicht als Handlungsbevollmächtigte gelten können. Denn eine Handlungsvollmacht kann im Stadium der Liquidation für deren Zwecke bestellt werden (Anm. 29 zu § 149 und Anm. 16 zu § 238). Man wird anzunehmen haben, daß die Prokuren als Handlungsvollmachten zu betrachten sind (dagegen Goldmann Anm 7). Anm. 11.

§ 298. 6. (Abs. 4.) **Das Konkurrenzverbot** gegen die Liquidatoren fällt fort. Der § 236 findet keine Anm. 12. Anwendung. Natürlich kann es vertragsmäßig festgesetzt werden. Über solche vertragsmäßigen Konkurrenzverbote s. Anm. 12 zu § 236.

Anm. 13. **Zusatz.** Über die Rechtswirkung der von den Liquidatoren vorgenommenen Rechtshandlungen, über die Haftung der Gesellschaft für Delikte der Liquidatoren, über die Haftung der Liquidatoren selbst Dritten gegenüber für Delikte und schuldhafte Vertragsverletzung, über die Haftung dessen, der sich fälschlich als Liquidator ausgibt, über Rechtsgeschäfte der Liquidatoren mit sich selbst vgl. Erl. zu § 232. Die Fragen sind hier entsprechend wie dort zu beantworten.

§ 299.

§ 299. Die Liquidatoren haben für den Beginn der Liquidation und weiterhin für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen; das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft kann beibehalten werden.

Die Vorschriften der §§ 260, 263 bis 267 mit Ausnahme derjenigen über die Gewinnverteilung finden Anwendung; die Vorschriften der §§ 261, 262 bleiben außer Anwendung.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die im Stadium der Liquidation aufzustellenden Bilanzen, ihre Prüfung und Feststellung durch die Generalversammlung. Die hieraus sich für den Liquidator ergebenden Pflichten fallen auch nicht fort, wenn die Gesellschaft keine Mittel zur Aufstellung der Bilanzen usw. hat. Der Liquidator, der sein Amt freiwillig übernahm, muß die öffentlich-rechtlichen Pflichten erfüllen, ev. aus eigenen Mitteln die Kosten tragen (KG. in KGJ. 30 A S. 127).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Zunächst haben die Liquidatoren für den Beginn der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.** Das ist gewissermaßen die Eröffnungsbilanz für die in die Erscheinung tretende Liquidationsaktiengesellschaft. Die bisher geführten Bücher sind für diesen Zeitpunkt abzuschließen, und es ist unter Zugrundelegung eines Inventars die Bilanz aufzustellen. Fällt der Beginn der Liquidation in das Geschäftsjahr der Gesellschaft, was vielfach der Fall sein wird, so unterbleibt infolgedessen die Ziehung einer Schlußbilanz für den Bruchteil des abgelaufenen Geschäftsjahres. Das hat ja auch keinen Zweck, denn der betr. Gewinn kann doch nicht mehr verteilt werden, nachdem die Auflösung einmal beschlossen ist (§ 301). Unter Umständen kann dadurch beinahe für ein ganzes Jahr die Aufstellung einer Bilanz und die Verteilung von Dividenden fortfallen, wenn nämlich die Auflösung kurz vor Schluß des Geschäftsjahres beschlossen wird. Höchstens könnte eine solche Schlußbilanz wegen der Tantiemen in Frage kommen (Simon 450 Anm. 9); wenn es sich darum handelt, wegen der Berechnung der Tantiemen eine Schlußbilanz für das letzte Geschäftsjahr aufzustellen, so muß diese allerdings erfolgen. Keineswegs deckt sich diese aber mit der ersten Bilanz der Liquidationsaktiengesellschaft (D. 175). Diese Grundsätze gelten auch, wenn zur Zeit des Liquidationsbeginns das Geschäftsjahr abgelaufen, aber noch keine Bilanz aufgestellt war; denn auch hier kann ein Gewinn nicht mehr verteilt werden. Anders nur, wenn die Ziehung der Bilanz und die Liquidation gleichzeitig beschlossen werden (ebenso Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 2. Die Aufstellung erfolgt „für den Beginn der Liquidation". Dies kann dann Schwierigkeiten machen, wenn die Liquidatoren, die die Bilanz aufzustellen haben, nicht bei Beginn der Liquidation ernannt sind. Allein die Schwierigkeit ist nicht größer, wie in dem Falle, in dem das Vorstandsmitglied erst nach Schluß des alten Geschäftsjahres erwählt ist. Hier kann nur die konkrete Sachlage und der Takt im Einzelfalle ergeben, wie man der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht am nächsten kommt.

Anm. 3. Diese Eröffnungsbilanz ist dem Aufsichtsrate und einer einzuberufenden Generalversammlung vorzulegen und nach Genehmigung durch die letztere zu veröffentlichen und die

Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen. Dies folgt aus § 299 Abs. 2, indem die dort angezogenen §§ 263 und 264 auf die Anfangsbilanz zu beziehen sind. Würde man dies nicht annehmen, so würde nicht einmal die Veröffentlichung der Anfangsbilanz vorgeschrieben sein. Die Anfangsbilanz würde ein Internum der Liquidatoren bleiben und die Vorschrift des Art. 244 Abs. 3 des alten HGB. würde aufgehoben sein, was alles vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war (so auch Esser Anm. 2; Simon 446). **§ 299.**

2. (Abs. 1.) **Weiter ist für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen.** Aus Abs. 2 folgt aber infolge der Bezugnahme auf § 260, daß auch eine Gewinn- und Verlustrechnung aufgestellt werden muß. Das ist ausdrücklich beabsichtigt (D. 175), damit die Aktionäre ersehen, wie die im Laufe der Liquidation entstandenen Mehreinnahmen und Ausfälle entstanden sind. Anm. 4.

Bei der Aufstellung dieser Jahresbilanz kann das bisherige Geschäftsjahr beibehalten werden, wie Abs. 1 bestimmt. Es können aber vom Beginne der Liquidation neue Bilanzjahre gerechnet werden. Ist im ersten Falle für die Zeit vom Beginne der Liquidation bis zum Beginne des Geschäftsjahres eine Zwischenbilanz zu machen? Daß dies nicht beabsichtigt ist, erhellt zwar nicht, es ist aber (mit Lehmann-Ring Nr. 3 und Goldmann Anm. 6 gegen 6./7. Aufl.) wegen der Vorschrift des § 39 Abs. 2, daß die Dauer eines Geschäftsjahres 12 Monate nicht überschreiten darf, anzunehmen. Anm. 5.

3. **Über die Grundsätze, nach denen die Liquidationsbilanzen aufzustellen sind,** bestimmt dieser Paragraph implicite, daß alle Bilanzvorschriften über Gewinnverteilung hier außer Anwendung bleiben, und die §§ 261 und 262, welche die für die ordentlichen Geschäftsbilanzen der Aktiengesellschaften maßgebenden Grundsätze enthalten, bei den hier anwendbaren Grundsätzen in Wegfall kommen. Zum Überfluß bestätigt die D. (175), daß dies die Absicht des Gesetzes war. Das entspricht aber auch der Natur der Sache. Jene Grundsätze der §§ 261 und 262 passen nur für die ordentlichen Geschäftsbilanzen, da sie Gewinnverteilungsbilanzen sind. Die Liquidationsbilanzen aber sind zwar auch Verteilungsbilanzen, aber Vermögensverteilungsbilanzen. Es sollen nicht neue Erwerbsgeschäfte gemacht und der hierbei erzielte Gewinn verteilt, sondern es soll das vorhandene Vermögen versilbert und der hierbei erzielte Erlös verteilt werden. Infolgedessen sind nicht die Anschaffungswerte die Höchstgrenzen der Bewertung, und die Betriebsgegenstände können hier nicht zum Anschaffungswerte abzüglich der Abnutzung eingestellt werden, vielmehr ist § 40 maßgebend, jedoch mit der Änderung, die sich daraus ergibt, daß das Geschäft nicht weiter betrieben wird, sondern daß eine allgemeine Realisierung erfolgt. Mit Rücksicht auf diesen Zweck der Liquidation muß überall das als wahrer Wert eingestellt werden, was sich bei der Realisierung voraussichtlich als Erlös ergeben wird. Dabei ist nicht notwendig, überall an Veräußerung zu denken. Hypotheken z. B., die einen geringeren Veräußerungswert haben, die aber durch Einziehung bei der Fälligkeit voraussichtlich voll eingehen werden, können zum vollen Nennwerte eingestellt werden (Simon 448). Und auch wo die Veräußerung beabsichtigt ist, ist doch die Art der Veräußerung, die voraussichtlich erfolgen wird, der bestimmende Faktor. So z. B. braucht nicht der Wert eingestellt zu werden, der bei einer Einzelversilberung sich ergeben würde, wenn dem Liquidator aufgetragen ist, das Geschäft in Bausch und Bogen zu verkaufen und ein sicherer Käufer in Aussicht steht, ein solcher vielleicht schon eine bindende Offerte abgegeben hat. Mit Recht wird aber (insbesondere von Rehm 23ff.) darauf hingewiesen, daß, wenn auch die Liquidationsbilanzen ihrem Zweck nach Vermögensverteilungsbilanzen sind, das Gesetz für sie die Form der Gewinnermittlungsbilanzen vorschreibt. Es folgt dies daraus, daß durch Bezugnahme auf § 260 die Notwendigkeit der Aufstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung festgesetzt ist (vgl. Anm. 4). Diese ist aber nur denkbar, wenn das Aktienkapital und die Reservefonds in den Passiven geführt werden. Dies ist daher nicht nur, wie die 6./7. Aufl. (und Simon 450 Anm. 9) annimmt, gestattet, sondern notwendig. Anm. 6.

4. (Abs. 2.) **Die Liquidationseröffnungsbilanz unterliegt der Genehmigung der Generalversammlung, ebenso die Jahresbilanz.** Desgleichen beschließt diese über die Ent- Anm. 7.

§ 299. lastung der Liquidatoren und des Aufsichtsrats (§ 260). Nähere Erläuterungen zu § 260.

Anm. 8. 5. (Abs. 2.) **Die Liquidationsjahresbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung und ein Geschäftsbericht** sind innerhalb drei, spätestens sechs Monaten dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen (§ 260 Abs. 2). Es muß also auch während der Liquidation die ordentliche Generalversammlung mit der Tagesordnung: Genehmigung der Bilanz und Entlastung der Verwaltungsorgane (nicht auch Verteilung des Reingewinns) abgehalten werden.

Anm. 9. 6. (Abs. 2.) **Die Jahresrechnungen und der Geschäftsbericht sind zwei Wochen vor der Generalversammlung auszulegen,** auf Verlangen auch jedem Aktionär abschriftlich mitzuteilen (§ 263). Nähere Erläuterungen zu § 263.

Anm. 10. 7. (Abs. 2.) **Über das Recht der Vertagung der Generalversammlung** gilt § 264. Siehe die Erläuterung zu diesem Paragraphen.

Anm. 11. 8. (Abs. 2.) **Nach der Feststellung durch die Generalversammlung ist die Bilanz zu veröffentlichen und die Bekanntmachung zum Register einzureichen** (§ 265). Siehe die Erläuterung zu diesem Paragraphen.

Anm. 12. 9. (Abs. 2.) **Das Recht der Revision gilt wie nach §§ 266 und 267.** Deshalb kann die Generalversammlung zur Prüfung der Bilanz und zum Zwecke der Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung die Bestellung von Revisoren beschließen und ev. können Aktionäre mit bestimmtem Aktienbesitze diese beim Amtsgericht beantragen.

Das Nähere hierüber siehe in der Erläuterung zu §§ 266 und 267.

Anm. 13. 10. **Ein Zwang durch das Registergericht** zu allen diesen Verpflichtungen der Liquidatoren ist im § 319 Abs. 1 anscheinend in einem weiteren Sinne vorgesehen, wie gegen den Vorstand zur Befolgung der entsprechenden Vorschriften. Denn nach § 319 Abs. 1 sollen die Liquidatoren zur Befolgung aller im § 299 enthaltenen Vorschriften durch Ordnungsstrafen angehalten werden, während dies beim Vorstande nicht bei allen Vorschriften vorgesehen ist, die im § 299 angezogen sind. Indessen ist nicht anzunehmen, daß dieses Zwangsrecht hier in einem weiteren Umfange festgestellt werden sollte, als gegenüber den Vorstandsmitgliedern.

Anm. 14. Hiernach gestaltet sich das Zwangsrecht wie folgt. Der Zwang durch Ordnungsstrafen findet statt:

a) bei der entsprechenden Anwendung des § 260 Abs. 2 (Vorlegung der Jahresabschlüsse an den Aufsichtsrat und die Generalversammlung; vgl. KG. in KGJ. 30 A S. 127);
b) bei der entsprechenden Anwendung des § 263 Abs. 1 (Auslegung der Jahresabschlüsse zur Einsicht der Aktionäre), — dagegen nicht bei der entsprechenden Anwendung des § 263 Abs. 2: Abschrifterteilung an jeden Aktionär;
c) bei der entsprechenden Anwendung des § 265 gemäß § 14;
d) bei der entsprechenden Anwendung des § 267 Abs. 1 u. 2 (Vorlegung der Bücher und Schriften an die Revisoren, Einreichung des Revisionsberichts und Ankündigung desselben bei der nächsten Generalversammlung).

Anm. 15. **Zusatz. Übergangsfrage.** Der vorliegende Paragraph bezieht sich auch auf die bestehenden Gesellschaften (vgl. Anm. 1—4 zu § 178).

§ 300.

§ 300. Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre vertheilt.

Die Vertheilung erfolgt nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge, sofern nicht mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so werden die auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen erstattet

und ein Ueberschuß nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge vertheilt. Reicht das vorhandene Vermögen zur Erstattung der Einzahlungen nicht aus, so haben die Aktionäre den Verlust nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge zu tragen; die noch ausstehenden Einzahlungen sind, soweit es hierzu erforderlich ist, einzuziehen. § 300.

Der vorliegende Paragraph enthält die Vorschrift, daß der Liquidationsüberschuß unter die Aktionäre zu verteilen ist (Abs. 1), und ordnet an, in welchem Verhältnis die Verteilung unter die Aktionäre zu erfolgen hat (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Zunächst wird vorgeschrieben, daß der Liquidationsüberschuß unter die Aktionäre zu verteilen ist.** Anm. 1.

Zu verteilen ist der Liquidationsüberschuß. Damit ist gesagt, daß nur das, was nach Berichtigung der Schulden übrig ist, an die Aktionäre verteilt wird. Alle Vermögensstücke dienen also in erster Linie zur Befriedigung der Gläubiger; insbesondere also alle angesammelten Fonds, der Reservefonds, der Dividendenergänzungsfonds usw. Auf alles das haben die Aktionäre erst in zweiter Linie, nach den Gläubigern, Anspruch (vgl. Anm. 17 zu § 241).

Verteilt wird das Vermögen unter die Aktionäre. (Über die Verantwortlichkeit des Liquidators für gehörige Verteilung vgl. RG. 7, 108). Anm. 2.

Es steht diesen zwar frei, eine andere Art der Ausschüttung, als die Verteilung anzuordnen, und wenn das Statut eine andere Ausschüttungsart, etwa durch Zuwendung an eine wohltätige Anstalt bestimmt, so ist dies gültig (RG. 7, 70; vgl. § 45 BGB.). Aber der im Statut einmal festgesetzte oder aus ihm sich ergebende Anspruch auf die Liquidationsrate ist ein unentziehbarer Anspruch des Aktionärs, ein sog. Sonderrecht, und kann daher durch einen nachträglichen Generalversammlungsbeschluß, selbst in Form einer Statutenänderung, nicht beseitigt werden (Pinner 295; Lehmann in ABürgR. 9, 370; D. 175; ferner Lehmann II 588; dagegen Leist, Untersuchungen 142 und Lehmann-Ring Nr. 1, der ein Sonderrecht erst von Beginn der Liquidation an zuläßt); soweit nicht etwa bestimmte, gesetzlich zulässige Transaktionen, die dieses Recht ändern, eingreifen (Kapitalserhöhungen, Kapitalsherabsetzungen). Mit Genehmigung der Benachteiligten, unter Umständen also durch Einstimmigkeit, sind andere Verteilungsarten möglich.

Bestimmen die Statuten nichts über die Verteilung, so ist gemeint, daß die Versilberung und die Verteilung in Geld erfolgen soll (§§ 298, 149); doch kann — auch durch Mehrheitsbeschluß — Naturalteilung unter Wahrung der Gleichberechtigung bzw. der etwaigen statutarischen Vorrechte beschlossen werden (Behrend § 140 Anm. 41; Lehmann-Ring Nr. 3; Fuld bei Holdheim 14, 41; LG. Mannheim in ZgA. 14, 224; OLG. Karlsruhe in OLGR. 11, 33; RG. in JW. 06, 33[43]). Anm. 3.

Zulässig ist es, durch Generalversammlungsbeschluß die Liquidatoren zu beauftragen, das ganze Geschäft gegen Entgelt zu veräußern (hierüber §§ 303 ff.). Anm. 4.

Weil das Recht auf die Liquidationsrate ein unentziehbares, ein Sonderrecht ist, kann ferner hier, wie beim Dividendenanspruche, zwar durch ursprüngliches Statut, nicht aber durch nachträglichen Mehrheitsbeschluß festgesetzt werden, daß die innerhalb gewisser Zeit nicht erhobenen Liquidationsquoten zu gunsten der Gesellschaft verfallen. Das Urteil des RG. (7, 32) läßt zwar auch die Festsetzung einer solchen Präklusivfrist durch nachträglichen Statutenänderungsbeschluß zu, doch ist das unzutreffend. Anm. 5.

Zu bemerken ist, daß keine Verteilung von Vermögen vor Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften nach § 301 erfolgen darf. Anm. 6.

2. (Abs. 2 und 3.) **In welchem Verhältnisse erfolgt die Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre?** Anm. 7.

a) Zunächst entscheidet hierüber der Gesellschaftsvertrag. Nach diesem können Aktien mit verschiedener Berechtigung in bezug auf die Liquidationsraten bestehen. Dabei ist aber Anm. 8.

§ 300. zu erwähnen, daß Vorzugsrechte hinsichtlich der Gewinnverteilung sich nicht ohne weiteres auch auf die Kapitalverteilung beziehen (RG. 33, 16).

Anm. 9. b) **Ev. sind die Vorschriften der Abs. 2 und 3 des vorliegenden Paragraphen maßgebend,** und zwar:

α) Die Verteilung erfolgt nach Verhältnis der Aktienbeträge. Sicherlich zunächst dann, wenn sämtliche Aktien voll gezahlt sind. Zu welchem Kurse sie ausgegeben wurden, darauf kommt es in diesem Falle nicht an; ebensowenig, ob die Aktien gegen Barzahlung oder gegen Einlagen gegeben sind. Das gleiche gilt aber auch dann, wenn die Einzahlungen nicht voll geleistet sind. Nur kann natürlich die Gesellschaft in solchem Falle mit der restierenden Einlage aufrechnen. Als Einzahlungen gelten dabei nicht auch die Zahlungen über dem Nennwert bei der Überpari-Emission, sondern, wie Abs. 3 deutlich sagt, nur die Einzahlungen auf das Grundkapital.

Anm. 10. β) Für den Fall, daß die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet sind, enthält Abs. 3 unseres Paragraphen eine besondere Vorschrift, deren Klarheit uns einer Wiedergabe an dieser Stelle überhebt.

Beispiele von Berechnungen s. bei Pinner 296.

Anm. 11. **Zusatz 1. Über die Vorbereitung und Durchführung der Verteilung** ist im Gesetze nichts gesagt. Insbesondere ist eine Aufforderung an die Aktionäre, sich zur Empfangnahme der Liquidationserlöse zu melden, nicht angeordnet. Sie kann aber statutarisch oder auch durch Generalversammlungsbeschluß angeordnet werden. Andernfalls hat sie zu erfolgen, wenn sie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erfordern. Ist ein Aktionär mit der Abhebung des Betrages im Verzuge, so kann der Betrag hinterlegt werden (§ 372 BGB.). Über die Einzelheiten der Hinterlegung bestimmt § 374 Abs. 2 BGB., über die Schicksale der hinterlegten Summe der § 382 BGB. und die auf Grund des Art. 145 EG. z. BGB. erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen (für Preußen vgl. Art. 84 des AG. z. BGB.).

Anm. 12. Der Liquidator kann verlangen, daß ihm bei Auszahlung der Liquidationsraten eine Quittung erteilt wird, und daß ihm die Aktien zum Zwecke der Legitimation und eines entsprechenden Vermerks oder Aufdrucks vorgelegt werden. Er kann aber nicht verlangen, wie das häufig in der Praxis geschieht, daß ihm gegen Auszahlung der letzten Liquidationsrate die Aktie ausgehändigt wird. Die Aktienurkunde gehört nach wie vor dem Aktionär und er bedarf ihrer unter Umständen auch noch (vgl. den folgenden Zusatz; ferner Anm. 2 zu § 302; zust. Pinner 297).

Anm. 13. **Zusatz 2. Der rechtliche Charakter des Liquidationsanspruchs** ist ein obligatorischer. Vermag der Aktionär nachzuweisen, daß nach Berücksichtigung der Gläubiger ein verteilbarer Bestand vorhanden ist, so ist er zur Klage berechtigt. Freilich wird ihm jener Nachweis nicht leicht werden. Denn die Liquidatoren sind nicht jedem einzelnen Aktionär zur Vorlegung der Rechnungen verpflichtet (vgl. § 302), sondern nur der Generalversammlung. Aber auch an diese erfolgt normalerweise, d. h. wenn nicht ein besonderes Verlangen an die Liquidatoren gestellt wird, nicht die Vorlegung eines Teilungsplanes, sondern nur die Vorlegung der jährlichen Bilanz und der Schlußrechnung, wie sie sich nach erfolgter Ausschüttung stellt. Der Einzelaktionär muß sich daher den Nachweis durch Anträge aus § 254 beschaffen. Gelingt ihm aber der Nachweis vorhandenen Bestandes, so ist er zur Klage legitimiert, weil ein obligatorischer Anspruch vorliegt. In dieser Hinsicht ist das Urteil des ROHG. 3, 366 zutreffend (im übrigen vgl. über dieses Urteil Anm. 3 zu § 302).

Anm. 14. **Zusatz 3. Erfolgt eine unrichtige Verteilung,** so hat der geschädigte Aktionär selbstverständlich eine Klage gegen die Gesellschaft auf Zahlung des ihm zukommenden Betrags (vgl. RG. 7, 108). Der Gesellschaft haftet der Liquidator und der Aufsichtsrat nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 241 und 249), aber auch dem Aktionär unter der Voraussetzung der §§ 241 Abs. 3 u. 4 und 249 Abs. 3 u. 4, vgl. besonders Nr. 5 daselbst; denn auch der Aktionär ist Gläubiger in Ansehung des Anspruchs auf die Liquidationsrate (vgl. Anm. 13). Ob die

Aktionäre, die hiernach zu viel empfangen **haben, zurückzahlen** müssen, darüber s. Anm. 8 u. 20 zu § 217. **§ 300.**

Zusatz 4. Übergangsfrage. Die Vorschrift findet Anwendung auf **bestehende Gesellschaften,** soweit diese nicht abweichende statutarische Anordnungen getroffen haben, die auch nach dem vorliegenden Paragraphen zulässig sind. Anm. 15.

§ 301.

§ 301. Die Vertheilung des Vermögens darf nur erfolgen, wenn seit dem Tage, an welchem die im § 297 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist.

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

Die Gläubigerschutzvorschriften, welche vor der Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre zu berücksichtigen sind.

I. **Der Inhalt der Schutzvorschriften.**

1. **Die erste Schutzvorschrift ist die im § 297 vorgeschriebene Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden.** Hierüber s. die Anm. 1—4 zu § 297. Anm. 1.

2. **Außerdem muß ein Jahr verflossen sein seit der dritten Veröffentlichung dieser Aufforderung** (sogenanntes Sperrjahr). Diese Zeit ist die gesetzliche Frist für die Gläubiger, um ihre Rechte wahrzunehmen. Eine Ausschüttung vor dieser Zeit ist ungesetzlich und verpflichtet die Gesellschaftsorgane zum Schadensersatz nach §§ 241 und 249 (RG. 7, 105) und die Aktionäre zur Rückzahlung (Anm. 8 u. 20 zu § 217). In Ansehung der Gläubiger ist aber diese Frist keine Präklusivfrist, die sie etwa zur Vermeidung der Nichtbefriedigung einzuhalten hätten. Ist vielmehr ihre Gläubigerschaft der Aktiengesellschaft bekannt, so muß der Betrag ihrer Forderung, auch ohne daß sie sich melden, bezahlt, oder, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, hinterlegt werden (vgl. Anm. 4). Ist sie nicht bekannt, und hat die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens begonnen, ohne daß sie befriedigt oder sichergestellt wurden, so können sie sich noch später melden und müssen befriedigt werden, wenn Gesellschaftsvermögen noch vorhanden ist (ROHG. 19, 160). Die Verteilung muß insoweit aufgeschoben werden. Für die Klage des Gläubigers ist die Frage, ob Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, überhaupt nicht erheblich (Behrend § 140), das ist Frage der Zwangsvollstreckung. Auch durch den Gesellschaftsvertrag kann dem Sperrjahr die Wirkung der Präklusion nicht verliehen werden. Denn dieser bindet ja die Gläubiger nicht (RG. in JW. 86, 119). Anm. 2.

3. **Die dritte Schutzvorschrift ist die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger.** Dabei ist wie folgt zu verfahren: Anm. 3.

a) Die Gläubiger, die sich melden, sind zu befriedigen, wenn ihre Forderung fällig, unbedingt und unbestritten ist. Dabei ist zu erwähnen, daß die Liquidation an sich keine Veränderung der Gläubigerrechte bewirkt, weder werden längere Verträge dadurch einem vorzeitigen Ende zugeführt, noch befristete Forderungen fällig, außer wenn das produktive Fortbestehen der Gesellschaft bei Eingehung des Vertragsverhältnisses allseitig vorausgesetzt wurde (ROHG. 24, 245; RG. 5, 7; 9, 14); noch liegt in dem Eintritt der Liquidation an sich ein Arrestgrund (ROHG. 23, 150), allenfalls könnte ein solcher in der Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften liegen. Auch wird die Schuld durch den Eintritt der Liquidation nicht etwa aus einer Bringschuld eine Holschuld oder aus einer Holschuld eine Bringschuld (Behrend

§ 301. § 140). Und endlich ist der Eintritt der Liquidation an sich kein Hinterlegungsgrund und kein Grund, eine Sicherheit zu verlangen.

Anm. 4. Wenn die Berichtigung einer Verbindlichkeit eines Gläubigers, der sich gemeldet hat oder sonst bekannt ist, zur Zeit nicht ausführbar ist (z. B. bei Inhaberpapieren, die im Verkehr zirkulieren), oder wenn die Verbindlichkeit streitig ist, so darf die Verteilung nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist. Die letztere Vorschrift kann unter Umständen für die Aktiengesellschaft sehr hart sein. Es ist in der Praxis vorgekommen, daß jemand eine Forderung an die Liquidationsgesellschaft aus halb wahren, halb unwahren Tatsachen willkürlich konstruiert und dadurch die Verteilung gehindert hat; es mag auch vorkommen, daß jemand, um die Verteilung zu verhindern, eine ganz aus der Luft gegriffene Forderung einklagt. Muß auch in diesen Fällen Sicherheit geleistet werden? Dies ist nicht anzunehmen. Das Gesetz verlangt eine streitige Verbindlichkeit. Ein Streit liegt allerdings auch in den bezeichneten Fällen vor, die Organe der Gesellschaft werden aber nach pflichtmäßigem Ermessen zu prüfen haben, ob von einer Verbindlichkeit geredet werden kann, oder ob nicht vielmehr die Ansprüche des Klägers vollständig aussichtslos sind. Hiernach werden sie bestimmen, ob und welche Sicherheit zu leisten ist (Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 299). Selbstverständlich kann der Gläubiger im Prozeßwege seine etwaigen Rechte auf Sicherheit oder auf erhöhte Sicherheit geltend machen. Überhaupt entscheidet im Bestreitungsfalle der Prozeßrichter über die Höhe der Sicherheit.

Daß der Gläubiger bereits eine Sicherheit besitzt, wie z. B. bei Hypothekenforderungen oder durch Pfand gesicherten Forderungen, befreit von der Stellung der Sicherheit dann nicht, wenn die bestehende nicht genügt; ob sie genügt, darüber entscheiden §§ 232 ff. BGB.; es muß soviel Sicherheit geleistet werden, als nach sorgfältigem Ermessen eines ordentlichen Geschäftsmannes zur Befriedigung des Gläubigers nötig erscheint (RG. in JW. 00, 315[14]). Anders bei rein dinglichen Verpflichtungen, wie Grundschulden. Hier kann eine verstärkte Sicherheit nicht gefordert werden.

Anm. 5. b) Meldet sich ein Gläubiger nicht, so bleibt er, wenn er nicht bekannt ist, d. h. wenn die Existenz des Anspruchs nicht bekannt ist, natürlich unberücksichtigt. Er kann sich allerdings noch nach Beginn der Verteilung melden (darüber s. Anm. 2). Ist er aber bekannt, so ist er zu befriedigen, wenn seine Forderung fällig ist, sonst, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, ist der Betrag zu hinterlegen. Das Recht der Hinterlegung begründet also hier die Pflicht zur Hinterlegung. Ganz natürlich, denn die Gesellschaft löst ja ihre Organisation auf. Wo sollte der Betrag sonst bleiben? Ist die Forderung noch nicht fällig und liegt das Recht zur Hinterlegung nicht vor, so darf die Verteilung erst bei Eintritt der Fälligkeit und nach erfolgter Zahlung oder gegen Sicherstellung erfolgen.

Anm. 6. c) Die Frage, ob die Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen sind, ist nicht einheitlich zu beantworten. Ist nach der Annahme der Liquidatoren die Gesellschaft zahlungsfähig, so können sie die Gläubiger in der Reihenfolge befriedigen, in der sie sich melden; sie können auch im Interesse der Gesellschaft einzelne dringende Verbindlichkeiten vor den anderen befriedigen. Halten sie die Gesellschaft für zahlungsunfähig, so haben sie, bei Vermeidung eigener Verantwortung, Konkurs anzumelden (Staub GmbH. Anm. 10 zu § 73; Lehmann-Ring Nr. 5).

Anm. 7. II. **Vor Erledigung dieser Schutzvorschriften darf keine Verteilung von Vermögen unter die Aktionäre erfolgen,** auch keine Abschlagsverteilung. Bloße Anlegung von Reservekonten oder Reservefonds, selbst wenn diese bar vorhanden sind, ersetzt die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger nicht.

Auf die Verteilung von Tantieme bezieht sich der vorliegende Paragraph nicht. Tantiemen können auch vor Ablauf des Sperrjahres gezahlt werden; ebenso fällige Dividendenforderungen der Aktionäre, die ja in betreff dieser Gläubigerrechte haben.

Anm. 8. III. **Für die Beobachtung dieser Schutzvorschriften haften die Gesellschaftsorgane** nach §§ 241, 249, 294 Abs. 2 (RG. 7, 105; 36, 27). Insbesondere haften sie auch dafür, daß sie Gläubiger nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit nicht mehr befriedigen. Keineswegs aber haben die

etwa benachteiligten Gläubiger ein Rückgriffsrecht gegen die bevorzugten (vgl. RG. 5, 7; 7, 109; 9, 14; Pinner 299, Lehmann-Ring Nr. 6), wohl aber haften die letzteren der Gesellschaft unter den Voraussetzungen der Konkursanfechtung. **§ 301.**

Aber auch die Aktionäre haften beim Empfange der Zahlung, die sie unter Verletzung der Vorschriften des vorliegenden Paragraphen erhalten haben, auf Rückzahlung nach § 217 (vgl. die Anm. 7, 8 u. 20 zu diesem). Anm. 9.

Dagegen hat die unter Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgende Verteilung von Gesellschaftsvermögen nicht etwa die weitere Folge, daß die betreffenden Rechtsakte ungültig wären. Es heißt in Abs. 1 nicht „kann nur", sondern „darf nur". Wenn also z. B. zum Gesellschaftsvermögen nur Grundstücke gehören und diese in Ausführung der Verteilung vor Ablauf des Sperrjahrs den Aktionären aufgelassen werden, so darf der Grundbuchrichter die Auflassung nicht ablehnen. Mit den Gläubigern kann ja ein zustimmendes Arrangement getroffen sein. Dem Grundbuchrichter gehen solche Fragen nichts an. Der Akt an sich ist rechtsgültig; jedoch ist die Veräußerung den nicht befriedigten Gläubigern gegenüber unwirksam (§ 135 BGB.). Anm. 10.

Die Gläubiger können eine Verteilung, die beabsichtigt oder begonnen ist, durch Klage, Arrest oder einstweilige Verfügung verhindern. Anm. 11.

Als Verteilung gilt auch ein Rechtsgeschäft, das gleichen Zwecken dient (z. B. die Beleihung der Aktien durch die Gesellschaft; vgl. Lehmann-Ring Nr. 6). Die Praxis hilft sich oft dadurch, daß ein Dritter, z. B. ein Bankier, sich erbietet, die Aktien vor Ablauf des Sperrjahres zu beleihen, was natürlich zulässig ist. Anm. 12.

Zusatz. Übergangsfrage. Die Vorschriften sind auf bestehende Gesellschaften anwendbar, auch wenn die Liquidation schon unter der Herrschaft des alten Rechts beschlossen oder begonnen war (Anm. 1—4 zu § 178). Anm. 13.

§ 302.

Ist die Liquidation beendigt und die Schlußrechnung gelegt, so haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. **§ 302.**

Die Bücher und Papiere der Gesellschaft sind an einem von dem Gerichte des Sitzes der Gesellschaft zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren zu hinterlegen.

Die Aktionäre und die Gläubiger können zur Einsicht der Bücher und Papiere von dem Gericht ermächtigt werden.

Stellt sich nachträglich noch weiteres der Vertheilung unterliegendes Vermögen heraus, so hat auf Antrag eines Betheiligten das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die bisherigen Liquidatoren erneut zu bestellen oder andere Liquidatoren zu berufen.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über die Liquidationsbeendigung und die Zeit nach der Liquidationsbeendigung.

1. (Abs. 1.) **Nach Beendigung der Liquidation ist die Schlußrechnung zu legen** (keine Bilanz aufzustellen Simon 454). Die Liquidation ist beendet, wenn die Vorschriften des § 301 beobachtet sind und das Gesellschaftsvermögen verteilt ist. Die Schlußrechnung wird von den Liquidatoren gelegt. Sie wird dem Organe gelegt, das normalerweise zur Entgegennahme der Verwaltungsrechnung bestimmt ist: der Generalversammlung (Motive I zum AGes. von 84, 373; Behrend § 140; RG. in JW. 85, 128; Pinner 300; vgl. auch RG. 34, 57). Delegation an andere Organe oder Personen ist ausgeschlossen, nur Vorbereitung der eigenen Prüfung kann durch andere Organe die Generalversammlung anordnen (ebenso Lehmann-Ring Nr. 1; dagegen Marcus bei Holdheim 11, 124). Anm. 1.

§ 302. Die Liquidatoren haben die hierzu erforderliche Generalversammlung gehörig einzuberufen, sowohl in ihrem Interesse, als in dem der Aktionäre. Auch der Aufsichtsrat kann dies tun, und endlich kann die Einberufung nach § 254 erzwungen werden. Wie legitimieren sich die Aktionäre? Darüber s. Anm. 12 zu § 300.

Anm. 2.

Anm. 3. Zugleich folgt hieraus, daß der einzelne Aktionär keinen Anspruch auf Nachweisung des Liquidationsstandes hat. Dem von den meisten Auslegern zitierten Urteil des ROHG. 3, 336 kann in dieser Hinsicht nicht beigetreten werden (vgl. OLG. Köln in BuschA. 47, 74; Bolze 1 Nr. 1190; Förtsch Anm. 9 zu Art. 245). Doch will das nur sagen, daß er einen selbständigen Anspruch auf Rechnungslegung nicht hat; er muß ein solches Recht in der Generalversammlung geltend machen; tut er dies aber und wird die Schlußrechnung nicht vorgelegt, gleichwohl aber die Entlastung beschlossen, so ist ein solcher Beschluß rechtsungültig und deshalb anfechtbar (RG. 34, 57).

Anm. 4. Daß die Schlußgeneralversammlung auch die Entlastung zu beschließen habe, ist zwar gesetzlich nicht vorgesehen. Allein ordnungsmäßig wird auch dies auf die Tagesordnung der Schlußversammlung gesetzt werden, da die Gesellschaftsorgane einen Anspruch auf Entlastung haben (vgl. auch Pinner 300).

Anm. 5. Mit der Beendigung der Liquidation ist die Gesellschaft dann noch nicht untergegangen, wenn doch noch Vermögen vorhanden ist, dessen Existenz nicht bekannt ist (RG. 41, 95). In diesem Falle kann die Wiedereröffnung der Liquidation beantragt werden (vgl. Anm. 16).

Anm. 6. 2. (Abs. 2.) **Alsdann haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.** Die Anmeldung braucht nicht durch sämtliche Liquidatoren zu erfolgen (sonst wäre dieser Ausdruck gebraucht worden), sondern durch soviele, als zur Vertretung der Gesellschaft legitimiert sind. Der Zwang zur Anmeldung richtet sich nach § 14. In der Anmeldung haben die Liquidatoren zu erklären, daß die Liquidation beendigt ist, der Anmeldung haben sie die genehmigte Schlußrechnung beizufügen. Wenigstens ist beides aus dem § 302 Abs. 1 sinngemäß zu entnehmen. Weitergehende Nachweise wird man aber den Liquidatoren nicht auferlegen können, weitere Prüfungen und Untersuchungen dem Registerrichter nicht zur Pflicht machen; das Recht zu weiteren Prüfungen steht ihm, falls begründete Bedenken vorhanden sind, nach § 12 FGG. zu. Natürlich muß auch das Sperrjahr abgelaufen sein und dies nachgewiesen werden (Pinner 300; dagegen Goldmann Anm. 3; Lehmann-Ring Nr. 2; Marcus in SeuffBl. 70, 190 und KGJ. 28 A S. 51). Das Kammergericht geht davon aus, daß das Gesetz nicht vorschreibt, es seien dem Registerrichter Nachweise zu erbringen. Das Gesetz schreibt aber vor, daß die Eintragung erfolgt, wenn die Liquidation „beendigt" ist. Sie kann aber nicht beendigt sein, ehe das Sperrjahr verlaufen ist (§ 301). Diese Prüfung muß daher dem Registerrichter obliegen; anders wie bei Kapitalsherabsetzung (vgl. Anm. 15 zu § 291). Die Anmeldung führt zur Löschung der Firma. Es wird also eingetragen, daß die Firma erloschen ist, nicht: daß die Liquidation beendet ist. Hat die Gesellschaft das Geschäft mit der Firma veräußert, so ändert dies nichts. Die Gesellschaft muß dann durch Statutenänderung eine andere Firma annehmen, deren Erlöschen angemeldet wird (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 2; Makower III b und Staub Anm. 17 zu § 74 GmbH.). Die Löschung der Firma wird nach § 10 nur durch das Registergericht bekannt gemacht.

Anm. 7. 3. (Abs. 2.) **Nach Beendigung der Liquidation sind die Bücher und Papiere aufzubewahren.**

a) Die Aufbewahrung erfolgt an einem sicheren Orte. Diesen hat das Amtsgericht zu bestimmen (§ 145 FGG.). Die Verfügung des Handelsgerichts zu erwirken, ist Sache der Liquidatoren, die für die Erfüllung dieser Pflicht nach §§ 241, 249 haften und nach § 319 vom Handelsgericht dazu gezwungen werden können.

Anm. 8. b) Die Kosten der Aufbewahrung trägt die Gesellschaft. Einen entsprechenden Betrag haben die Liquidatoren zurückzubehalten.

Anm. 9. c) Die Vorschrift bezieht sich auf die bei Beendigung der Liquidation vorhandenen Bücher und Papiere. Es sind zunächst die im § 44 gemeinten Bücher und Schriften.

außerdem aber das Aktienbuch, zumal hier Bücher, nicht Handelsbücher gesagt ist (Delius in ZHR. 46, 52; Pinner 301). Die Bücher und Papiere müssen hier zehn Jahre lang vom Tage der Hinterlegung an, wie aus dem klaren Wortlaute des Gesetzes entgegen der 6./7. Aufl., anzunehmen ist (anders § 44), aufbewahrt werden. **§ 302.**

d) Auch hier ist nur der Normalfall behandelt, daß die Gesellschaft zur Zeit der Beendigung der Liquidation sich noch im Besitze der Handlungsbücher befindet. Es kann aber sein, daß die Gesellschaft mit der Veräußerung des Geschäfts die Handlungsbücher übergeben mußte. In diesem Falle fällt die Mitwirkung des Gerichts bei Anordnung der zehnjährigen Aufbewahrungspflicht fort (vgl. Anm. 12 zu § 157 und RG. 43, 134). Jedoch sind in diesem Fall über die Geschäftsveräußerung und die späteren Akte der Geschäftsführung Bücher anzulegen und auf diese bezieht sich dann die Aufbewahrungspflicht (Staub GmbH. Anm. 6 zu § 74). Anm. 10.

4. (Abs. 3.) **Benutzung der aufbewahrten Bücher und Schriften durch die Interessenten.** Anm. 11.

a) Als Interessenten sind genannt die Gläubiger und die Aktionäre. Aktionäre sind nach der allgemeinen Ansicht (vgl. Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 301 gegen die Meinung der 6./7. Aufl., die aber Staub GmbH. Anm. 8 zu § 74 fallen gelassen hat), sowohl die zeitigen wie die früheren. Es geht dies aus der Fassung des Gesetzes, das keinen Unterschied macht, hervor. — Zu den Gläubigern gehören nicht nur die bei der Liquidation hervorgetretenen; im Gegenteil: die dabei nicht hervorgetretenen werden ein viel größeres Interesse an der Einsicht haben (LG. I Berlin in den Registerakten der Aktiengesellschaft für Holzarbeit; Delius in ZHR. 46, 66).

b) Die Interessenten haben kein unbedingtes Recht auf Einsichtnahme. Das Handelsgericht „kann" ihnen die Einsicht gestatten. Selbstverständlich soll dies nicht der Willkür des Gerichts überlassen werden, vielmehr haben die Interessenten das Recht dann, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen können. Ob dies vorhanden, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu prüfen, und wenn es solches für vorliegend erachtet, muß es die Einsicht gestatten (M. z. AGes. v. 1884 I 373; vgl. auch Planck, Komm. z. BGB. I 27). Die Prüfung des Handelsgerichts unterliegt der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht. Antrag und Beschwerde richten sich nach § 146 FGG. (in erster Instanz entscheidet das AG.; wegen der Beschwerde s. Anm. 26 zu § 254). Anm. 12.

c) Nur die Einsicht der Handelsbücher und Papiere kann verlangt werden, keine anderweite Benutzung, insbesondere nicht Auslieferung (ROHG. 7, 75). Die Entnahme von Notizen und die Selbstanfertigung von Abschriften kann nicht verweigert werden (KGJ. 7, 99; Delius in ZHR. 46, 85). Anm. 13.

d) Die Rechtsfolge der Ermächtigung ist, daß der Antragsteller nunmehr das Recht hat, die Bücher einzusehen. Da sie aber am dritten Orte, also von einer dritten Person verwahrt werden, so fragt es sich, wie der Antragsteller die Einsicht erzwingen kann. Das Handelsgericht selbst hat nach dem Gesetze kein Zwangsmittel. Man wird dem Antragsteller auf Grund der Ermächtigung das Recht geben, durch Klage und einstweilige Verfügung die Vorlegung der Bücher zu erzwingen. Delius (in ZHR. 46, 68) gibt dem Antragsteller das Recht, auf Grund der gerichtlichen Verfügung einen Gerichtsvollzieher mit der Vornahme zu beauftragen. Dieses kurze Verfahren ist aber reichsgesetzlich nicht vorgesehen, kann aber landesgesetzlich vorgesehen werden oder sich aus den Grundsätzen des Landesrechts mittelbar ergeben. (In Preußen kann auf Grund einer besonderen Verfügung des Gerichts Gewalt gebraucht werden und zwar durch den Gerichtsvollzieher; der Verfügung muß in der Regel eine Androhung vorausgehen; Art. 17 PrFGG.) Anm. 14.

e) Über Vertretung und Zuziehung von Sachverständigen bei der Benutzung s. Anm. 14 zu § 157. Anm. 15.

5. (Abs. 4.) **Erneuerung der Liquidation bei Wiederauffindung verteilungsfähigen Vermögens.** Anm. 16.

a) Vorausgesetzt ist, daß sich verteilungsfähiges Vermögen herausstellt, nachdem die Liquidation beendet ist. Der Umstand allein, daß sich ein neuer Gläubiger meldet, genügt

§ 302. nicht, um die Liquidation zu erneuern. Es kann nicht etwa ein Gläubiger nur deshalb, weil er sich nachträglich meldet, die Erneuerung mit dem Hinweise darauf verlangen, daß die Aktionäre die ihnen ausgehändigten Liquidationsraten zurückzuzahlen haben, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Das würde schon deshalb nicht angängig sein, weil ein Rückforderungsanspruch auf Grund dieses Tatbestandes allein nicht besteht (vgl. Anm. 8 und 20 zu § 217). Dagegen liegt die Voraussetzung des Falles schon dann vor, wenn sich nachträglich Aktiva und Passiva herausstellt. Man kann dann nicht etwa sagen, daß „verteilungsfähiges Vermögen" darum allein noch nicht vorliege, weil ja das nachträglich aufgefundene Aktivum zur Befriedigung des Passivums verwendet werden muß, so daß das Aktivum nicht verteilungsfähig sei. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß auch in diesem Falle Vermögen vorliegt, das an sich verteilungsfähig wäre. Die Vorschrift soll nämlich nicht nur den Aktionären, sondern auch den Gläubigern, jedem „Beteiligten" als Rechtsbehelf dienen. Ja, ihre gesetzliche Einführung im jetzigen HGB. hat sogar zunächst nur Rücksichten auf die Gläubiger im Auge (Abg. Stephan im Plenum des Reichstages, Stenogr.Ber. 5566; Mugdan, Materialien z. HGB. 736). In diesem Sinne ist verteilungsfähiges Vermögen auch dann vorhanden, wenn die Verteilung des Vermögens nicht nach den Vorschriften der gesetzlichen Bestimmungen erfolgt war, und sich nunmehr neue Gläubiger melden. Denn in diesem Falle hat die Gesellschaft einen Anspruch auf Rückzahlung, und dieser ist verteilungsfähiges Vermögen (vgl. Anm. 8 u. 20 zu § 217).

Anm. 17. b) Zum Antrage berechtigt ist jeder Beteiligte. Es kann dies ein Aktionär oder ein Gläubiger sein; vgl. zu a. Dieser Antrag ist für den Beteiligten der einzige Weg, um zu seinem Recht zu kommen. Weder ist Klage zulässig, so lange ein Liquidator nicht ernannt ist (§ 57 CPO. kommt nicht zur Anwendung, da zur Zeit eine Partei nicht existiert), noch kann etwa eine Pflegschaft eingeleitet werden (KGJ. 18, 48).

Anm. 18. c) Der Antrag folgt den Vorschriften des FGG. (§§ 145, 146 daselbst; vgl. Anm. 20 und 26 zu § 254).

Anm. 19. d) Das Gericht (d. h. das Amtsgericht) ernennt, wenn die Voraussetzungen des Antrages vorliegen, Liquidatoren, und zwar nach seinem Ermessen die bisherigen Liquidatoren oder andere. Es kann dabei die Vorschläge des Antragstellers beachten oder nicht.

Anm. 20. e) Die Erneuerung der Liquidation ist an derselben Stelle einzutragen, an der die Gesellschaft eingetragen war (vgl. Pinner 301; dagegen Lehmann-Ring Nr. 5, der eine Neu-Eintragung verlangt). Es wird vermerkt: Die Aktiengesellschaft früher in Firma Müller & Schulze, Anilinfabrik, deren Firma nach beendeter Liquidation durch Verfügung vom 10. Mai 1900 gelöscht war, ist wiederum in Liquidationszustand getreten. Zu Liquidatoren sind die Herren Emil Müller und Paul Berner ernannt.

Anm. 21. f) Die wiedereröffnete Liquidation hat zur Folge, daß nunmehr auch wieder die Organisation der Gesellschaft in Funktion tritt. Sie bewirkt nicht etwa, daß die Gesellschaft wieder ins Leben tritt. Denn in Wahrheit war sie in solchem Falle niemals untergegangen, trotz Beendigung der Liquidation und Löschung der Firma. Denn die Tatsache, daß noch Vermögen besteht und Mitglieder, die an diesen Vermögensanteilen berechtigt sind, vorhanden sind, blieb bestehen und hatte zur Folge, daß die Gesellschaft nur scheinbar, nicht in Wahrheit zu existieren aufgehört hatte (RG. 41, 93; vgl. ROHG. 19, 160, 194; RG. 3, 55; 15, 102). Aber die Organisation war zeitweilig zerstört und diese muß wiederhergestellt werden (Pinner 301). Ein Aufsichtsrat muß neu bestellt werden, da die Funktion des alten erloschen ist (dagegen Lehmann-Ring Nr. 5); die Aufstellung einer Eröffnungsbilanz wird (mit Lehmann-Ring Nr. 5 gegen 6./7. Aufl.) nicht für nötig zu erachten sein, da ja keine neue, sondern nur eine wiedereröffnete Liquidation in Frage steht. Ebensowenig braucht eine neue Aufforderung an die Gläubiger zu erfolgen, oder ein neues Sperrjahr abgewartet zu werden. Dagegen ist alljährlich eine Bilanz der Generalversammlung vorzulegen.

Natürlich brauchen die Liquidatoren diese Pflichten nur zu erfüllen, wenn sie die nötigen Mittel dazu vorfinden. Es steht nichts entgegen, daß der Antragsteller ihnen die Mittel hierzu vorschießt. § 302.

Die Löschung der Firma steht der Wiedereröffnung der Liquidation nicht im Wege (RGZ. 28 A S. 55). Anm. 22.

g) Ist die wiedereröffnete Liquidation beendet, so haben die Liquidatoren dies wiederum anzumelden. Dies ist einzutragen. Die nunmehr erwachsenen Bücher und Schriften sind von neuem aufzubewahren. Überall finden hier die Vorschriften der Abs. 1—3 entsprechende Anwendung. Anm. 23.

Auch wenn die Gesellschaft in Konkurs geraten und der Konkurs beendet ist, kann die Liquidation wieder eröffnet werden. Es kann dann bei der wiedereröffneten Gesellschaft von neuem Konkurs eröffnet werden (vgl. Jaeger KO. Anm. 2 zu § 208). Anm. 24.

Zusatz 1. Übergangsfrage. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf bestehende Gesellschaften Anwendung (vgl. Anm. 1—4 zu § 178 und RGZ. 28 A S. 53). Anm. 25.

Daraus folgt auch, daß überall dort, wo früher angenommen wurde, daß nach früherem Rechte die Liquidationsbeendigung weder zur Eintragung dieser Tatsache, noch zur Löschung der Firma führte, diese Eintragung jetzt noch bei den bereits liquidierten Gesellschaften bewirkt werden kann.

Besonders findet Abs. 4 auf frühere Gesellschaften Anwendung. Er bezieht sich ja gerade auf bereits beendigte Liquidationen. Wo also bei einer früheren Gesellschaft, deren Liquidation längst vor dem 1. Januar 1900 beendet ist, sich nachträglich Vermögen vorfindet, kann das Liquidationserneuerungsverfahren eingeleitet werden.

Zusatz 2. Was geschieht, wenn der Konkurs einer Aktiengesellschaft beendet ist? Hierüber s. Anm. 10ff. zu § 307. Anm. 26.

§ 303.

Eine Verwerthung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen ist nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zulässig. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen. § 303.

Der Beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war.

Die Vorschriften der §§ 294 bis 302 kommen mit der Maßgabe zur Anwendung, daß die Liquidatoren zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt sind, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel mit sich bringt. Die Ausantwortung des Vermögens an den Uebernehmer darf nur unter Beobachtung der für die Vertheilung unter die Aktionäre nach den §§ 297, 301 geltenden Vorschriften stattfinden.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, daß eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens auch durch Veräußerung im ganzen erfolgen kann.

Es war dies auch früher nicht zweifelhaft und der Fall war im früheren Recht gar nicht besonders geregelt. Ungemein häufig kam es vor, daß die Auflösung beschlossen und die Liquidatoren beauftragt wurden, die Liquidation in der Weise zu bewirken, daß sie das Gesellschaftsvermögen in Bausch und Bogen an eine bestimmte Person unter bestimmten Bedingungen veräußerten. Dieser Fall ist jetzt durch den vorliegenden Paragraphen besonders gesetzlich geregelt. Anm. 1.

Eine Veräußerung im ganzen liegt auch dann vor, wenn nicht gerade die Veräußerung aller vorhandenen Gegenstände erfolgt; das Vorbehalten einzelner Gegenstände und auch einzelner Schulden ist zulässig und verändert den Begriff nicht (Anm. 20 zu § 22). Bildet z. B. nur das Anm. 2.

§ 303. Geschäft, nicht auch die einen erheblichen Teil des Gesellschaftsvermögens bildenden Grundstücke den Gegenstand der Veräußerung, so greift § 303 nicht Platz. Entscheidend wird sein, ob etwas zurückbehalten wird, was bestimmt und geeignet ist, die Gesellschaft, wenn auch auf veränderter Basis, als produktive fortzusetzen. Die Verwertung der Gegenleistung allein kann zur Fortsetzung der Gesellschaft nicht führen, da nach Abs. 2 der Beschluß auf Veräußerung die Liquidation zur notwendigen Folge hat.

Anm. 3. In welcher Weise die Gegenleistung vereinbart ist, ist gleichgültig. Es kann Geld sein oder auch andere Gegenwerte (s. auch den Fall der Überlassung des ganzen Gesellschaftsvermögens an den sämtliche Aktien besitzenden Aktionär in Anm. 18 zu § 292). Werden andere Gegenstände als Geld als Gegenleistung vereinbart, so haben die Liquidatoren diese anderen Gegenstände zu versilbern, wenn die Generalversammlung nichts Gegenteiliges z. B. anteilmäßige Naturalverteilung anordnet (vgl. Anm. 3 zu § 300). Auch kann die Gegenleistung in der Weise vereinbart werden, daß sie an die veräußernde Aktiengesellschaft oder auch direkt an die Aktionäre erfolgt. In letzterem Fall liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor, und es kann in solchem Falle die Gegenleistung sowohl von der übertragenden Aktiengesellschaft, als auch von den Aktionären geltend gemacht werden (§§ 328, 335 BGB.). Der Gegenwert kann auch in Aktien der übernehmenden Gesellschaft bestehen; alsdann greift § 305 Platz, bzw. § 306, letzterer, wenn hierbei die Liquidation vermieden werden soll. Häufig wird die Anwendung des § 303 vorkommen, um eine Aktiengesellschaft in eine andere Gesellschaftsform umzuwandeln. Dabei wird die Aktiengesellschaft liquidiert und ihr Vermögen in die neue Gesellschaft bei deren Gründung eingebracht (vgl. RG. bei Holdheim 7, 171). Solche Fälle sind z. B. Umwandlung in eine Genossenschaft (vgl. zit. RGErk.); Umwandlung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft (vgl. Pinner 306 und die dort zit. Entsch.); Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH., bei der besondere Vorschriften gelten (GmbHG. §§ 80, 81); Vereinigung mehrerer Aktiengesellschaften zu einer neu zu gründenden (Rehm 394). Über die Fusion einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit mit einer Aktiengesellschaft vgl. RG. 56, 292; über Rechtsfolgen der Fusion von ausländischen Versicherungsgesellschaften vgl. RG. 60, 56.

Anm. 4. Der Gang einer derartigen Veräußerung des Gesamtvermögens ist folgender:

a) und b) Beschluß der Generalversammlung mit qualifizierter Mehrheit. Der Vertrag auf Veräußerung kann vorher abgeschlossen und der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden. Wenn das nicht der Fall ist, so muß sich der Vertrag anschließen,

c) Anmeldung und Eintragung der Auflösung,

d) Innehaltung der Gläubigerschutzvorschriften,

e) Ausantwortung des Vermögens an den Erwerber,

f) Verteilung des Erlöses an die Aktionäre,

g) Beendigung der Liquidation und Eintragung der Beendigung bzw. des Erlöschens der Firma.

Anm. 5. 1. (Abs. 1.) **Erfordernis einer Veräußerung des Vermögens im ganzen** (über den Begriff der Veräußerung des Vermögens im ganzen s. Anm. 2). Das einzige Erfordernis ist ein Generalversammlungsbeschluß, dessen Mehrheit mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (über diese Mehrheit s. Anm. 4 zu § 251). Noch weitere Erfordernisse (z. B. Einstimmigkeit, doppelte Generalversammlung) können im Statut erfordert werden, geringere nicht. Der Erwerber darf nicht mitstimmen (§ 252 Abs. 3).

Anm. 6. Einer Eintragung bedarf der Beschluß zu seiner Gültigkeit nicht.

Anm. 7. Die Veräußerung des Vermögens im ganzen ist hiernach eine Rechtshandlung, die der schrankenlosen Vertretungsbefugnis des Vorstandes bzw. der Liquidatoren entrückt ist. Der Vorstand bzw. der Liquidator sind auch Dritten gegenüber zu diesem Rechtsgeschäft nicht ohne Generalversammlungsbeschluß befugt; soll eine solche Veräußerung gültig sein, so muß jener Beschluß vorliegen, sie ist sonst ungültig und auch der Erwerber kann sich nicht durch Gutgläubigkeit schützen. Sie überschreitet eben die Vertretungsbefugnis des Vorstandes, und auch der Vorstand bzw. Liquidator haftet daraus nicht, weil der Dritte diese Überschreitung kennen mußte (§ 179 Abs. 3 BGB.).

Der Beschluß muß inhaltlich die Zustimmung zu einer bestimmten Veräußerung § 303. unter bestimmten Bedingungen enthalten. Es würde nicht genügen, wenn er den allgemeinen Anm. 8. Inhalt hätte, das Gesellschaftsvermögen im ganzen zu veräußern (vgl. § 304; Gareis Anm. 3; Lehmann-Ring Nr. 3). Dagegen ist es gleichgültig, ob der Vertrag vor dem Beschlusse geschlossen wird oder nachher (§§ 183, 184 BGB.). In letzterem Falle muß sich der Vertrag genau an den Inhalt des Beschlusses anschließen. Innerhalb dieses Inhalts kann er natürlich weitere Ausführungen und Einzelheiten enthalten.

2. (Abs. 2.) **Dieser Beschluß kann während der Dauer der Gesellschaft oder nach beschlossener Auflösung, im Stadium der Liquidation gefaßt werden.** Im ersteren Fall hat er die „Auflösung der Gesellschaft zur Folge", d. h. er enthält implicite den Auflösungsbeschluß. Die Gesellschaft verliert dadurch nicht ihre Existenz, sondern tritt nur in das Stadium der Liquidation. Diese Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn der geplante Veräußerungsvertrag schließlich nicht zustande kommt oder aus irgend welchen Gründen rückgängig wird. Für solche Fälle gibt aber § 307 ein Hilfsmittel, um die Gesellschaft wieder fortzusetzen. Wird von diesem Hilfsmittel kein Gebrauch gemacht, so muß in anderer Weise liquidiert werden. Die Auflösung ist anzumelden, einzutragen und zu veröffentlichen. Unter Umständen gehört die Eintragung sogar zur Rechtswirksamkeit des Beschlusses, nämlich wenn die Auflösung der Gesellschaft eine Statutenänderung in sich schließt, sonst aber nicht (vgl. Anm. 4 zu § 293). Andererseits wird nichts weiter angemeldet, eingetragen und veröffentlicht, als daß die Auflösung erfolgt ist, nicht auch der besondere Grund derselben, die Veräußerung des ganzen Vermögens. War die Auflösung bereits vorher erfolgt, so wird der Beschluß auf Veräußerung im ganzen nicht besonders angemeldet und eingetragen. Das Gesetz ordnet dies nicht an (besondere Rechtsfolge hieraus s. Anm. 12). Anm. 9.

3. (Abs. 3.) **Die Rechtsfolgen des Beschlusses im einzelnen.** Anm. 10.

a) Daß der Beschluß, wenn die Auflösung noch nicht erfolgt war, die Auflösung zur Folge hat, ist schon im Abs. 2 gesagt. In jedem Falle hat er aber zur Folge, daß die Liquidation nunmehr in dieser Weise durchgeführt werden muß: durch Veräußerung des gesamten Vermögens. Eine Gesamtrechtsnachfolge liegt aber nicht vor. Die übertragende Gesellschaft bleibt bestehen; dadurch unterscheiden sich ja die Fälle der §§ 303 und 305 von den Fällen der §§ 304 und 306 und von denen in §§ 80, 81 GmbH., in letzteren erfolgt unter Wegfall der Liquidation, also unter Fortfall der übertragenden Gesellschaft eine rechtliche Verschmelzung der beiden Vermögensmassen (vgl. Pinner 304). Es tritt also Liquidation der übertragenden Gesellschaft ein.

Auf diese Liquidationen finden die allgemeinen Vorschriften über die Anm. 11. Liquidation (§§ 294—302) selbstverständlich ebenfalls Anwendung. Insbesondere sind die Gläubiger zu befriedigen oder sicherzustellen: es darf die Gegenleistung, die der Übernehmer zahlt, nicht eher unter die Aktionäre verteilt werden, als bis diese Gläubigerschutzvorschriften erfüllt sind. Der Abs. 3 unseres Paragraphen hebt dies noch besonders hervor und fügt noch zweierlei hinzu (hierüber zu b und c).

b) Was die Rechtsstellung der Liquidatoren betrifft, so sind diese zu den Ge- Anm. 12. schäften und Rechtshandlungen befugt, die die beschlossene Maßregel mit sich bringt. Nach dem Wortlaut und dem Gedanken des Gesetzes liegt darin nicht nur eine Festsetzung der Geschäftsführungsbefugnisse, sondern auch der Vertretungsbefugnisse. Es ist damit gesagt, daß die Liquidatoren infolge eines solchen Beschlusses dieser Art zur Veräußerung des Gesellschaftsvermögens nach außen und nach innen befugt sind, während sie im allgemeinen nur zu einer Versilberung im einzelnen befugt sind. Darin liegt eine Erweiterung ihrer Rechtsstellung. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß damit gesagt ist, daß sie nur zu solchen Rechtshandlungen befugt sind, die die Ausführung eines solchen Beschlusses mit sich bringt. Dies ist weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinne des Gesetzes zu entnehmen. In betreff der Veräußerung haben die Liquidatoren erweiterte Befugnisse, daneben stehen ihnen die Rechte zu, die sie als Liquidatoren im allgemeinen haben; z. B. wenn

§ 303. die Verwertung nicht zustande kommt, die Liquidation aber bestehen bleibt, oder wenn einzelne Gegenstände von der Veräußerung ausgenommen werden.

Anm. 13. c) Die zweite Sondervorschrift für die vorliegende Art der Liquidation ist, daß die Gläubigerschutzvorschriften beachtet werden müssen nicht nur, ehe die Verteilung des Liquidationserlöses an die Aktionäre erfolgt, sondern auch, ehe die Ausantwortung des veräußerten Vermögens erfolgt. Es müssen also gemäß §§ 297 und 301 die Gläubiger aufgefordert und befriedigt oder sichergestellt werden und ferner muß das Sperrjahr abgelaufen sein, ehe das Vermögen dem Erwerber übergeben wird. Die Forderungen sind also durch den Veräußerungsvertrag selbst noch nicht übergegangen, dieser muß so abgeschlossen werden, daß er nur ein pactum de cedendo enthält. Der Erwerber darf nicht in die Lage versetzt werden, das Geschäft mit Firma nach § 25 Abs. 1 fortzuführen, ehe jene Vorschriften erfüllt sind, weil dies zur Folge hat, daß die Forderungen der Gesellschaft den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen gelten. Das würde die Gefahr in sich bergen, daß die Schuldner direkt an den Erwerber zahlen und der Gesellschaft dadurch die Mittel zur Befriedigung ihrer Gläubiger entgehen. Demgemäß darf der Übernehmer auch nicht als Geschäftsinhaber und Inhaber der Firma vor Ablauf des Sperrjahres in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. Pinner 304), wenn eine solche Übertragung auch nicht nichtig ist (vgl. nächsten Absatz). Dagegen würde nichts entgegenstehen, daß der Erwerber die Übernahme der Passiva in handelsüblicher Weise bekannt macht (§ 25 Abs. 3), da dies nur die Übernahme der Passiva, nicht auch die Fiktion des Überganges des Vermögens zur Folge hat.

Bei Verletzung dieser Vorschriften tritt die Haftung der Gesellschaftsorgane nach §§ 241 und 249 und der Aktionäre nach § 217 ein (vgl. Anm. 7, 8 u. 20 zu § 217). — Dagegen ist eine Übertragung des Vermögens, die unter Mißachtung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgt, z. B. vor Ablauf des Sperrjahrs, nicht ungültig (vgl. Anm. 10 zu § 301); jedoch ist sie den nicht befriedigten Gläubigern gegenüber unwirksam (vgl. § 135 BGB. und Lehmann-Ring Nr. 7).

Anm. 14. d) Diese beiden Vorschriften zu b und c zusammengenommen, können in dem Falle zu Schwierigkeiten führen, in dem ein im Betrieb befindliches Geschäft den Gegenstand der Veräußerung bildet. Auf der einen Seite sollen nämlich die Liquidatoren der Geschäftsveräußerungsbeschluß ausführen, auf der anderen Seite sollen sie das Vermögen erst nach einem Jahre übergeben dürfen. Was soll nun in der Zwischenzeit zwischen dem Veräußerungsvertrage und der Übergabe geschehen? Die D. (177) löst diesen Zwiespalt in folgender Weise: die Fortsetzung des Unternehmens ist der Gesellschaft auch nach der Fassung jenes Beschlusses nicht unmöglich. Vielmehr ist den Liquidatoren in einem solchen Falle die Befugnis zu allen Geschäften einzuräumen, die der Betrieb mit sich bringt. Andererseits schließt der vorliegende Paragraph nicht aus, daß die Geschäftsleitung schon während des Liquidationsstadiums in weiteren oder engeren Grenzen dem Übernehmer selbst überlassen wird, wobei dann die Aufgabe der Liquidatoren der Hauptsache nach nur darin bestehen wird, darüber zu wachen, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anlagen und Gegenstände von dem Vermögen des Übernehmers getrennt bleiben und dem Liquidationszwecke nicht entfremdet werden (vgl. auch Anm. 16). Immerhin ist die sofortige Übertragung der Geschäftsleitung auf den Übernehmer praktisch nicht ohne Bedenken; die beste Lösung wird wohl die sein, daß als Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft solche Personen bestellt werden, die Vertrauensmänner beider Kontrahenten sind.

Die in dem Schwebezustand liegende Schwierigkeit wird bei Übertragung eines in Betrieb befindlichen Geschäfts die Anwendung des § 303 meist unpraktisch erscheinen lassen.

Zusatz 1.

Anm. 15. 1. **Der Veräußerungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Übernehmer**, durch den in Ausführung des Generalversammlungsbeschlusses das Vermögen im ganzen veräußert wird,

bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 311 BGB.). Ist die Form nicht gewahrt, so ist auch die Übereignung des Vermögens ungültig; sie stellt sich als Erfüllung eines der gesetzlichen Form ermangelnden Vertrages dar. **§ 303.**

2. **Der Vertrag bewirkt ohne weiteres den Übergang der Schulden der Gesellschaft auf den Übernehmer.** Von dem Abschlusse des Vertrages an können also die Gläubiger ihre Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen, es tritt also das ein, was man kumulative Schuldübernahme nennen könnte; diese Haftung gegenüber den Gläubigern kann auch nicht durch Vertrag mit der veräußernden Gesellschaft beseitigt oder eingeschränkt werden (§ 419 BGB.). Dagegen gehen die Aktiva des Vermögens nicht ohne weiteres über. Diese müssen besonders zum Eigentum übertragen werden; die Mobilien müssen übergeben, die Grundstücke aufgelassen werden, die Forderungen müssen abgetreten, die Orderpapiere indossiert oder abgetreten werden. Dadurch wird nun allerdings auch die Haftung des Übernehmers wieder eingeschränkt. Denn nach § 419 BGB. haftet der Erwerber eines ganzen Vermögens (wenn kein anderer Haftungsgrund hinzutritt), lediglich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Er haftet also zunächst lediglich mit seinem Anspruche auf Herausgabe des Vermögens. Dieser Anspruch auf Herausgabe aber kann erst nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften und Ablauf eines Jahres befriedigt werden (Anm. 13). Nach erfolgter Übergabe des Vermögens an ihn haftet er auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Meist wird aber hier ein anderer Rechtsgrund hinzutreten, kraft dessen er voll haften wird: es wird wohl meist ein Fall des § 25 vorliegen (Fortführung des Geschäfts mit Firma oder Bekanntmachung der Schuldenübernahme an die Gläubiger). Freilich wird diese Haftung des Übernehmers von geringer praktischer Bedeutung sein, da ja vor der Übergabe des Vermögens an den Übernehmer die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sein müssen (Anm. 13). Indessen kann es sich doch um unbekannt gebliebene oder nur sichergestellte Gläubiger handeln; diesen kann diese hinzutretende Haftung des Übernehmers von Nutzen sein. Der völlige Ausschluß der Haftung nach § 25 Abs. 2 kann gültigerweise hier nicht erfolgen. Denn mit dem Bestande des übernommenen Vermögens haftet der Übernehmer ohne die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung (§ 419 Abs. 3 BGB.); aber es kann nach § 25 Abs. 2 die Vollhaftung ausgeschlossen und die Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt werden. Führt der Übernehmer das Geschäft ohne Firma fort, so haftet er voll und unbeschränkt nur beim Hinzutritt besonderer Verpflichtungsgründe, insbesondere also bei handelsüblicher Bekanntmachung (§ 25 Abs. 3). Über einen besonderen Fall der Schuldübernahme (Übernahme des Portefeuilles einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit) RG. 56, 292; vgl. auch §§ 43, 44, 14, 73 PrivVersUntGes. Anm. 16.

Eine Gesamtrechtsnachfolge liegt in keinem Falle hier vor (vgl. Anm. 10). Ein Prozeß, der für oder gegen die veräußernde Aktiengesellschaft geführt wird, kann ungehindert fortgesetzt werden und ein gegen sie ergangenes oder ergehendes Urteil macht nicht Rechtskraft gegen den Übernehmer. Wenn die Forderungen vor dem Erwerbe rechtskräftig festgestellt sind, machen sie Rechtskraft und das Urteil wird auf Antrag des Gläubigers einfach auf die übernehmende Gesellschaft umgeschrieben (§ 729 CPO.). Anm. 17.

3. **Kann auch die Firma der Gesellschaft bei einer Veräußerung der hier in Rede stehenden Art übertragen werden?** Vgl. Anm. 11 zu § 22, und Anm. 6 zu § 302. Anm. 18.

Zusatz 2. Stempelfrage. Der Veräußerungsvertrag ist nach § 32 des preuß. Stempelgesetzes zu versteuern. Soweit der Gegenwert in Aktien besteht, liegt freilich ein Anschaffungsgeschäft über Wertpapiere vor, und da greifen andere Grundsätze Platz (Anm. 27 zu § 305). Anm. 19.

Zusatz 3. Übergangsfrage. Auch auf bestehende Gesellschaften findet der vorliegende Paragraph Anwendung. Auch hier ist also ein qualifizierter Mehrheitsbeschluß erforderlich zur Übertragung des ganzen Vermögens, auch hier hat er die Auflösung zur Folge. Sollte in den Statuten einer früheren Gesellschaft diese Art der Verwertung ausgeschlossen sein, so kann gleichwohl der Beschluß gefaßt werden, jedoch nur dann mit Einstimmigkeit. Anm. 20.

§ 304.

§ 304. Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen, so kann zugleich vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleiben soll.

Die im § 303 Abs. 1 vorgesehene Zustimmung der Generalversammlung ist auch für eine solche Vereinbarung erforderlich.

Der Vorstand hat den Beschluß der Generalversammlung zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; der Anmeldung ist der mit dem Uebernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Der Beschluß hat keine Wirkung, bevor die Eintragung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich der Sitz der Gesellschaft befindet, stattgefunden hat.

Mit der Eintragung des Beschlusses gilt der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt; die Firma der Gesellschaft erlischt.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Veräußerung des Vermögens im ganzen an eine öffentliche Korporation, und zwar ohne Liquidation (sogenannte Verstaatlichung).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Vorausgesetzt ist, daß die Aktiengesellschaft ihr Vermögen als Ganzes an das Deutsche Reich, an einen Bundesstaat oder an einen inländischen Kommunalverband veräußert.** Der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 311 BGB.). Was unter einem Kommunalverband zu verstehen ist, darüber s. Einl. zu § 36.

Anm. 2. **Vorausgesetzt ist ferner, daß hierbei vereinbart wird, die Liquidation solle unterbleiben.** Wird diese Vereinbarung nicht getroffen, so liegt keine Besonderheit gegen § 303 vor. Es greifen dann vielmehr lediglich die Vorschriften des § 303 Platz.

Anm. 3. Übrigens wird man unbedenklich annehmen können, daß die im vorliegenden Paragraphen behandelte Transaktion auch im Stadium der Liquidation beschlossen und durchgeführt werden kann. Es wird dann nicht vereinbart, daß die Liquidation unterbleibt, sondern daß die weitere Liquidation unterbleibt, und die Folge ist, daß eben die weitere Liquidation, die Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften, das Abwarten des Sperrjahres usw. unterbleibt. Im übrigen finden die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen auf diesen Fall entsprechende Anwendung: Die Generalversammlung muß zustimmen, der Zustimmungsbeschluß hat allerdings nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, da sie ja schon aufgelöst ist, wohl aber hat die Eintragung des Beschlusses den sofortigen Übergang des ganzen Vermögens auf den Übernehmer zur Folge.

Anm. 4. 2. (Abs. 2—5.) **Alsdann liegt die sogenannte Verstaatlichung vor,** deren Besonderheit folgende sind:

a) (Abs. 2.) Nicht nur der Veräußerungsvertrag, sondern auch die Vereinbarung, daß die Liquidation unterbleiben soll, bedarf der Zustimmung der Generalversammlung. Der betreffende Beschluß muß den im § 303 Abs. 1 vorgesehenen Erfordernissen entsprechen (wegen der Erläuterung dieser Erfordernisse s. Anm. 5ff. zu § 303), jedoch bedarf auch hier nur der Beschluß, nicht etwa die Ablehnung eines auf Verstaatlichung gerichteten Antrages der besonderen Erfordernisse (Anm. 5 zu § 251). Der Zustimmungsbeschluß hat die Auflösung zur Folge, jedoch in diesem Falle erst dann, wenn er eingetragen ist (Abs. 3 und 4 unseres Paragraphen). In diesem Falle hat er aber noch weittragendere Folgen (darüber Anm. 7 u. 8).

Anm. 5. b) (Abs. 3.) Nicht nur die Auflösung, sondern auch der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung sind zur Eintragung in das Handelsregister anzu-

melden. Eintragungspflichtig ist der Vorstand, nicht sämtliche Vorstandsmitglieder. Der Zwang nach § 14 fehlt, soweit es sich um die Eintragung in das Hauptregister handelt, wogegen der einmal in das Hauptregister eingetragene Beschluß zur Vermeidung von Ordnungsstrafen auch zu den Zweigregistern angemeldet werden muß (§ 319 Abs. 2). Der Anmeldung ist der Veräußerungsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Die Eintragung kann nur erfolgen, wenn der Vertrag und der Beschluß den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen. Der Vertrag muß gerichtlich oder notariell abgeschlossen sein (vgl. Anm. 1). Der Beschluß muß die gesetzlichen Erfordernisse haben. Soweit verzichtbare Erfordernisse fehlen, greifen allgemeine Bestimmungen Platz (Anm. 15 zu § 273). Eingetragen wird hier nicht nur, daß die Gesellschaft aufgelöst ist, sondern auch, daß sie durch Veräußerung des Vermögens an eine der hier vorgesehenen öffentlichen Korporationen aufgelöst ist. § 304.

c) (Abs. 4 und 5.) **Die Wirkung der Eintragung** ist, daß der Zustimmungsbeschluß wirksam geworden ist. Damit wird auch der Veräußerungsvertrag wirksam und gültig. Deshalb treten mit der Eintragung des Beschlusses auch die Wirkungen des Vertrages ein. Anm. 6.

Die Wirkungen des Vertrages aber bestehen darin, daß das Vermögen der Gesellschaft einschließlich der Schulden auf den Übernehmer übergeht, und zwar ohne weiteres, ohne besonderen Übertragungsakt, **durch Gesamtrechtsnachfolge**. Die Aktiengesellschaft ist hiermit nicht nur aufgelöst, sondern untergegangen, ihr vermögensrechtliches Substrat ist erloschen. Ihre Firma ist, wie Abs. 5 hervorhebt, erloschen und dies ist einzutragen (so mit Rücksicht auf § 31 Abs. 2 Lehmann-Ring Nr. 4 gegen 6./7. Aufl.). (Ob auch vereinbart werden kann, daß die Firma auf die übernehmende Korporation übergehen soll und ob diese von ihr fortgeführt werden kann, richtet sich nach der Verfassung der übernehmenden Korporation; vgl. Anm. 5 zu § 36.) Anm. 7.

Die Gläubiger der Gesellschaft können sich nunmehr direkt an den Übernehmer halten, allerdings auch nicht früher. Zwar können nach § 419 BGB. bei einer Übertragung des ganzen Vermögens die Gläubiger sich sofort nach Abschluß des Vertrages an den Übernehmer halten, und im Falle des § 303 ist dies auch anzuwenden. Allein hier wird ja der Veräußerungsvertrag erst mit der **Eintragung** des Zustimmungsbeschlusses gültig und wirksam. In diesem Augenblicke aber geht das Vermögen über. Der Übernehmer haftet hier übrigens nicht nur mit den Kräften des übernommenen Vermögens, sondern mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden der übertragenden Gesellschaft. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist unzulässig und unwirksam, obwohl dies nicht ausdrücklich hervorgehoben ist. Aber es liegt dies in der Natur der Sache. Denn die übertragende Gesellschaft geht ja unter, an die Stelle des einen Schuldners tritt der andere (so auch Pinner 308). Anm. 8.

Prozesse, die für und gegen die Aktiengesellschaft schweben, werden unterbrochen und wieder aufgenommen nach Maßgabe der hier entsprechend anwendbaren §§ 239 ff. CPO., die Aktiengesellschaft wird behandelt, wie eine verstorbene und beerbte Partei (ebenso Lehmann-Ring Nr. 4 und RG. 56, 331); vollstreckbare Schuldtitel, die gegen die veräußernde Aktiengesellschaft schon bestehen, sind gegen den Übernehmer umzuschreiben nach Maßgabe des § 727 CPO. Anm. 9.

Die Grundstücke brauchen nicht aufgelassen werden (vgl. KGJ. 11, 129), die Forderungen nicht abgetreten, Orderpapiere nicht indossiert, Mobilien nicht übergeben zu werden. Es geht vielmehr alles ohne besonderen Übertragungsakt auf den Übernehmer über (vgl. Pinner 308). Anm. 10.

Die Aktionäre endlich sind hinsichtlich der Abfindung, die für sie im Veräußerungsvertrage vorgesehen ist, Gläubiger des Übernehmers geworden. Anm. 11.

Besondere Schutzvorschriften für die Gläubiger wegen ihrer Befriedigung und für die Aktionäre wegen ihrer Abfindung bedarf es nicht. Für die ersteren bietet die öffentlich-rechtliche Natur der übernehmenden Korporation genügende Garantien, die letzteren aber haben ja in dem Zustimmungsbeschluß genehmigt, daß ihre Aktionäreigenschaft sich in eine Gläubigerschaft gegen den Übernehmer verwandelt. Anm. 12.

§ 304. Anm. 13. **Zusatz 1. Stempelfrage.** Die Versteuerung richtet sich in Preußen nach § 32 des Stempelgesetzes. Wenn die Veräußerung an einen Fiskus erfolgt oder an einen Kommunalverband in Armen-, Schul- und Kirchenangelegenheiten, so ist nur der halbe Stempel zu entrichten (§ 5 des Stempelgesetzes).

Anm. 14. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Das alte HGB. hatte besondere Vorschriften für die Verstaatlichung nicht. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen sind aber auch auf die bestehenden Gesellschaften anwendbar (Anm. 1—4 zu § 178).

§ 305.

§ 305. Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen, so bleiben bei der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften des § 278 Abs. 1, des § 280 Abs. 2, der §§ 281, 282, des § 283 Abs. 1 sowie des § 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 außer Anwendung.

Der Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister ist der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Auf den Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft finden die Vorschriften des § 290 Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall der Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit einer anderen Aktiengesellschaft** (oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien) **ohne Wegfall der Liquidation** (Fusion ohne sofortige Verschmelzung, uneigentliche Fusion). Der Fall stellt eine Unterart der im § 303 vorgesehenen Veräußerung des gesamten Vermögens dar, allerdings einen besonders gearteten Fall, da hier die Veräußerung an einen anderen Aktienverein und zwar gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft vorliegt. Die besondere Gestaltung des Falles erfordert einige Sondervorschriften. Abgesehen von diesen Sondervorschriften greifen aber die Bestimmungen des § 303 Platz. Insbesondere tritt die übertragende Gesellschaft in Liquidation. Ein sofortiger Untergang der übertragenden Gesellschaft findet nicht statt. Aber schließlich geht doch die eine Gesellschaft in der andern auf, indem die Aktionäre der einen Aktionäre der andern werden.

Anm. 1. Die Vorschriften über Fusion (sowohl im Falle des § 305, wie in dem des § 306), kommen nur zur Anwendung, wenn beide Gesellschaften in Deutschland domizilieren. Daß die übernehmende Gesellschaft eine deutsche sein muß, ergeben die Vorschriften die § 305. Denn nur für eine solche kann der Gesetzgeber seine Vorschriften über Wegfall gewisser Bestimmungen bei Kapitalserhöhungen geben (vgl. KGJ. 21 A S. 294). Dasselbe muß für die übertragende Gesellschaft gelten. Auch für sie sind Vorschriften z. B. über die Form des Veräußerungsvertrages, Genehmigung der Generalversammlung, Umtausch von Aktien usw. gegeben, die der Gesetzgeber lediglich für die dem deutschen Gesetz unterliegenden Gesellschaften gegeben hat und die in gleicher Weise von ausländischen Gesellschaften nicht zu erfüllen sind.

Anm. 2. 1. **Vorauszuschicken ist, daß die Fusion ohne sofortige Verschmelzung vor der Auflösung der übertragenden Gesellschaft oder auch im Stadium der Liquidation erfolgen kann.** Im ersteren Falle hat sie die Auflösung zur Folge (vgl. Anm. 7).

Anm. 3. 2. **Die Fusion ohne sofortige Verschmelzung besteht darin,** daß eine Aktiengesellschaft das Vermögen als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft überträgt. Es liegt ein besonderer Fall der im § 303 be-

§ 305.

handelten Gesamtverwertung vor. Die Besonderheit liegt darin, daß die Veräußerung an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgt (dieses allein würde noch keine Besonderheit sein und die Anwendbarkeit des § 303 nicht ausschließen), und zwar nicht gegen bares Geld oder sonstige Gegenwerte, sondern gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. — Wesentlich ist, daß die Übertragung „gegen" Gewährung von Aktien erfolgt. Der Fall des § 305 liegt also nicht vor, wenn neben Aktien andere Gegenleistung gewährt wird (so Lehmann-Ring Nr. 4; Goldmann Anm. 2; Lehmann II 534 Anm. 3; gegen 6./7. Aufl.). Ist den Aktionären ein Wahlrecht zwischen Aktien und anderer Vergütung gegeben, so tritt die Vorschrift des § 305 ein, wenn alle Aktionäre sich für Aktien entscheiden (RG. 9, 19). — Die Gegenleistung kann hier, wie im § 303 (vgl. die Einleitung dazu), entweder in der Weise vereinbart werden, daß die übertragende Gesellschaft, oder in der Weise, daß die Aktionäre direkt das Recht auf die Gegenleistung haben soll. Im letzteren Fall liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor (OLG. Karlsruhe in BadRpr. NF. 6, 197) und es kann in diesem Falle jeder Aktionär den auf ihn entfallenden Anteil an Aktien von der übernehmenden Gesellschaft klagend fordern, aber es kann auch die übertragende Gesellschaft die Ausantwortung der Aktien an ihre Aktionäre klagend fordern (§§ 328, 335 BGB.).

Anm. 4. Eine Veräußerung des gesamten Vermögens muß erfolgen. Vereinigen die zwei Gesellschaften nur ihre Betriebe, um den Reingewinn gemeinschaftlich zu teilen, so liegt der Fall nicht vor (Interessengemeinschaft).

Anm. 5. An eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien muß die Übertragung erfolgen. Erfolgt die Veräußerung an eine Gesellschaft anderer Art, z. B. an eine offene Handelsgesellschaft, so liegt der Fall nicht vor, sondern ein Fall des § 303. Ebenso wenn die Übertragung an eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung geschieht. In letzterem Falle sind auf seiten der Aktiengesellschaft die Vorschriften des § 303, auf seiten der übernehmenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Vorschriften über Stammkapitalserhöhungen zu beobachten. Die §§ 80 und 81 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung greifen hierauf nicht Platz, weil sich diese nur auf den Fall beziehen, daß eine Aktiengesellschaft ohne Liquidation in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt werden soll.

Anm. 6. Ein besonderer Fall liegt vor, wenn die aufnehmende Gesellschaft Aktien der zu übernehmenden besitzt, was oft in erheblichem Maße der Fall ist. Hier kann im Vertrage natürlich vereinbart werden, daß die aufnehmende Gesellschaft, soweit sie selbst Aktien besitzt, neue Aktien nicht erhält, so daß nur die Kapitalserhöhung insoweit stattfindet, als andere Aktionäre vorhanden sind. Allerdings kann hier eine Schwierigkeit dadurch eintreten, daß die übernehmende Gesellschaft, soweit sie Aktien der aufzunehmenden Gesellschaft besitzt, bei der Beschlußfassung der aufzunehmenden Gesellschaft über den Veräußerungsvertrag kein Stimmrecht hat.

Anm. 7. 3. **Die hier in Rede stehende Transaktion stellt einerseits eine Auflösung der übertragenden Gesellschaft, andererseits eine Kapitalserhöhung auf seiten der übernehmenden Gesellschaft dar.** In ersterer Hinsicht liegt jene besondere Art der Auflösung vor, von der § 303 handelt. Die Kapitalserhöhung auf seiten der übernehmenden Gesellschaft bedingt einige durch die Eigenart des Falles erforderlichen Sondervorschriften.

Anm. 8. 4. **Der Hergang der Fusion ohne sofortige Verschmelzung:**

a) Zunächst wird der Veräußerungsvertrag geschlossen, der notwendig ist und nicht etwa durch die Beschlüsse der beiden Generalversammlungen ersetzt wird. Er bedarf der gerichtlichen und notariellen Form zu seiner Gültigkeit (vgl. Anm. 15 zu § 303). Dieser Übertragungs- und Übernahmevertrag enthält auf der einen Seite die Verpflichtung, das gesamte Vermögen auf die übernehmende Gesellschaft zu übertragen, auf der anderen Seite die Verpflichtung der übernehmenden Gesellschaft, als Gegenwert hierfür neu auszugebende Aktien in dem vereinbarten Betrage zu gewähren.

§ 305. Der Abschluß des Veräußerungsvertrages kann auch nach den Beschlüssen der Generalversammlungen erfolgen (Anm. 4 zu § 303); er kann auch derart geschehen, daß der Vorstand der einen Gesellschaft das Angebot macht, das die Generalversammlung genehmigt, der Vorstand der andern dies Angebot, ebenfalls unter Genehmigung der Generalversammlung annimmt (Plotke bei Holdheim 10, 248).

Anm. 9. Nach beiden Richtungen ist der Vertrag zunächst nicht wirksam. Vielmehr muß ihn die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft genehmigen (§ 303 Abs. 1, § 305 Abs. 2). Erst dadurch wird er für die übertragende Gesellschaft wirksam und bindend. Aber auch auf seiten der übernehmenden Gesellschaft muß die Genehmigung der Generalversammlung hinzutreten. Diese muß den dem Vertrage entsprechenden Kapitalserhöhungsbeschluß fassen, alsdann erst ist er auch für sie wirksam und bindend. Denn in dem Übernahmevertrage liegt ja die Zusicherung der Ausgabe neuer Aktien, eine solche Zusicherung aber ist gemäß § 283 Abs. 2, der durch unseren Paragraphen nicht außer Anwendung gesetzt ist, an sich ungültig, weil sie vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse gemacht ist. — Auf seiten der übernehmenden Gesellschaft muß außerdem die erfolgte Erhöhung eingetragen werden, erst dadurch gilt die Kapitalserhöhung als durchgeführt. Die Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung setzt aber nach Abs. 2 unseres Paragraphen voraus, daß die übertragende Gesellschaft den Beschluß bereits genehmigt hat. Da nun hiernach die übertragende Gesellschaft sich endgültig binden muß, ehe die Aktien der übernehmenden Gesellschaft geschaffen sind, diese Schaffung aber nicht allzu lange in der Schwebe bleiben darf, ohne daß die Interessen der übertragenden Gesellschaft gefährdet werden, so ist es zwar nicht notwendig, aber doch im Interesse der übertragenden Gesellschaft und ihrer Aktionäre ratsam, ähnlich wie im Normalfalle bei der Zeichnung neu auszugebender Aktien (§ 281 Nr. 4), in dem Veräußerungsvertrage eine Frist festzusetzen, nach deren Ablauf der Veräußerungsvertrag unverbindlich wird, wenn bis dahin die erfolgte Kapitalserhöhung nicht zur Eintragung gebracht ist (tritt dieser Fall der Unverbindlichkeit ein, so greift § 307 Platz). Als zulässig muß man es aber auch ansehen, daß die übertragende Gesellschaft den Zustimmungsbeschluß zum Vertrage bedingt durch die innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgende Kapitalserhöhung faßt. Ist dies geschehen und wird dann der Vertrag hinfällig, so ist auch die Auflösung noch nicht eingetreten (Lehmann-Ring Nr. 5, 9).

Anm. 10. Für den vereinbarten Umtausch der Aktien kann zufolge § 305 Abs. 3 der Veräußerungsvertrag eine Vorschrift enthalten, die dem Zwangsverfahren bei der Zusammenlegung von Aktien entspricht. Es findet § 290 entsprechende Anwendung. Die Vereinbarung der Aktiengewährung kann also in der Weise erfolgen, daß auf mehrere Aktien der übertragenden Gesellschaft eine der übernehmenden Gesellschaft entfällt, so daß der Aktionär der übertragenden Gesellschaft, der nur eine Aktie derselben besitzt, sich einem gewissen Zwange gegenübersieht: Er muß entweder noch andere weitere Aktien anschaffen, oder aber sich in Geld abfinden lassen. Es kann eine Kraftloserklärung der zum Tausch nicht ausreichenden Aktien erfolgen, und an die Stelle der für kraftlos erklärten Aktien tritt die entsprechende Anzahl von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Diese sind für Rechnung der Beteiligten zu verkaufen. Diese Androhung, Kraftloserklärung und der Zwangsverkauf erfolgen normalerweise durch die übertragende Gesellschaft, sie können aber, wie überhaupt die Abfindung der Aktionäre, der übernehmenden Gesellschaft übertragen werden, und die D. (180) hebt sogar hervor, daß die übernehmende Gesellschaft diese Befugnisse haben müsse, um die Transaktion gehörig durchführen zu können. Ähnlich wie bei der Zusammenlegung ist übrigens auch hier zu erwähnen, daß dieses Zwangsverfahren ohne weiteres vom Gesetze gestattet ist und daher auch dann durchgeführt werden kann, wenn der Übertragungsvertrag und die hier in Rede stehenden Generalversammlungsbeschlüsse es nicht besonders vorsehen.

Anm. 11. b) Nach Schließung des Veräußerungsvertrages (bezügl. vorher vgl. Anm. 8) müssen die beiden Gesellschaftsbeschlüsse gefaßt werden.

α) Die übertragende Gesellschaft muß den Veräußerungsvertrag genehmigen, wenn er für sie wirksam und bindend sein soll. Der Beschluß bedarf der Erfordernisse des § 303 Abs. 1. **§ 305.**

Der Beschluß hat, falls er unbedingt gefaßt ist (vgl. Anm. 9), die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, wenn diese nicht schon erfolgt ist (§ 303 Abs. 2). Infolgedessen tritt die Gesellschaft, wenn sie sich nicht schon im Stadium der Liquidation befindet, jetzt in Liquidation (hierüber näheres Anm. 22). Anm. 12.

β) Die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft muß in Gemäßheit des Veräußerungsvertrages einen Kapitalserhöhungsbeschluß fassen. Dieser Beschluß folgt den Abstimmungsvorschriften des § 278 Abs. 2, bedarf im Falle der Ausgabe über pari der Angabe des Mindestausgabekurses (§ 278 Abs. 3), oder der Bestimmung, die an Stelle des Ausgabekurses tritt, nämlich des Umtauschverhältnisses, d. h. der Angabe, wieviel Aktien der übernehmenden Gesellschaft jeder Aktionär der übertragenden erhält. Es finden ferner die erschwerenden Vorschriften des § 279 über die Kapitalserhöhung mit Sacheinlagen Anwendung, denn eine solche liegt hier ihrem Wesen nach vor. Dagegen fällt das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft auf die neu auszugebenden Aktien fort, weil das Bezugsrecht nur soweit besteht, als die Generalversammlung nicht anders beschließt. Im übrigen ist dies noch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 unseres Paragraphen den § 282 und § 283 Abs. 1 außer Anwendung setzt. Auch die vertragsmäßigen Bezugsrechte, soweit solche bestehen, können nicht geltend gemacht werden; sie sind nur, soweit nicht etwa der Vertrag über ihre Gewährung etwas anderes bestimmt, bei Kapitalserhöhungen gegen Barzahlung auszuüben. In Fällen, wie der vorliegende, können die Bezugsberechtigten die Gegenleistung nicht gewähren (vgl. auch Anm. 8 zu § 283). Anm. 13.

Auch kann der vorliegende Kapitalserhöhungsbeschluß vor der vollen Einzahlung des bisherigen Grundkapitals gefaßt werden; dies ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 unseres Paragraphen den § 278 Abs. 1 und § 280 Abs. 2 außer Anwendung setzt.

Begrifflich nötig ist es übrigens nicht, daß die aufnehmende Gesellschaft ihr Kapital erhöht; denkbar ist, daß sie soviel eigene Aktien besitzt oder erwirbt, daß sie den Gegenwert aus diesen leisten kann (Rehm 395; Lehmann II, 524). Auch in diesem Fall liegt eine Fusion vor und kommen die übrigen Vorschriften des § 305 zur Anwendung. Anm. 14.

γ) Der Beschluß der übertragenden Gesellschaft ist zur Eintragung anzumelden (dagegen Goldmann Anm. 3), jedoch nur dann, wenn er vor der Auflösung der Gesellschaft gefaßt wird. Denn nur in diesem Falle bewirkt er die Auflösung der Gesellschaft. War die Gesellschaft schon aufgelöst, so ist eine Anmeldung dieses Beschlusses nicht mehr erforderlich (vgl. Anm. 9 zu § 303). Aber auch wo sie erforderlich ist, gehört die Eintragung regelmäßig nicht zur Gültigkeit des Beschlusses, außer dann, wenn sie zugleich eine Statutenänderung in sich schließt (vgl. Anm. 4 zu § 293). Sie ist Pflicht des Vorstandes (§ 293) und es kann die Erfüllung dieser Pflicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Da die Eintragung aber zur Gültigkeit nicht gehört, so beginnt der Liquidationszustand schon vor der Eintragung. Anm. 15.

δ) Der Beschluß der übernehmenden Gesellschaft dagegen muß zur Eintragung angemeldet und eingetragen werden, wenn der Veräußerungsvertrag für die übernehmende Gesellschaft bindend sein soll (§ 277 Abs. 3; Anm. 4 zu § 280). Zufolge des § 285, der durch § 305 Abs. 1 nicht außer Anwendung gesetzt ist, kann die Anmeldung auch bis zur Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung verschoben werden. Anm. 16.

Die Anmeldung erfolgt gemäß § 280; jedoch ist § 280 Abs. 2 durch § 305 außer Anwendung gesetzt, so daß die Versicherung, daß das bisherige Kapital eingezahlt sei, unterbleiben kann (vgl. Anm. 13). Die Anmeldung zum Hauptregister kann auch hier durch Ordnungsstrafen nicht erzwungen werden (§ 319 Abs. 2), wohl aber die Anmeldung zum Zweigregister (§ 13).

§ 305. Anm. 17. ε) **Bei der übernehmenden Gesellschaft muß auch die durchgeführte Kapitalserhöhung angemeldet werden.** Der Anmeldung ist der Veräußerungsvertrag und der Beschluß der übertragenden Gesellschaft beizufügen (Abs. 2 dieses Paragraphen). Überreichung von Zeichnungsscheinen ist nicht erforderlich, gezeichnet wird hier nicht; dies ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 des § 305 den § 281 und den § 284 Abs. 2 Nr. 1 außer Anwendung setzt. Die Anmeldung braucht auch die Erklärung nicht zu enthalten, daß der eingeforderte Barbetrag eingezahlt ist; das ist natürlich, da ja die Gegenleistung für die Aktien in der Übertragung eines ganzen Vermögens, nicht in einer bestimmten Barsumme besteht. Endlich aber ist auch in der Anmeldung die Erklärung nicht abzugeben, zu welchem Kurse die Aktien ausgegeben werden; dies ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 dieses Paragraphen den § 284 Abs. 3 und dadurch den § 195 Abs. 3 außer Anwendung setzt. Indessen beruht es wohl auf einem Versehen, daß diese Vorschrift hier außer Anwendung gesetzt ist, und es ist jedenfalls zulässig und empfehlenswert, daß diese Angabe in der Anmeldung hier, wie bei jeder anderen Kapitalserhöhung, erfolgt.

Anm. 18. Beizufügen ist also nur der Veräußerungsvertrag und der Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft. Die tatsächlich erfolgte Übertragung des Vermögens selbst ist nicht Voraussetzung der Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung, wie ja auch sonst bei Sacheinlagen die tatsächlich erfolgte Einbringung wesentlicher Bestandteil der durchgeführten Kapitalserhöhung nicht ist (vgl. Anm. 2 zu § 284).

Anm. 19. Ein Zwang zur Anmeldung durch Ordnungsstrafen findet auch hierbei nicht statt, soweit es sich um die Eintragung zum Hauptregister handelt (§ 319 Abs. 2), wohl aber soweit es sich um die Eintragung in das Zweigregister handelt (§ 13).

Anm. 20. ζ) **In welcher Reihe müssen notwendiger- bzw. sachgemäßerweise alle diese Rechtsakte der Beschlußfassung und Anmeldung erfolgen?** Auch diese Frage bedarf der Erörterung. Denn in gewisser Hinsicht besteht eine naturgemäße Notwendigkeit der Reihenfolge, in gewisser Hinsicht können durch eine unsachgemäße Reihenfolge unliebsame Komplikationen entstehen.

Folgende Reihenfolge ist zu beachten:

Anm. 21. Nachdem die Gesellschaftsorgane den Veräußerungsvertrag geschlossen haben, faßt sachgemäßerweise zuerst die übernehmende Gesellschaft den Kapitalserhöhungsbeschluß und läßt ihn eintragen. Erst dann ist es ratsam, daß die übertragende Gesellschaft ihren Zustimmungsbeschluß faßt, wenigstens ist dies in dem Falle ratsam, in dem die übertragende Gesellschaft durch ihren Zustimmungsbeschluß sich auflöst, d. h. in dem eine nicht bereits aufgelöste Gesellschaft ihr Vermögen in dieser Weise überträgt. Denn würde sie in diesem Falle zuerst ihren Zustimmungsbeschluß fassen, ehe die übernehmende Gesellschaft ihren Kapitalserhöhungsbeschluß faßt und eintragen läßt, dann würde sie aufgelöst sein und auf den immerhin umständlichen Weg eines neuen Gesellschaftsfortsetzungsbeschlusses gemäß § 307 verwiesen werden, wenn die übernehmende Gesellschaft die Fassung i h r e s Beschlusses verweigert oder über Gebühr verzögert. Jedoch kann diese Schwierigkeit durch Fassung eines bedingten Beschlusses umgangen werden (vgl. Anm. 9). Alsdann erfolgt sachgemäß die Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister, es hat jedenfalls keinen Zweck, damit zu warten und es entspricht der Ordnung und den gesetzlichen Vorschriften, daß dies alsbald geschieht. Nach Fassung des Zustimmungsbeschlusses erfolgt nun die Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung auf seiten der übernehmenden Gesellschaft. Diese Anmeldung kann erst nach Fassung des Zustimmungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft erfolgen, weil dieser letztere Beschluß jener Anmeldung beigefügt werden muß. Es empfiehlt sich, diese Anmeldung erst dann zu bewirken, wenn die übertragende Gesellschaft nach Erledigung ihrer Gläubigerschutzvorschriften die Übertragung des Vermögens bewirkt hat. Denn diese Eintragung hat zur unmittelbaren Folge, daß die übertragende Gesellschaft in Höhe des Emissionskapitals Aktionärin der übernehmenden Gesellschaft und dadurch auch zu stimmen

berechtigt wird. Es wäre aber diese vorteilhafte Rechtsstellung eine Ungerechtigkeit, da die übertragende Gesellschaft ja auch erst nach Ablauf eines Jahres die Übertragung des Vermögens bewirken kann. **§ 305.**

c) **Nach Schließung des Veräußerungsvertrages und der Fassung des Zustimmungsbeschlusses einerseits, der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses andererseits beginnt die Liquidation der übertragenden Gesellschaft in Gemäßheit des Veräußerungsvertrages.** Die Liquidatoren haben den Übertragungsbeschluß auszuführen und die dementsprechende Rechtsstellung (vgl. Anm. 12 zu § 303). Vor allem haben sie die Gläubigerschutzvorschriften, insbesondere das Sperrjahr zu beobachten, ehe die Übertragung des Vermögens an die übernehmende Gesellschaft erfolgt (Anm. 13 zu § 303). Bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften und bis zum Ablauf des Sperrjahres erfolgt die Führung des Geschäfts durch die Liquidatoren der übertragenden Gesellschaft, doch kann dem Vorstande der übernehmenden Gesellschaft ein gewisser Einfluß auf die Leitung eingeräumt werden (vgl. Anm. 14 zu § 303). Nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgt die Übertragung des Vermögens an die übernehmende Gesellschaft; eine Gesamtrechtsnachfolge liegt nicht vor (vgl. LG. Straßburg und OLG. Colmar in ElsLothZ. 29, 448). Die Mobilien müssen übergeben, die Forderungen abgetreten, die Grundstücke aufgelassen werden (vgl. Anm. 10 zu § 303). Zweckmäßigerweise erfolgt nunmehr auch erst die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung auf seiten der übernehmenden Gesellschaft (vgl. Anm. 21) und die Übergabe der Aktien an die übertragende Gesellschaft. An die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft können die Aktien der übernehmenden Gesellschaft jedenfalls erst jetzt ausgehändigt werden, mag die Aushändigung durch die übertragende Gesellschaft oder direkt durch die übernehmende Gesellschaft erfolgen; das folgt aus § 287. Nunmehr kann auch das Zwangsverfahren eingeleitet werden, das erforderlich ist, wenn nicht auf jeden Aktionär eine Aktie der anderen Gesellschaft entfällt (vgl. Anm. 10). Anm. 22.

5. **Nach Übertragung des Vermögens und Aushändigung der Aktien an die Aktionäre ist die Verschmelzung der beiden Gesellschaften eingetreten.** Die übertragende Gesellschaft hat ihr vermögensrechtliches Substrat verloren, denn sie hat das Vermögen übertragen; und sie hat ihr persönlich-rechtliches Substrat verloren, denn ihre Aktionäre sind, soweit sie nicht anderweit abgefunden sind, Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden. Solange die Aushändigung der Aktien der übernehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nicht erfolgt ist, ist dieser Rechtserfolg noch nicht eingetreten, solange besteht die übertragende Gesellschaft noch. Aber mit dieser Aushändigung hört ihre Existenz auf. Die Aktiva der Gesellschaft gehören nunmehr sämtlich der übernehmenden Gesellschaft, für die etwa noch vorhandenen Passiva haftet sie, wenn nicht ein Grund für Vollhaftung vorliegt (Fortführung der Firma, Anzeige der Haftung an die Gläubiger), jedenfalls in Höhe des Bestandes des übernommenen Vermögens; in dieser Höhe kann die Haftung auch nicht durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werden (§ 419 BGB.). Die Frage der Haftung wird allerdings selten praktisch werden. Immerhin kann sie bei unbekannt gebliebenen Forderungen und solchen hervortreten, die nicht getilgt, sondern nur sichergestellt wurden (näheres über diese Haftung Anm. 26). — Nunmehr ist auch das Erlöschen der Firma der übertragenden Gesellschaft einzutragen (§ 302). Anm. 23.

Über **Prozeß- und Parteifähigkeit** vgl. Anm. 17 zu § 303. Die veräußernde Gesellschaft bleibt Partei bis zur Beendigung der Liquidation (OLG. Colmar in ElsLothZ. 29, 448). Anm. 24.

Zusatz 1. Über die Form des Veräußerungsvertrages s. oben Anm. 8. Anm. 25.

Zusatz 2. Der Veräußerungsvertrag bewirkt nicht ohne weiteres den Übergang der Aktiva, wohl aber (vorausgesetzt, daß er durch die beiderseitigen Generalversammlungsbeschlüsse gültig und wirksam geworden ist) ohne weiteres den Übergang der Passiva auf die übernehmende Gesellschaft, und es kann diese Haftung auch durch den Veräußerungsvertrag nicht beseitigt oder eingeschränkt werden (§ 419 BGB.). Allein diese Haftung erstreckt sich andererseits nur auf den Bestand des übernommenen Vermögens und auf die sich aus dem Vertrage ergebenden Ansprüche. Anm. 26.

§ 305. Die übernehmende Gesellschaft haftet also zunächst lediglich mit ihrem Anspruche auf Herausgabe des Vermögens. Dieser Anspruch aber kann erst nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften und nach Ablauf des Sperrjahres befriedigt werden. Über die Haftung nach erfolgter Übergabe des Vermögens s. Anm. 23.

Anm. 27. **Zusatz 3. Stempelfrage.** Geht der Veräußerungsvertrag dahin, daß nur Aktien als Gegenleistung gewährt werden sollen, so liegt die Einbringung von Sacheinlagen gegen Aktien vor, also ein Anschaffungsgeschäft von Aktien (vgl. über die hierbei in Frage kommende Stempelfrage Anm. 11 zu § 281). Ferner aber soll die Ausreichung der Aktien nach RG. 41, 85 ein selbständiges stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft sein. Dies ist jedoch nicht zuzugeben. Werden die Aktien den Aktionären direkt gewährt, so liegt darin die Erfüllung des Fusionsvertrages (Anm. 23 zu § 306), werden sie der übertragenden Gesellschaft gewährt, so ist diese Ausreichung nicht stempelpflichtig, weil sie ebenfalls nur die Erfüllung des Fusionsvertrages ist, die Ausreichung der Aktien seitens der übertragenden Gesellschaft an ihre Aktionäre aber ist nicht stempelpflichtig, weil diese nicht die ersten Erwerber der Aktien sind, ein Anschaffungsgeschäft aber nicht vorliegt, indem diese Ausreichung nur die Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft gegen ihre Aktionäre darstellt. Mithin liegen die Voraussetzungen des Tarif Nr. 4a des Reichsstempelgesetzes nicht vor. Soweit die Abfindung nicht in Aktien erfolgt, folgt die Stempelpflicht den landesgesetzlichen Regeln über die Verstempelung von Kauf- oder Tauschverträgen. Erfolgt die Veräußerung derart, daß die Aktionäre Geld oder Aktien als Abfindung wählen können, so liegt ebenfalls kein reines Aktienanschaffungsgeschäft vor und es greifen wiederum die landesgesetzlichen Stempelvorschriften Platz.

Anm. 28. Die neu ausgegebenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft unterliegen dem Aktienstempel (RG. in JW. 02, 142[71]).

Anm. 29. **Zusatz 4. Übergangsfrage.** Die Vorschrift gilt auch für bestehende Gesellschaften (Anm. 1—4 zu § 178).

§ 306.

§ 306. Ist im Falle des § 305 vereinbart, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll, so finden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung; außerdem gelten die folgenden besonderen Vorschriften.

Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ist durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten.

Der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bleibt bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften bestehen.

Bis zu demselben Zeitpunkte gilt im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.

Die Vereinigung der beiden Vermögen darf erst erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der anderen Gesellschaft nach Maßgabe des § 297 zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert worden sind, und nur unter Beobachtung der nach § 301 für die Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorschriften.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths der übernehmenden Gesellschaft sind den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung als Gesammtschuldner verantwortlich, die Mitglieder des Aufsichtsraths jedoch nur, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

§ 306. Einleitung.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Fusion mit sofortiger Verschmelzung. Es ist dies der Fall, der früher allein mit Fusion bezeichnet wurde und im Art. 247 des früheren HGB. behandelt war (über Fusion mit ausländischen Aktiengesellschaften vgl. Anm. 1 zu § 305).

Anm. 1. 1. **Diese Fusion kann, wenn man das Gesetz wörtlich nimmt, nur erfolgen, solange die Gesellschaft besteht.** Denn nur dann kann vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleibt. Wie aber im Falle des § 304 (vgl. Anm. 3) angenommen ist, daß die dort vorgesehene Verstaatlichung auch im Stadium der Liquidation erfolgen kann, so ist dasselbe auch hier anzunehmen: es wird in diesem Falle vereinbart, daß die weitere Liquidation unterbleiben solle.

Anm. 2. 2. **Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung besteht in folgenden beiden Momenten:**

a) darin, daß, wie im § 305, eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen als Ganzes an einen anderen Aktienverein (Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien) gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft veräußert,

Anm. 3. b) daß hierbei der Wegfall der Liquidation der übertragenden Gesellschaft vereinbart wird.

Über das Erfordernis zu a s. Anm. 3—5 zu § 305, wo des näheren ausgeführt ist, was unter Gesamtveräußerung des Vermögens zu verstehen ist, wie es eine Veräußerung an einen anderen Aktienverein sein muß und die Veräußerung an eine andere Gesellschaft nicht genügt, und wie es eine Veräußerung gegen Gewährung von Aktien sein muß.

Anm. 4. Das Erfordernis zu b bewirkt, daß nicht die Liquidationsvorschriften, wie im § 305 angeordnet ist, anzuwenden sind, sondern daß eine sofortige Verschmelzung der beiden Gesellschaften stattfindet. Da aber der Übernehmer keine öffentliche Korporation ist, die schon für sich den Gläubigern genügende Garantien bietet, so ist die Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften nicht zu entbehren, diese sind jedoch naturgemäß von der übernehmenden Gesellschaft zu erfüllen, da die übertragende ja sofort untergeht.

Anm. 5. 3. **Der Hergang der Fusion mit sofortiger Verschmelzung ist folgender:**

a) Zunächst wird der Veräußerungsvertrag zwischen den beiden Gesellschaften geschlossen und hierbei der Wegfall der Liquidation der übertragenden Gesellschaft vereinbart. Zu bemerken ist jedoch, daß auch hier der formelle Abschluß des Vertrages den Beschlüssen der Generalversammlungen, die natürlich den Inhalt des abzuschließenden Vertrages genau angeben müssen, zeitlich folgen kann (Anm. 8 zu § 305); doch wird dies nur ausnahmsweise vorkommen und ist auch nicht zweckmäßig.

Über die Form und den notwendigen und sachgemäßen Inhalt des Veräußerungsvertrags s. Anm. 8 zu § 305. Ferner Anm. 9 daselbst (das dort erwähnte Zwangsverfahren beim Umtausch der Aktien erfolgt hier naturgemäß nur durch die übernehmende Gesellschaft, denn die übertragende geht ja unter; dabei werden alle die Aktien, die zum Umtausch nicht ausreichen, für kraftlos erklärt und die Ersatzstücke verkauft, auch die, welche der Gesellschaft zur Verwertung zur Verfügung gestellt werden; sie können doch nicht verwertet werden, da sie durch die Fusion kraftlos werden, nur die Ersatzaktien der aufnehmenden Gesellschaft haben Wert). Hervorzuheben ist auch hier, wie im Fall des § 305, daß der Vertrag allein eine Bindung nicht schafft, vielmehr erst der dem Vertrag gemäß erfolgende Kapitalserhöhungsbeschluß (Anm. 9 zu § 305).

Anm. 6. b) Bevor auf die einzelnen notwendigen Akte eingegangen wird, ist zunächst die sehr bestrittene Frage des Zusammenhangs der einzelne Akte untereinander zu erörtern. Es wird hier (mit der 6./7. Aufl., indem die Ansicht von Pinner 313 fallen gelassen wird), davon ausgegangen, daß keiner der Beschlüsse der beiden Generalversammlungen durch den anderen bedingt ist.

Bei der übernehmenden Gesellschaft kann dies nicht zweifelhaft sein, der Kapitalserhöhungsbeschluß kann ohne weiteres erfolgen. Dagegen herrscht in betreff des Beschlusses der übertragenden Gesellschaft Streit; Makower (I 740); Lehmann-Ring (Nr. 3) nehmen im Anschluß an die D. (180), die von einer gleichzeitigen Eintragung beider Beschlüsse ausgeht, an, der Beschluß der übernehmenden Gesellschaft setze zu seiner Eintragung voraus, daß die Kapitalserhöhung der Übernehmenden eingetragen ist, daß also zu der Anmeldung der Nachweis der

§ 306. eingetragenen Kapitalserhöhung nötig ist. Sie gehen von dem an sich richtigen Grundsatz (vgl. Anm. 5) aus, daß der Vertrag erst mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bindend ist. Trotzdem entspricht die Ansicht dem Gesetz nicht; nach § 305 Abs. 1 sind die Vorschriften des § 304 entsprechend anzuwenden. In § 304 Abs. 3 ist aber nur vorgeschrieben, daß der Vertrag mit vorzulegen ist. Nun ist allerdings zuzugeben, daß in dem Fall des § 304 der Vertrag durch den Abschluß rechtsgültig wird, im Fall des § 305 aber erst durch Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses; es ist ferner richtig, daß, wenn der Beschluß der übertragenden Gesellschaft eingetragen wird, sie damit aufgelöst ist, ohne daß schon feststeht, daß der Vertrag rechtlich wirksam wird. Diese Gründe aber, die de lege ferenda sehr beachtlich sind, können nicht dazu führen, ein Erfordernis, welches das Gesetz nicht aufstellt, in dasselbe hineinzulegen. Das Gesetz verlangt in § 304 Verlegung des Vertrages; § 306 schreibt „entsprechende" Anwendung vor, auch hier kann also nur Vorlegung des Vertrages gefordert werden. Gegen die Gefahr der Auflösung trotz nicht gesicherter Perfektion des Übernahmevertrages kann sich die Gesellschaft durch Fassung eines bedingten Beschlusses („der Beschluß wird nur wirksam, wenn bis zum 1. Januar 1906 die Kapitalserhöhung der übernehmenden Gesellschaft eingetragen ist", vgl. Anm. 9 zu § 305 und dafür, daß dies im Prinzip zulässig ist, RGZ. 28 A S. 224), ev. durch § 307 helfen.

Anm. 7. Danach ist folgendermaßen vorzugehen:

α) Die übertragende Gesellschaft muß den Veräußerungsvertrag und den Wegfall der Liquidation genehmigen. Der Beschluß bedarf der Erfordernisse des § 303 Abs. 1 (vgl. §§ 306 Abs. 1, 304 Abs. 2).

Anm. 8. β) Die übernehmende Gesellschaft muß den Kapitalserhöhungsbeschluß in Gemäßheit des Veräußerungsvertrags fassen, und läßt diesen Beschluß, da er vorher nicht rechtswirksam ist, eintragen. Über die Erfordernisse dieses Beschlusses s. Anm. 13 zu § 305. Über die Erfordernisse der Anmeldung s. Anm. 16 zu § 305, über den Zwang zur Anmeldung Anm. 16 zu § 305. Beide Beschlüsse zu α und β können in beliebiger Reihenfolge gefaßt werden (vgl. Anm. 6).

Anm. 9. γ) Es erfolgt die Anmeldung des Genehmigungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft zur Eintragung. Über die einzelnen Erfordernisse dieser Anmeldung, insbesondere darüber, ob die Anmeldung zum Hauptregister durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann und daß der Anmeldung der Veräußerungsvertrag und der Zustimmungsbeschluß beigefügt werden muß, s. Anm. 5 zu § 304.

Anm. 10. δ) Alsdann erfolgt die Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung auf seiten der übernehmenden Gesellschaft. Auch hier muß in Gemäßheit des § 305 Abs. 2 der Veräußerungsvertrag und selbstverständlich auch der Zustimmungsbeschluß der übertragenden beigefügt werden. Es muß aber außerdem, wie sinngemäß auszulegen ist, die erfolgte Eintragung des letzteren nachgewiesen werden. Denn hier hat der Zustimmungsbeschluß vor der Eintragung keine Wirksamkeit (§ 304 Abs. 4) und der Zweck der Überreichung des Veräußerungsvertrages ist doch der, dem Registerrichter der übernehmenden Gesellschaft den Nachweis zu führen, daß ein rechtswirksamer und auf der anderen Seite bindender Veräußerungsvertrag geschlossen ist.

Endlich ist gemäß § 284 Nr. 3 und 4 eine Berechnung der durch die Fusion entstandenen Kosten und ev. eine erforderliche staatliche Genehmigung beizufügen.

Anm. 11. Im übrigen vgl. über die Erfordernisse dieser Anmeldung und darüber, daß ein Zwangsverfahren durch Ordnungsstrafen nicht zulässig ist, Anm. 17—19 zu § 305.

Anm. 12. 4. **Nach Schließung des Veräußerungsvertrages und nach der Fassung und Eintragung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse und nach Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung ist die Verschmelzung der beiden Gesellschaften vollzogen.**

a) Man kann nicht annehmen, daß dieser Übergang schon vorher, mit der Eintragung des Genehmigungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft erfolgt ist. Denn § 304 Abs. 5 findet nur entsprechende Anwendung. Die entsprechende An-

wendung aber führt zu der Annahme, daß die Verschmelzung der vermögensrechtlichen und der persönlichen Substrate der beiden Gesellschaften sich in demselben Augenblicke vollziehen sollen. Nun kann die Verschmelzung der persönlichen Substrate naturgemäß erst mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung erfolgen. Erst dadurch werden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft (vgl. RG. 31, 21), und deshalb ist anzunehmen, daß erst in diesem Augenblicke die Verschmelzung der beiden Aktiengesellschaften erfolgt ist und damit die übertragende Gesellschaft zu existieren aufhört (ebenso Rehm 394; Lehmann-Ring Nr. 4). Auch § 307 bestätigt diese Auffassung (vgl. Anm. 4 zu § 307). § 306.

b) Nunmehr aber ist die Verschmelzung erfolgt, der Untergang der übertragenden Gesellschaft eingetreten. Es liegt eine Gesamtrechtsnachfolge vor (RG. 28, 363; KGJ. 11, 129; OLG. Köln bei Holdheim 9, 226; PrOVG. 34, 78 und bei Holdheim 12, 39; Geißmar bei Holdheim 12, 37; Behrend § 141 Anm. 12 und 13). Die Aktiva und Schulden gehen über (§ 304 Abs. 5). Die Firma der übernehmenden Gesellschaft ist erloschen, einer besonderen Löschung bedarf es nicht. Es kann aber auch sein, daß sie auf die übernehmende Gesellschaft vertragsmäßig übergeht. In diesem Fall muß die übernehmende Gesellschaft, falls sie die Firma der übertragenden annehmen will, dies im Wege der Statutenänderung beschließen. Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können sich nunmehr direkt an die übernehmende Gesellschaft halten (vgl. Anm. 15). Prozesse, die für und gegen die übertragende Gesellschaft geschwebt haben, werden unterbrochen, und wieder aufgenommen nach Maßgabe der §§ 239ff. CPO. Die übertragende Aktiengesellschaft wird hierbei behandelt, wie eine verstorbene und beerbte Partei (vgl. Anm. 9 zu § 304 und Hellwig, Rechtskraft 149 Anm. 2; dagegen Lehmann in ZHR. 50, 43). Rechtskräftige Schuldtitel, die gegen die veräußernde Gesellschaft schon bestehen, sind gegen die übernehmende Gesellschaft nach Maßgabe des § 727 CPO. umzuschreiben. Die Grundstücke brauchen nicht aufgelassen zu werden (KGJ. 11, 129; OLG. Köln bei Holdheim 9, 226; es bedarf lediglich der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO.; vgl. Geißmar bei Holdheim 14, 134); es wird daher auch keine Umsatzsteuer erhoben (PrOVG. bei Bauer 10, 114). Hypotheken, die für die übertragende Gesellschaft eingetragen sind, können auf Grund einer Löschungsbewilligung der übernehmenden gelöscht werden (KG. in OLGR. 11, 35). Die Forderungen brauchen nicht abgetreten, Orderpapiere nicht indossiert, Mobilien nicht übergeben zu werden. Es geht vielmehr alles ohne besonderen Übertragungsakt auf die übernehmende Gesellschaft über. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sind Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden, haben von dieser die Aktienurkunden zu verlangen bzw. den durch den Zwangsverkauf erzielten Ertrag. Denn auch hier ist das Zwangsverfahren gesetzlich gestattet, wenn nicht soviele Aktien eingereicht werden, als zum Umtausch erforderlich sind (§ 305 Abs. 3 u. Anm. 10 zu § 305). Der Umtausch und das Zwangsverfahren werden hier von der übernehmenden Gesellschaft bewirkt, da die übertragende ja untergeht. — Die Aktionäre nehmen an dem Gewinn, und zwar an dem Gesamtgewinn, der übernehmenden Gesellschaft teil und üben das Stimmrecht bei dieser aus, alles dies auch vor Erledigung der von der übernehmenden Gesellschaft zu erledigenden Gläubigerschutzvorschriften (RG. 9, 19). Anm. 13.

Die Rechtspersönlichkeit der übernehmenden Gesellschaft bleibt unverändert bestehen; sie hat nur ihre Mitgliederzahl erhöht und neues Vermögen erworben. Sie setzt die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft fort. Ob aber z. B. eine Bürgschaft für alle Schulden, die der Hauptschuldner mit der übertragenden Gesellschaft kontrahieren wird, auch für die Schulden gilt, die in der Zeit nach der Fusion mit der übernehmenden Gesellschaft kontrahiert werden, wird Auslegungsfrage des Bürgschaftsvertrages sein; im Zweifel wird man es nicht annehmen können. Anm. 14.

5. **Nach der juristischen Verschmelzung der beiden Gesellschaften hat die übernehmende Gesellschaft eine Reihe von Gläubigerschutzvorschriften im Interesse der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft zu beachten.** Anm. 15.

§ 306. a) **Allgemeines über die Rechtslage der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft.** Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung hat für die Gläubiger die Rechtsfolge eines Schuldnerwechsels (§ 419 BGB.). Sonstige Veränderungen der materiellen Rechtslage treten aber nicht ein, insbesondere werden die befristeten Forderungen durch die Fusion allein nicht fällig, nur durch besondere Umstände müßte dies begründet werden (RG. 9, 18, 21). Auch können die Gläubiger die Fusion nicht hindern (vgl. Wiener in ZHR. 27, 381). Nur das wäre denkbar, daß sie beim Vorliegen von Arrestgründen die Vermögensstücke der aufzulösenden Gesellschaft verstricken, ehe sie auf die neue Gesellschaft übergehen.

Anm. 16. Weil aber die Folge der Fusion ein Schuldnerwechsel ist, deshalb müssen die Gläubiger gegen die hierin liegende Gefahr geschützt werden. Denn sie können leicht anstatt eines zahlungsfähigen und soliden einen zahlungsunfähigen oder unsoliden Schuldner erhalten. Diesen Gefahren sollen die Schutzvorschriften des vorliegenden Paragraphen begegnen.

Anm. 17. b) **Das Vermögen der aufgelösten (richtiger untergegangenen) Gesellschaft ist getrennt zu verwalten.** Es sind also besondere Bücher anzulegen und, wenn auch das Geschäft der übertragenden Gesellschaft in denselben Räumen geführt werden kann, so ist doch dafür zu sorgen, daß eine Vermischung und Verwechselung nicht stattfindet. Selbstverständlich kann über die Vermögensmasse verfügt werden, soweit das eine regelmäßige Verwaltung mit sich bringt.

Anm. 18. c) **Der bisherige Gerichtsstand der übertragenden Gesellschaft bleibt bis zum Aufhören der getrennten Verwaltung bestehen.** Dies mußte festgesetzt werden, um eine Erschwerung der Rechtslage der Gläub'ger zu verhindern, die durch den Untergang der alten Gesellschaft entsteht. Die Sache stellt sich hiernach so, daß die Gläubiger der alten Gesellschaft zwar die aufnehmende Gesellschaft zu verklagen haben, dies aber am Gerichtsstande der alten Gesellschaft tun dürfen (nicht etwa tun müssen; sie können wählen).

Anm. 19. d) Bis zu diesem Zeitpunkte gilt im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft. Damit ist, obwohl die beiden Vermögensmassen juristisch in einer Person vereinigt sind, es in gewisser Beziehung doch so anzusehen, als sei diese juristische Vereinigung noch nicht erfolgt. Infolge dieser Vorschrift gehen — das ist ihr Zweck —, insoweit es sich um die Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen handelt, die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft vor, mögen die Forderungen der letzteren vor oder nach der Vereinigung entstanden sein (D. 181). Die D. läßt auch einen besonderen Konkurs über das getrennt verwaltete Vermögen zu und man wird diese Anschauung als Rechtsfolge aus Abs. 4 unseres Paragraphen billigen müssen (ebenso Bett, Konkurs der Aktiengesellschaft 12, 81; Goldstein in Hirths Ann. 01, 741; Jaeger KO. Anm. 2 zu § 207). Es kommt in diesem Falle die übernehmende Gesellschaft in Konkurs (nicht, wie Jaeger KO. Anm. 2 zu § 207 annimmt, die übertragende; denn diese ist untergegangen); doch so, daß nur das übernommene Vermögen in die Verwaltung des Konkursverwalters übergeht. Kommt die übernehmende Gesellschaft überhaupt in Konkurs, so haben die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft und die der übernehmenden Gesellschaft ein Aussonderungsrecht (nicht wie in der 6./7. Aufl. angenommen wird, ein Absonderungsrecht (vgl. Bett 81; Lehmann-Ring Nr. 10 gegen Goldstein 742, der nur ein Vorzugsrecht anerkennen will). Es werden in solchem Falle am besten zwei Konkurse eröffnet. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft dürfen auch außerhalb des Konkurses das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nicht pfänden (D. 181). Wenn sie es dennoch tun, so haben die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft ein Interventionsrecht gemäß § 771 CPO. Dies ist wegen der durch das Gesetz vorgeschriebenen Reservierung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft zugunsten ihrer Gläubiger anzunehmen, insbesondere, da § 771 auch obligatorische Rechte schützt (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 10; Pinner 310). Daß die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nur berechtigt sind, sich während der getrennten Verwaltung an deren Vermögen zu halten (wie

die 6./7. Aufl. gegen Lehmann-Ring Nr. 10 und Pinner 315 annimmt), geht aus dem Gesetz nicht hervor; im Gegenteil folgt aus der Anm. 15 dargelegten, von Rechts wegen eintretenden Schuldübernahme, daß sie sich fortan auch an die übernehmende Gesellschaft halten können. **§ 306.**

e) **Alle diese vorläufigen Zustände, die getrennte Verwaltung und ihre Rechtsfolgen** dauern so lange, wie die Gläubigerschutzvorschriften nach § 301 noch beobachtet werden und insbesondere das Sperrjahr noch läuft. Anm. 20.

Nach dem Gesetz „darf" die Vereinigung „erst" nach Erledigung der Gläubigerschutzmaßregeln erfolgen. Es wird also nur ein Zeitpunkt bestimmt, vor dem die Vereinigung nicht erfolgen darf; dagegen ist nicht vorgeschrieben, daß sie dann auch erfolgen muß. Will daher die aufnehmende Gesellschaft die getrennte Verwaltung fortsetzen, so steht das in ihrem Belieben (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 11; Pinner 315; Goldmann Anm. 11).

Nach dem Aufhören der getrennten Verwaltung fällt der Unterschied zwischen den beiden Gläubigerarten fort und die Gläubiger beider Arten können das gesamte Vermögen der übernehmenden Gesellschaft wegen ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen; ein etwaiger Konkurs ergreift nunmehr das ganze Vermögen, mag er von einem früheren oder einem späteren Gläubiger beantragt werden. Freilich wird ein Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft wohl kaum noch vorkommen, da ja die Gläubigerschutzvorschriften, die vor dem Aufhören der getrennten Verwaltung zu beobachten sind, wesentlich darin bestehen, daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft befriedigt werden. Aber es können ja unbekannte Gläubiger geblieben oder einzelne Gläubiger nur sichergestellt sein. Solchen Gläubigern haftet die übernehmende Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen (§§ 306, 304 Abs. 5). Eine entgegenstehende Vereinbarung wäre den Gläubigern gegenüber unverbindlich.

f) **Für die Erfüllung dieser Gläubigerschutzvorschriften** haften die Gesellschaftsorgane nach Maßgabe des Abs. 6. Es ist damit ein direkter Gläubigeranspruch begründet, ähnlich dem in den §§ 241 und 249 gegebenen. Es ist ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der den Gläubigern dadurch erwachsen ist, daß die getrennte Verwaltung nicht dem Gesetze gemäß durchgeführt ist. Im Sonderkonkurse über das getrennt verwaltete Vermögen steht der Anspruch dem Konkursverwalter zu, wie in entsprechender Anwendung der in den §§ 241 und 249 angenommenen Grundsätze auch hier anzunehmen ist (vgl. Anm. 16 zu § 241). Anm. 21.

Zusatz. Stempelfrage (vgl. Abraham bei Holdheim 15, 61). Der Vertrag betr die Fusion mit sofortiger Verschmelzung ist ein Gesellschaftsvertrag. Er hat zum Inhalte, daß die übertragende Gesellschaft bzw. ihre Aktionäre Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft werden sollen gegen die Übertragung des Vermögens der alten Gesellschaft als Gegenwert (RG. 2, 303 Anm. 1). Er würde in Preußen denselben Stempel erfordern, den das preuß. Stempelgesetz auf solche Gesellschaftsverträge legt, die nicht in Geld bestehende Einbringungen zum Gegenstande haben. Es muß aber an sich auch hier, wie in dem Fall der Errichtung der Gesellschaft (vgl. Anm. 16 zu § 179) der Ansicht beigetreten werden, daß nach § 18 des RStempelG. das gemäß des Tarifs Nr. 4 als Anschaffungsgeschäft zu verstempelnde Geschäfte nicht einem Landesstempel unterliegt (so mit 6./7. Aufl. Heinitz 3. Aufl. zu Tarif Nr. 25 Anm. C 3; Fuld ZHR. 13, 177; Geißmar bei Holdheim 12, 40). Ebenso, wie in dem Fall der Errichtung aber steht auch bei der Fusion die Rechtsprechung auf einem entgegengesetzten Standpunkt, der zur Zeit als die Praxis beherrschend gelten muß. Danach ist also beim Fusionsvertrag die Ausreichung der Aktien als Anschaffungsgeschäft, ferner der Vertrag als Gesellschaftsvertrag zu versteuern (so RG. bei Holdheim 9, 227, in JW. 01, 21[22]; vgl. auch ebenda 46[29] und 178[44]; OLG. Köln in RheinA. 01, Abt. 1, 167). Über Anrechnung des für die Kapitalserhöhung zu entrichtenden Stempels auf den Einbringungsstempel vgl. Heinitz zu Tarif Nr. 25 Anm C 3c. Anm. 22.

Was nun aber den Reichsstempel für **Anschaffungsgeschäfte** betrifft, so ist dieser von dem Fusionsvertrage einmal und einheitlich zu erheben. Der Umtausch der einzelnen Aktien durch die Aktionäre ist dann stempelfrei. Bei einer wirklichen Fusion mit sofortiger Verschmelzung kann von der Ausreichung der Aktien kein besonderer Anschaffungsstempel erhoben werden, weil diese lediglich sich als Erfüllung des Fusionsvertrages darstellt, und es ist, worauf das RG. 41, 87 Wert Anm. 23.

§ 306. legt, diese Erfüllung den Aktionären der übertragenden Gesellschaft gegenüber übernommen, mag auch im Fusionsvertrage der Ausdruck gewählt sein, daß die aufnehmende Gesellschaft der übertragenden die Aktien gewähre. Dieser können die Aktien gar nicht gewährt werden, sondern nur ihren früheren Aktionären; denn die übertragende Gesellschaft selbst ist in dem Zeitpunkte, in dem die Aktienurkunden gewährt werden sollen und überhaupt erst dürfen, bereits untergegangen (RG. bei Holdheim 13, 266). Ob bei der Fusion ohne sofortige Verschmelzung die Sache anders liegt, darüber siehe Anm. 27 zu § 305.

Anm. 24. Die neuen Aktien der übernehmenden Gesellschaft unterliegen dem Aktienstempel (RG. in JW. 02, 142[71]). Die Berechnung des Wertes, zu dem sie ausgegeben werden, erfolgt durch Ermittlung des Gegenwerts d. h. des Vermögens der übertragenden Gesellschaft (OLG. Karlsruhe bei Bauer 12, 9), auch wenn die Aktien ohne ziffernmäßige Festsetzung eines den Nennbetrag übersteigenden Kurses in Wirklichkeit zu einem höheren Wert, als der Nennbetrag ist, ausgegeben werden (RG. in JW. 05, 703[31]; gegen die in diesem Erk. enthaltenen Grundsätze Abraham bei Holdheim 15, 3). Gibt die aufnehmende Gesellschaft, nachdem sie die Form der übertragenden angenommen hat, an ihre Aktionäre neue Aktien wegen dieser Firmenänderung aus, so sind diese weder stempelpflichtig, noch ist der Anschaffungsstempel zu verwenden (RG. bei Holdheim 9, 15).

Anm. 25. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Die Vorschrift greift auf bestehende Gesellschaften Platz (Anm. 1—4 zu § 178).

Anm. 26. **Zusatz 3. Interessengemeinschaft.** Die verschiedenen Arten der Vereinigungen mehrerer Gesellschaften — Ankauf aller Aktien einer Gesellschaft durch eine andere, Vereinigung zweier Gesellschaften zu einer dritten, Fusion in weiterem und engerem Sinne — genügten der Praxis nicht. Es fehlte eine Form der Vereinigung, die unter Wahrung der Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften, die Erträge vereinigte. Um dies zu erreichen, hat sich in den letzten Jahren die Form der **Interessengemeinschaft** gebildet und mehrfach, auch bei Gesellschaften sehr bedeutenden Grundkapitals, Anwendung gefunden. Streitigkeiten, die zu höchstrichterlichen Entscheidungen geführt haben, scheinen sich hierbei bis auf wenige Fälle (RG. vom 30. 3. 05 in RGZ. 29 A S. 222 und RG. vom 10. 1. 06 5 U. 2537, 05 [noch ungedruckt]) nicht ergeben zu haben.

Soweit eine derartige Gemeinschaft dadurch hergestellt wird, daß die Verwaltung zweier Gesellschaften von denselben Personen geführt wird (so in Berlin bei zwei Elektrizitätsgesellschaften), ferner, soweit gewisse Grundsätze über die Geschäftstätigkeit, Preisnormierung usw. aufgestellt werden, liegt eine juristische Besonderheit nicht vor. Wenn dagegen, wie vielfach bestimmt wird, die Reingewinne beider Gesellschaften zusammengerechnet und den Aktionären der beiden Gesellschaften in bestimmtem Verhältnis zufließen sollen, muß die Frage nach der Zulässigkeit einer derartigen Abmachung untersucht werden.

a) Eine Änderung des Gegenstands des Unternehmens wird im allgemeinen nicht vorliegen. Wenn, wie üblich, das Statut als Gegenstand „den Betrieb" von Bankiergeschäften oder „die Fabrikation und Vertrieb" gewisser Waren bezeichnet, so bleibt dadurch, daß die Erträge aus diesem Betrieb in anderer Weise als bisher verrechnet werden sollen, doch der Betrieb der Gesellschaft unverändert (so cit. RG. vom 10. 1. 06). Anders würde es liegen, wenn die eine Gesellschaft ihren Betrieb der anderen gegen bestimmte Bezüge überließe (Anm. 3 zu § 275).

b) Ein Sonderrecht der Aktionäre wird durch einen derartigen Beschluß nicht verletzt. Vor Feststellung der Dividende durch die Generalversammlung haben die Aktionäre ein unentziehbares Recht auf die durch Statut festgesetzte Dividende überhaupt nicht. Der einzelne kann einer Änderung derartiger statutarischer Bestimmungen überhaupt nicht widersprechen (vgl. Anm. 9 zu § 213).

c) Liegt in der Zusammenrechnung der Erträge eine Statutenänderung? An sich läßt sich diese Frage natürlich nur für den konkreten Fall beantworten. Für den Normalfall, daß im Statut bestimmt ist: „Der Gewinn wird nach Abzug gewisser Beträge unter die Aktionäre zu gleichen Teilen verteilt", und daß eine Interessengemeinschaft dahin geschlossen

wird, daß die Gewinne zweier Gesellschaften zusammengeworfen und zu einem gewissen Prozentsatz an die Aktionäre beider Gesellschaften verteilt werden, bejaht das RG. vom 30. 3. 05 in dem angeführten Beschluß die Statutenänderung, da eine Bestimmung über Verteilung des Reingewinns vorliege. Dem ist nicht ohne weiteres zuzustimmen. In dem Statut steht allerdings, daß der Reingewinn verteilt werden soll; wie aber der Reingewinn erzielt wird, ist im Statut nicht bestimmt. Es ist durchaus nicht anzuerkennen, daß Reingewinn nur das ist, was gerade durch die Tätigkeit der betreffenden Gesellschaft erzielt wird. Es steht nichts im Wege, daß der Vorstand und zwar, soweit es sich um außergewöhnliche Fälle handelt, unter Genehmigung der Generalversammlung (§ 253) sich an dem Geschäft eines Dritten beteiligt, sei es, daß er einen Vertrag betr. Anteil am Gewinn abschließt, sei es, daß er Aktien eines anderen Unternehmens ankauft. In beiden Fällen wird der Gewinn der Gesellschaft durch die Geschäftsergebnisse des anderen Teils beeinträchtigt. Erzielt das Geschäft geringe Erträgnisse, geben die Aktien keine Dividende, so wird der Ertrag der Gesellschaft, deren Reingewinn geschmälert. Nun liegt aber zwischen dem Fall, daß man sich am Gewinn und Verlust eines anderen Unternehmens beteiligt und dem hier vorliegenden, daß man gleichzeitig den anderen an seinem Gewinn und Verlust beteiligt, ein begrifflicher Unterschied nicht. Auch in diesem Fall bleibt die Verteilung des Reingewinns, d. h. die Berechnung der Anteile der einzelnen Aktionäre am Reingewinn bestehen; nur die Art, wie der Reingewinn erzielt wird, ändert sich. Beide Gesellschaften wenden ihre Tätigkeit auf; deren Erträge werden zusammengeworfen; Reingewinn jeder Gesellschaft ist deren prozentualer Anteil am Gesamtbetrage. Demnach wird im allgemeinen eine Statutenänderung nicht vorliegen (ähnlich cit. RG. vom 10. 1. 06). § 306.

d) Eine Fusion im gesetzlichen Sinne liegt in einer derartigen rein wirtschaftlichen Vereinigung nicht (OLG. Hamburg in OLGR. 10, 240).

§ 307.

Ist eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden, so kann, wenn der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. § 307.

Das Gleiche gilt in dem Falle, daß die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt worden ist.

Die Fortsetzung der Gesellschaft ist von dem Vorstande zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der vorliegende Paragraph ermöglicht die Fortsetzung einer aufgelösten Aktiengesellschaft durch einen bloßen Beschluß der Generalversammlung.

1. **Im allgemeinen kann eine einmal aufgelöste Aktiengesellschaft die Folge der Auflösung nicht wieder durch bloße Fortsetzung des Betriebes oder durch bloßen Generalversammlungsbeschluß rückgängig machen** (vgl. Anm. 3 zu § 292). Zwar hört die Gesellschaft durch den Akt der Auflösung nicht zu existieren auf. Sie verändert nur ihre Art (vgl. Anm. 1 zu § 292). Bei der o. H. G. ist aus diesem Grunde die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft durch Wiederaufnahme des Handelsbetriebes zu folgern (Anm. 2 zu § 131). Allein bei der Aktiengesellschaft muß anderes gelten. In dem Auflösungsakte liegt der öffentliche Ausspruch, daß die Gesellschaft nicht länger im Verkehrsleben als Erwerbsgesellschaft auftreten könne oder wenigstens wolle. Der Wiedereintritt in das Verkehrsleben aber kann hier bei der Aktiengesellschaft nur unter Beobachtung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften geschehen, die für die Entstehung einer Verkehrsaktiengesellschaft gegeben sind, d. h. der Gründungsvorschriften. Nur die Beobachtung dieser Vorschriften birgt die vom Gesetze zum Schutze des Anm. 1.

§ 307. Publikums geforderte Gewähr in sich, daß die Gesellschaft, die nach ihrem eigenen Ausspruche die Lebensbedingungen einer Aktiengesellschaft nicht mehr hatte, diese doch hat oder wieder gewonnen hat. Zu diesem Ergebnisse gelangt man auch von dem Gesichtspunkte aus, daß die Generalversammlung der liquidierenden Aktiengesellschaft nicht Beschlüsse fassen kann, die außerhalb des Rahmens der Liquidationstätigkeit liegen (vgl. Anm. 3 ff. zu § 294). Denn was überschritte mehr diesen Rahmen, als ein Beschluß, nicht mehr zu liquidieren, sondern wieder eine Erwerbsgesellschaft zu werden? (Im Ergebnis übereinstimmend Lehmann-Ring Nr. 1; Behrend §§ 438, 139 Anm. 3; Förtsch Anm. 2 zu Art. 242).

Anm. 2. Ein übereilter Auflösungsbeschluß kann hiernach im allgemeinen nicht rückgängig gemacht werden. Um den Betrieb auf den annähernd gleichen aktienrechtlichen Grundlagen fortzusetzen, ist im allgemeinen folgender Weg gangbar: die Aktionäre der alten Gesellschaft, oder wenigstens so viele von ihnen, als sich daran beteiligen wollen, gründen eine neue Gesellschaft; sie bringen dabei die Aktien der alten Gesellschaft ein, der Rest wird bar gezeichnet. Die neue Gesellschaft schließt im Stadium der Gründung mit den hierzu zu ermächtigenden Liquidatoren der alten Gesellschaft einen Übernahmevertrag ab, inhalts dessen die neue Gesellschaft das Vermögen der alten Gesellschaft (Aktiva und Passiva und Firmenrecht) kauft, wobei die neue Gesellschaft gegen den Anspruch der alten Gesellschaft auf den Kaufpreis ihren Anspruch auf den Liquidationserlös aufrechnet, den Rest des Kaufpreises aber bar zahlt. Dieser Vertrag folgt auf seiten der neuen Gesellschaft den erschwerenden Gründungsvorschriften des § 185 und auf seiten der alten Gesellschaft den Vorschriften des § 303.

Anm. 3. Noch einfacher ist folgender Weg: die alte Gesellschaft beteiligt sich bei der Gründung einer neuen Gesellschaft und bringt dabei ihr gesamtes Vermögen gegen Gewährung von Aktien der neuen Gesellschaft ein. Hierbei sind die Vorschriften des § 305 anzuwenden, nur daß auf seiten der neuen Gesellschaft anstatt der Kapitalserhöhungsvorschriften die Gründungsvorschriften anzuwenden sind. Dies, wenn nicht sofortige Verschmelzung beabsichtigt ist. Oder es kann auch sofortige Verschmelzung beabsichtigt und unter entsprechender Anwendung des § 306 durchgeführt werden. Die juristische Verschmelzung ist in diesem Falle mit der Eintragung der neuen Gesellschaft erfolgt, alsdann hat diese die Gläubigerschutzvorschriften zu beobachten und während dieser Zeit die übernommene Vermögensmasse getrennt zu verwalten.

Anm. 4. 2. **In einigen Ausnahmefällen kann die aufzulösende Aktiengesellschaft durch einfachen Generalversammlungsbeschluß die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.**

a) Welches sind diese Ausnahmefälle?

α) (Abs. 1.) Die Fälle, in denen eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden ist und der beabsichtigte Zweck nicht erreicht ist. Beispiel aus § 303: Eine Aktiengesellschaft hat den Vertrag, durch den sie ihr Vermögen im ganzen veräußert, genehmigt, es kommt aber zur Ausführung des Vertrages nicht, weil die Gesellschaft aus zivilrechtlichen Gründen von dem Vertrage zurücktritt oder weil der andere Teil dies tut. Für die Veräußerung des § 304 (an eine öffentliche Korporation) läßt sich wohl kaum ein Beispiel konstruieren: denn hier gelangen der Veräußerungsvertrag, die damit erfolgte Auflösung und damit der Übergang des ganzen Vermögens einschließlich der Schulden in einem und demselben Augenblicke zur Gültigkeit und Wirksamkeit (§ 304 Abs. 4 und 5). Da kann es sich hier ja gar nicht ereignen, daß die Aktiengesellschaft sich zum Zwecke der Veräußerung auflöst und dieser Zweck nicht erreicht wird. Auflösung und Veräußerung fallen ja zusammen. Im Falle des § 305 (Veräußerung des Vermögens an einen anderen Aktienverein gegen Gewährung von Aktien) kann es dagegen leicht kommen, daß die übertragende Gesellschaft ihren Auflösungsbeschluß faßt, die übernehmende Gesellschaft aber ihren Kapitalserhöhungsbeschluß nicht faßt oder die durchgeführte Kapitalserhöhung nicht zur Eintragung anmeldet. In solchen Fällen ist die übertragende Gesellschaft aufgelöst, die ihr zu gewährenden Aktien sind aber nicht vorhanden

und bei fortgesetzter Weigerung der übernehmenden Gesellschaft, die zugesicherten Aktien zu schaffen, wird von der übertragenden Gesellschaft der beabsichtigte Zweck ihrer Auflösung nicht erreicht. Überdies kann ja auch hier ein zivilrechtlicher Rücktritt erfolgen. Im Falle des § 306 kann sich das gleiche ereignen, wie eben zu § 305 erörtert. Endlich aber wird durch die vorliegende Vorschrift eine Lücke ausgefüllt, die sich bezüglich der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Bestimmungen der §§ 80, 81 GmbHG. findet (D. 181 und RGZ. 19, 10). **§ 307.**

Überall ist hier zu bemerken, daß unser Paragraph nicht Platz greift, wenn die betreffenden Veräußerungs- und Umwandlungsbeschlüsse im Stadium der Liquidation gefaßt werden. In diesem Falle wird die Liquidation fortgesetzt und die Rückbildung in eine werbende Aktiengesellschaft erfolgt nach Anm. 1. Anm. 5.

β) (Abs. 2.) Der zweite Fall ist die Aufhebung des Konkurses über eine Aktiengesellschaft durch Zwangsvergleich oder Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners. Über diesen Fall wird Anm. 10 ff. gehandelt werden. Anm. 6.

b) In diesen Fällen kann ein einfacher Generalversammlungsbeschluß die Fortsetzung der Gesellschaft bewirken. Zur Gültigkeit dieses Beschlusses genügt einfache Stimmenmehrheit, falls nicht in dem Beschluß eine Statutenänderung liegt, z. B. wenn über die statutenmäßig festgesetzte Zeit hinaus Fortsetzung beschlossen wird (so Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 318; Goldmann Anm. 3 gegen 6./7. Aufl. und Rudorff 235). Es bedarf auch der Beschluß zur Wirksamkeit nicht der Eintragung, außer wenn darin eine Statutenänderung liegt. Der Beschluß muß zwar vom Vorstande (nicht gerade von sämtlichen Vorstandsmitgliedern) nach Abs. 3 unseres Paragraphen zur Eintragung angemeldet werden, auch kann der Vorstand hierzu nach § 14 gezwungen werden, und es hat andererseits die Eintragung nur Erfolg, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Fortsetzung vorliegen. Allein die Gültigkeit des Beschlusses hängt von der Eintragung nicht ab, selbst in dem Falle nicht, in dem der betreffende Auflösungsbeschluß nur durch Eintragung gültig würde, so in dem Falle des § 306 (ebenso Lehmann-Ring Nr. 4; Pinner 318 gegen Cosack § 119 V 1). Anm. 7.

Wohl aber ist zur Gültigkeit des Beschlusses erforderlich, daß die oben angegebenen Bedingungen seiner Gültigkeit vorliegen, also im Falle der Veräußerung des ganzen Vermögens oder der Umwandlung, daß der Beschluß zu diesem Zwecke gefaßt war, daß er dies erkennen läßt und daß der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird. Wenn einer dieser Fälle nicht vorliegt, wenn die Auflösung zu anderem Zwecke erfolgt war, oder wenn der beabsichtigte Zweck erreicht „wird", d. h. noch erreicht werden kann, so hat die Generalversammlung nicht die Macht, durch einen Beschluß die Fortsetzung der Gesellschaft herbeizuführen. Der gleichwohl gefaßte Beschluß auf Fortsetzung ist derartig ungültig, daß er nicht durch einen in unterlassener Anfechtung liegenden Verzicht gültig werden kann, vielmehr sind hier die Interessen Dritter und die öffentliche Wohlfahrt im Spiele (vgl. Anm. 1), und es kann die Rückgängigmachung der Auflösung in solchem Falle nur im regelmäßigen Wege der Neugründung erfolgen (vgl. Anm. 1). Ein solcher Beschluß ist ein nihil actum. Es wird Sache des Registerrichters sein, bei der Prüfung der Anmeldung hierauf sein Augenmerk zu richten und auf diese Ungültigkeit nachdrücklich hinzuweisen. Es kann Gareis Anm. 1 nicht zugegeben werden, daß die Generalversammlung darüber entscheide, ob der beabsichtigte Zweck erreicht wird oder nicht. Anm. 8.

Eine Frist zur Fassung des Beschlusses ist nicht vorgeschrieben. Nachdem der beabsichtigte Zweck gescheitert ist, kann also die Fortsetzung jederzeit beschlossen werden.

c) Wenn der mit der Auflösung beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird und die Fortsetzung nicht beschlossen wird, so wird eben nach den gewöhnlichen Regeln der Liquidation weiter liquidiert. Die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse der Liquidatoren wandeln sich dementsprechend von selbst um. Anm. 9.

3. **Besondere Betrachtung verdient der Fall des Konkurses der Aktiengesellschaft.** (Lit.: Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung 04.) Anm. 10.

§ 307. a) **Welche Rechtsfolgen der Konkurs der Aktiengesellschaft während seiner Dauer hat,** darüber ist bereits in Anm. 7ff. zu § 292 gehandelt worden. Insbesondere geht aus jener Darstellung hervor, daß die Gesellschaft ihre Organisation auch während des Konkurses behält, daß aber die Tätigkeit ihrer Organe so weit zurückgedrängt werden, als die Aufgabe des Konkursverwalters reicht. Insbesondere tritt die Gesellschaft durch den Konkurs nicht in Liquidation, sie erhält nicht Liquidatoren, sondern behält trotz der Auflösung ihren Vorstand bei. — Ist der Konkurseröffnungsbeschluß auf Beschwerde aufgehoben, so gilt die Konkurseröffnung und damit die Auflösung der Gesellschaft als nicht erfolgt (§§ 109, 116 KO.).

Anm. 11. b) Wenn nun der Konkurs durch Ausschüttung der Masse endet (§ 163 KO.), so ist damit, soweit sich übersehen läßt, das vermögensrechtliche Substrat der Aktiengesellschaft untergegangen und damit die Aktiengesellschaft erloschen. Nach § 32 wird dies im Handelsregister eingetragen und damit ist auch die Firma erloschen. Eine Fortsetzung der Gesellschaft nach Abs. 2 unseres Paragraphen ist in solchem Falle nicht möglich, ebensowenig im Fall des § 204 KO., vielmehr wird, wenn sich nachträglich Vermögen findet, dies nach § 153 KO. zur nachträglichen Verteilung gebracht. Es wird aber auch nichts entgegenstehen, statt dieser nachträglichen Konkurswiederaufnahme die Liquidation unter entsprechender Anwendung des § 302 Abs. 4 zu eröffnen (ebenso Goldstein in Hirths Ann. 01, 748; gegen Lehmann-Ring Nr. 3).

Anm. 12. c) **Wenn jedoch der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet wird oder auf Antrag der Aktiengesellschaft gemäß § 202 KO. eingestellt wird,** dann kann die Generalversammlung durch einfachen Beschluß die Fortsetzung beschließen. Über diesen Beschluß gilt das Anm. 7 u. 8 Gesagte: Es ist in der Regel einfache Mehrheit, aber nicht die Eintragung zu seiner Gültigkeit erforderlich, wohl aber ist die Bedingung seiner Gültigkeit, daß der Konkurs in dieser Weise beendet ist. Diese Gültigkeitsbedingung wird durch unterlassene Anfechtung des Beschlusses nicht ersetzt und ist vom Registerrichter bei Eintragung zu prüfen. Denn die Eintragung muß nach Abs. 3 herbeigeführt werden, obgleich sie nicht Gültigkeitsbedingung ist.

Anm. 13. d) **Wie nun, wenn der Konkurs durch Zwangsvergleich oder auf Antrag der Gesellschaft endet und die Fortsetzung nicht beschlossen wird?** Dann tritt die Liquidation ein. Denn die Gesellschaft wird nach § 292 durch den Konkurs aufgelöst. Die Auflösung hat die Liquidation zur Folge und nur, so lange der Konkurs schwebt, ist die Liquidation entbehrlich (Jaeger, KO. Anm. 22 zu § 207). Nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder auf Antrag der Aktiengesellschaft gemäß § 202 KO. wird der Registerrichter dahin zu wirken haben, daß die Aktiengesellschaft in mäßiger Zeit entweder ihre Fortsetzung beschließt oder ihre Liquidatoren gemäß § 296 anmeldet. Daß die Gesellschaft in Liquidation tritt, ist nicht besonders anzumelden und einzutragen. Dies geht aus der nach § 32 einzutragenden Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder auf Antrag der Aktiengesellschaft ohne weiteres hervor.

Anm. 14. 4. **Die Wirkung des Fortsetzungsbeschlusses** ist, daß die Aktiengesellschaft wieder eine werbende Gesellschaft wird. Der Beschluß wirkt ex nunc; was inzwischen geschehen ist, bleibt gültig und wirksam, insbesondere die Verfügungen des Konkursverwalters.

Anm. 15. **Zusatz: Übergangsfrage. Die Vorschriften finden auf bestehende Gesellschaften Anwendung.** Insbesondere können daher auch bestehende Gesellschaften, wenn ihr Konkurs durch Zwangsvergleich oder auf ihren Antrag beendet wird, sich wieder durch einfachen Generalversammlungsbeschluß fortsetzen, auch dann, wenn ihr Konkurs schon vor dem 1. Januar 1900 eröffnet wurde.

§ 308.

§ 308. Ist die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Uebergang ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft oder juristische Person ohne vorgängige Liquidation erloschen, so ist eine Anfechtung des den Uebergang betreffenden

Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten. § 308.

1. Die Vorschrift ist erst durch das jetzige HGB. eingeführt und zweckmäßig. Sie bezieht sich auf die Fälle des § 304 und § 306 (Veräußerung des ganzen Vermögens an eine öffentliche Korporation und Fusion mit sofortiger Verschmelzung). Da in diesen Fällen die übertragende Gesellschaft untergehen kann, ehe die Anfechtungsklage zugestellt werden kann, so fehlt es an einem zu verklagenden Gegner. Hier kann nicht anders geholfen werden, als dadurch, daß der Übernehmer des Vermögens als Gegenpartei auftritt. Anm. 1.
2. Führt die Anfechtungsklage in solchem Falle zur Ungültigkeitserklärung des Beschlusses, so gilt der Beschluß als nicht gefaßt, die Auflösung gilt als nicht erfolgt; eines Fortsetzungsbeschlusses nach § 307 bedarf es nicht. Insofern liegt die Sache juristisch sehr einfach. Gleichwohl erzeugt eine soche latente und nachträglich in die Erscheinung tretende Ungültigkeit derartige Komplikationen, daß sie in den meisten Fällen kaum noch entwirrt werden können. Wie sollen z. B. die für die Überlassung der Vermögens gewährten Aktien wieder zurückgezogen und der übernehmenden Gesellschaft zurückgewährt werden, wenn sie inzwischen in den Verkehr gebracht und in alle Winde zerstreut sind und in den Händen redlicher Dritter sich befinden? Können aber die Aktien nicht zurückgewährt werden, so braucht auch das übernommene Vermögen nicht zurückgegeben zu werden und es kann die Rückgängigmachung gar nicht erfolgen. Anm. 2.
3. Anzuraten ist daher, daß in solchem Falle mit der schleunigst anzustellenden Anfechtungsklage eine einstweilige Verfügung verbunden und dadurch die Eintragung des Fusionsbeschlusses aufgehalten wird (vgl. § 16 Anm. 3 und § 273 Anm. 24). Anm. 3.

   Die Vorschrift des § 308 muß sinngemäß auch auf das Verfahren auf Löschung gemäß § 144 FGG. Anwendung finden (Lehmann-Ring zu § 308).

§ 309.

Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Die Vorschriften der §§ 272, 273 finden entsprechende Anwendung. § 309.

Lit.: Düringer bei Holdheim 6, 46; Goldschmit bei Holdheim 9, 158, 178; Lehmann in IheringsJ. 33, 389; Simonis, Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft, 01.

Vorbemerkung. Die §§ 309—311 wollten eine Lücke des bisherigen Rechts ausfüllen. Die Frage der Nichtigkeit, ihre Voraussetzungen und ihre Rechtsfolgen waren früher Gegenstand erheblicher Zweifel (vgl. unsere 5. Aufl. §§ 3—5 zu Art. 211). Diese sollten beseitigt und die Nichtigkeitserklärung auf feste Grundlagen gestellt werden. Leider ist infolge der Schwierigkeit der Materie trotz ihrer gesetzlichen Regelung eine große Reihe von Zweifeln übrig geblieben. Das ist um so mehr zu bedauern, als die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung an sich schon ein ewiges Damoklesschwert über dem Haupte der Aktiengesellschaften ist, eine gefährliche Waffe in der Hand böswilliger Aktionäre.

1. **Vorweg ist zu bemerken, daß es sich lediglich um die Nichtigkeit einer bereits eingetragenen Aktiengesellschaft handelt.** Solange die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist, bewirkt ein Mangel der Gründung, mag er wesentliche oder unwesentliche Gründungserfordernisse betreffen, daß die Eintragung abgelehnt werden muß. Nur für den Fall, daß die Eintragung trotz eines Mangels in einem wesentlichen Erfordernisse erfolgt ist, bestimmen die §§ 309—311. Anm. 1.
2. **Voraussetzung der Nichtigkeit des § 309 ist,** daß eine der im § 182 Abs. 2 vorgesehenen wesentlichen Bestimmungen fehlt oder nichtig ist. Anm. 2.

§ 309. a) Die schwierigste und bestrittenste Frage dieser Materie ist es, ob es neben den in § 309 geregelten Fällen noch **andere Gründungsmängel** gibt, die die Nichtigkeit trotz der erfolgten Eintragung bewirken. Diese Frage ist mit der 6./7. Aufl. von Lehmann-Ring Nr. 2 ff.: zum Teil von Lehmann II 424 verneint; vgl. auch in JheringsJ. 33, 389 und ZHR. 49, 358: Dernburg I § 84, 4 und von Simonis; bejaht von Cosack § 115 VI; Makower Anm. III a; Goldschmit bei Holdheim 9, 158 und 178; Pinner 320 ff. Die Praxis hat sich bisher wenig mit der Frage beschäftigt. Das OLG. Jena in ThürBl. 03, 202 läßt die Nichtigkeit wegen eines Mangels aus § 182 Abs. 1 nicht zu; ebenso das KG. in KGJ. 23 A S. 100, das allerdings nur die hier nicht entscheidende Frage behandelt, ob eine Löschung von Amtswegen wegen eines formellen Mangels des Statuts zulässig ist, in den Gründen sich aber in gleichem Sinne auch über § 309 ausspricht. Das RG. (54, 418) hat sich in einer eine G. m. b. H. betreffenden Entscheidung, die aber auch auf § 309 verweist, auf den Standpunkt gestellt, daß Nichtigkeit auch aus anderen, als den hier angeführten Gründen möglich ist (gegen diese Entscheidung Staub in DJZ. 03, 336; Hachenburg ebenda 439; Goldmann Anm. 4).

Es ist den Verteidigern der Ansicht, daß § 309 die Nichtigkeitsgründe erschöpfend aufführt, ohne weiteres zuzugeben, daß der Wille der bei der Gesetzgebung mitwirkenden Faktoren hierauf gerichtet war; es ist ferner richtig, daß durch Zulassung weiterer Nichtigkeitsgründe in der Praxis Schwierigkeiten allerschlimmster Art erwachsen können, z. B. wenn die Nichtigkeit einer Gesellschaft erst nach Jahren erkannt und geltend gemacht wird. Dies entbindet aber nicht von Prüfung der allein entscheidenden Frage, ob das Gesetz weitere als in § 309 enthaltene Nichtigkeitsgründe ausschließt. Diese Frage ist zu verneinen. Das Gesetz hat einen Fall geregelt, nämlich die Folge der Nichtigkeit der in § 182, 2 enthaltenen Bestimmungen. Für diese gibt es in § 309 eine Klage, in § 310 die Möglichkeit der Heilung. Es ist nun an sich unbestreitbar, daß die Gründung noch aus anderen Ursachen, z. B. wegen Verletzung der in § 182, 1 enthaltenen Form nichtig sein kann (§ 125 BGB.). Das Gesetz enthält nicht den geringsten Hinweis darauf, daß eine solche Nichtigkeit nicht beachtet werden solle. Nur dann käme man zu diesem Resultat, wenn man den allgemeinen Satz aufstellte, daß Eintragung die Mängel heilt. Ein solcher Rechtsgrundsatz aber besteht nicht; § 200 sagt wohl, daß vor der Eintragung die Gesellschaft nicht besteht, nicht aber, daß durch die Eintragung, die nach allgemeinen Grundsätzen (§ 15) keine konstitutive Bedeutung hat, die Gesellschaft entsteht. Die Vorschrift des § 189 Abs. 4 ist eine besondere und bezieht sich nur auf die Heilung ungültiger Zeichnungsscheine (Pinner 54 IV).

Demnach wird durch die Eintragung die Geltendmachung einer nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften vorhandenen Nichtigkeit nicht gehemmt. Nun ist allerdings auch hier zu prüfen (vgl. Anm. 11 zu § 178), ob die Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze aktienrechtlichen Prinzipien widerspricht, in welchem Falle letztere vorgehen (vgl. z. B. Anm. 26 zu § 189). Dies ist jedoch hier keinesfalls anzunehmen. Das HGB. schreibt eine gewisse Form für das Statut vor. Nicht-Beobachtung dieser Form begründet nach dem BGB. Nichtigkeit. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, anzunehmen, daß das HGB. diese Folge nicht eintreten lassen wollte. Daß sie sicher eintritt, solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist, ist zweifellos; daß aber die Eintragung den Mangel nicht heilt, ist oben nachgewiesen. Der Fall liegt wesentlich anders, wie der der Anfechtung von Zeichnungen wegen Irrtums, Betrugs usw. Wenn hier die Praxis die Nicht-Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Vorschriften annimmt, weil die Erklärungen auch der Öffentlichkeit gegenüber gegeben sind, so soll dadurch verhindert werden, daß der einzelne wegen in seiner Person liegenden Gründe die Sicherheit des Aktienkapitals gefährdet, hier aber handelt es sich um einen in der Gründung liegenden Mangel, der den Bestand der Gesellschaft als solcher berührt.

Danach muß davon ausgegangen werden, daß neben der in § 309 geregelten Nichtigkeit auch andere Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden können.

Anm. 8. Diese Nichtigkeitsgründe werden hauptsächlich in Verletzung der Vorschrift des § 182 Abs. 1 und der sonstigen Gründungsvorschriften liegen. Beispiele: Die Gesellschaft ist nur von drei

Personen gegründet; der Gesellschaftsvertrag ist nicht in notarieller Verhandlung aufgenommen (RG. 54, 418), oder enthält einen unheilbaren Mangel der Form; bei der Sukzessivgründung ist keine Generalversammlung abgehalten; die Anmeldung zum Handelsregister ist von Personen abgegeben, die sich fälschlich als Berechtigte ausgegeben haben usw. **§ 309.**

Was die materiellen Mängel des Statuts betrifft, so ist die Frage, welche Bestimmungen vorhanden sein müssen und inwiefern deren Fehlen oder Nichtigkeit Nichtigkeit der Gesellschaft begründet, in § 309 ausschließlich geordnet. Ein Fehlen oder eine Nichtigkeit weiterer Bestimmungen kommt danach nicht in Betracht. Es muß daher (indem die Ansicht Pinners 320 ff. fallen gelassen wird) angenommen werden, daß alle sonstigen Nichtigkeiten des Gesellschaftsvertrages z. B. eine Bestimmung, daß die Aktionäre Zinsen erhalten sollen, daß sie zu Nachschüssen verpflichtet sind, zwar die betreffende Bestimmung selbst als nichtig erscheinen lassen, nicht aber den Bestand der Gesellschaft erschüttern.

Über die Wirkung der Nichtigkeitsfälle außer den in § 309 geordneten vgl. zu § 311. Anm. 4.

b) Die Nichtigkeit aus § 309 tritt ein, wenn eine der Bestimmungen des § 182 Abs. 2 nicht getroffen oder nichtig ist. Nichtig ist sie dann, wenn sie einen wesentlichen Verstoß gegen die für diese Einzelbestimmungen geltenden besonderen Vorschriften enthält. Die Nichtigkeit tritt also ein: Anm. 5.

α) Wenn die Firma oder der Sitz der Gesellschaft nicht bestimmt ist, oder wenn eine nach den Vorschriften über die Firma unzulässige Firma angenommen oder eine unzulässige Sitzbestimmung (z. B. im Auslande) getroffen ist.

β) Wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht oder nicht dem Gesetze entsprechend bestimmt ist. Darüber s. Anm. 18 zu § 182. Der Fall liegt auch vor, wenn der Zweck ein gesetzlich nicht zulässiger war. Anm. 6.

γ) Wenn die Höhe des Grundkapitals oder der einzelnen Aktien nicht oder nicht in der dem Gesetze entsprechenden Weise bestimmt ist. Wenn z. B. die Aktien auf 100 Mk. gestellt sind (näheres über diesen Mangel und seine Heilbarkeit Anm. 1 zu § 310). Anm. 7.

δ) Wenn die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes nicht oder nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise bestimmt ist, z. B. wenn bestimmt ist, daß die Staatsbehörde den Vorstand zu ernennen hat (vgl. Anm. 23 zu § 182). Anm. 8.

ε) Wenn die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht, nicht oder nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise bestimmt ist. Wenn z. B. bestimmt ist, daß lediglich die Staatsbehörde die Generalversammlung zu berufen hat. Anm. 9.

ζ) Wenn die Form, in der die gesellschaftlichen Bekanntmachungen erfolgen, nicht oder nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise bestimmt ist, wenn z. B. bestimmt ist, daß nicht der Deutsche Reichsanzeiger das Organ für die Veröffentlichungen sein soll. Anm. 10.

3. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit. Anm. 11.

a) Die rechtliche Bedeutung der Nichtigkeit.

α) Die latente Nichtigkeit (die Nichtigkeit an sich vor der Eintragung der Nichtigkeit). Die D. 184 erklärt, das Nichtigkeitsurteil habe nur deklarative Bedeutung, und es „sei nicht etwa anzunehmen, daß die Gesellschaft bis zur Eintragung des Urteils zu Recht bestände"; das schließe aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als „es sich um die Abwicklung ihrer Verhältnisse handle, dennoch eine gewisse Rechtsbeständigkeit" beigelegt werde. Es fragt sich, wie dieser Rechtszustand juristisch zu konstruieren ist. Denn in dem Ausspruche der D., daß die Gesellschaft „nicht zu Recht besteht", ihr aber dennoch eine „gewisse Rechtsbeständigkeit" einzuräumen sei, liegt keine juristische Konstruktion.

Wir konstruieren wie folgt (über andere Konstruktionen Simonis 24 ff. und Goldschmit bei Holdheim 9, 182): Anm. 12.

Allerdings besteht die Gesellschaft, wenn ihr ein wesentlicher Mangel anhaftet, nicht „zu Recht". Soweit ist der D. zuzustimmen. Aber wenn sie auch nicht „zu Recht" besteht, so besteht sie doch. Sie besteht, aber nicht zu Recht. Sie ist als Aktien-

§ 309. gesellschaft entstanden, aber zu Unrecht. Daß sie als Aktiengesellschaft entstanden ist, hat zur Folge, daß sie sich nach außen als solche betätigen kann. Der Dritte, der sich mit der eingetragenen Gesellschaft einläßt, kann die Gesellschaft als bestehend ansehen. Besteht sie auch nicht „zu Recht", so gilt sie doch für den Rechtsverkehr als zu Recht bestehend und deshalb sind die in ihrem Namen mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte gültig (§ 311 Abs. 2). Auch ist dies nicht etwa auf den Rechtsverkehr mit gutgläubigen Dritten beschränkt. Das Prinzip des § 15 greift hier nicht Platz (Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 311). Es würde die Sicherheit des Rechtsverkehrs erschüttern, wollte man der latenten Tatsache der Nichtigkeit für den Rechtsverkehr eine Bedeutung beilegen, so daß der Dritte in eine Prüfung der schwierigen Frage eintreten müßte, ob das, was er über die Entstehung der Gesellschaft weiß, als innerer Nichtigkeitsgrund aufzufassen ist (vgl. Anm. 4 zu § 311). Daß sie als Aktiengesellschaft entstanden ist, also besteht, bewirkt ferner, daß sie Organe hat. Sie hat einen Vorstand und sie hat einen Aufsichtsrat, auch haben die Aktionäre die Möglichkeit, sich in Generalversammlungen zu vereinigen und Beschlüsse zu fassen. Diese Organe sind geschaffen und bestehen, sie können sich, wie gesagt, auch nach außen betätigen. Aber sie bestehen zu Unrecht, und wenn auch der Dritte sich nicht entgegenhalten zu lassen braucht, daß sie zu Unrecht bestehen, so macht sich das doch nach innen geltend. Nach innen dürfen die Organe, obgleich sie bestehen, nicht tätig sein, und wenn sie es dennoch tun, so tun sie es zu Unrecht und die Aktionäre können dies unbeachtet lassen. Die Aktionäre können, wenn die Organe sich gleichwohl betätigen, an sich dies als nihil actum betrachten, die Mitglieder können sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen und die Beschlüsse der Generalversammlung als unverbindlich behandeln, ohne sie besonders anfechten zu müssen, selbstverständlich unter Vorbehalt der Ausnahmebestimmungen des § 310 (D. 184). Nur in einem Punkte können die Aktionäre sich auf die Nichtigkeit nicht berufen, wenn sie nämlich auf Leistung der zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen nötigen Einzahlungen belangt werden (§ 311 Abs. 3). Mit Recht bezieht Lehmann-Ring (Nr. 3 zu § 311) die Bestimmung des § 311 Abs. 3 nicht nur auf den Fall des Abs. 1, sondern auch auf alle Fälle der Nichtigkeit vor und nach Eintragung (die entgegengesetzte Ansicht der 6./7. Aufl. hat Staub in den nachgelassenen Bemerkungen fallen gelassen).

Anm. 13. β) Die eingetragene Nichtigkeit. Nach beiden Richtungen, nach innen und nach außen, ändert sich dieser Zustand durch die Eintragung der Nichtigkeit. Durch Klage und durch Vorgehen des Registergerichts (vgl. unten zu b und c) kann diese Eintragung herbeigeführt werden. Die Herbeiführung der Offenkundigkeit der bisher latenten Nichtigkeit liegt im Interesse aller Beteiligten. Die Aktiengesellschaft, die zwar besteht, aber nicht zu Recht, ist nichts anderes wert, als daß sie zugrunde geht. Und dieses Zugrundegehen muß in geordneten Bahnen geschehen. So wird der Zustand der Rechtsunbeständigkeit der Aktiengesellschaft durch die Eintragung der Nichtigkeit in geordnete Bahnen gelenkt, indem durch die Eintragung der Nichtigkeit der Liquidationszustand eintritt. Die Aktiengesellschaft wird eine Liquidationsgesellschaft mit allen ihren Rechten und Pflichten, auch mit der hierzu nötigen Rechts- und Geschäftsfähigkeit (D. 185 und RG. 59, 325). Ihre Organe werden Liquidationsorgane. Dadurch wird die Vertretungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter nach außen auf den Liquidationszweck beschränkt, wie das stets die Folge der Liquidation ist, nach innen aber tritt die Folge ein, daß die Organe nunmehr tätig werden können, aber nur, insoweit dies im Rahmen des Liquidationszwecks liegt (vgl. auch noch zu § 310). Es brauchen auch nicht neue Gesellschaftsorgane (Liquidatoren und Aufsichtsrat) gewählt zu werden. Freilich rührt die Bestellung der bisherigen Gesellschaftsorgane von einer Generalversammlung her, die zu Unrecht tätig war. Durch die Eintragung des Nichtigkeitsurteils wird aber mit einem Schlage die Gesellschaft dahin wiederhergestellt, daß alle ihre bestehenden, wenn auch zu Unrecht bestehenden Organe für den beschränkten Zweck der Liquidation, als bestätigt gelten. Wenigstens ist nach dieser Hinsicht das Gesetz so aufzufassen, und man würde den Gesetzgeber mißverstehen, wollte man annehmen, daß, wie

alle sonstigen Generalversammlungsakte, auch die Bestellung der bisherigen Gesellschaftsorgane, als einfach nicht geschehen zu betrachten und deshalb Neuwahlen vorzunehmen seien. **§ 309.**

γ) Die Rechtsfolgen der Heilung der Nichtigkeit. Eine Änderung des latenten Nichtigkeitszustandes tritt in anderer Weise durch Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes gemäß § 310 ein. Sobald diese Beseitigung geschehen ist, hört die Nichtigkeit auf. Die Gesellschaft ist nach außen und nach innen hergestellt und besteht fortan nicht nur, sondern sie besteht fortan „zu Recht" (vgl. hierüber weiter Anm. 5 zu § 310). Anm. 14.

b) Die Nichtigkeitsklage. Die Nichtigkeit gibt jedem Aktionär und jedem Mitgliede des Vorstands und des Aufsichtsrats (nicht auch diesen Organen als solchen) das Recht zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage. Auf diese Klage finden die Vorschriften der §§ 272 u. 273 entsprechende Anwendung. § 272 gibt an, wer zu verklagen ist, welches Gericht zuständig ist, gibt Vorschriften über die Sicherheitsleistung durch den Kläger, § 273 bestimmt die Präjudizialwirkung des Urteils und die Eintragung des Urteils in das Handelsregister, sowie die Haftung für böswillige Klageerhebung (über alles dieses siehe die Erl. zu §§ 272 und 273). An der Erhebung der Nichtigkeitsklage hat der Aktionär ein Interesse, um Klarheit in die Verhältnisse der Gesellschaft zu bringen, und weil, solange die Nichtigkeit latent ist, gemäß § 311 Abs. 2 neue Verbindlichkeiten entstehen können, zu deren Tilgung seine noch nicht voll eingezahlte Einlage herangezogen werden kann (§ 311 Abs. 3). An eine Frist ist die Klage nicht gebunden. Der im § 309 zitierte § 272 zitiert zwar den § 271 Abs. 2. Doch bedeutet dies nicht, daß hiermit eine Frist für die Klageerhebung vorgeschrieben sein sollte. Über den Streitgegenstand vgl. RG. in JW. 01, 395[8]. Anm. 15.

c) Die Löschung von Amts wegen. Wenn die Voraussetzungen der Nichtigkeit nach § 309 vorliegen und nach § 310 nicht Abhilfe geschaffen wird, so kann das Registergericht oder auch das übergeordnete Landgericht die Aktiengesellschaft auch von Amts wegen löschen (§§ 144, 142, 143 FGG.). Das Gericht gibt den Beteiligten, hier also dem Vorstande der Gesellschaft, Mitteilung von der beabsichtigten Löschung und gibt ihm eine Frist von drei Monaten zur Geltendmachung des Widerspruchs (§§ 142, 144 Abs. 3 daselbst). Innerhalb dieser Zeit hat die Gesellschaft Zeit und Gelegenheit, sich gemäß § 310 wiederherzustellen. Über den etwa erhobenen Widerspruch entscheidet das Gericht, über Beschwerde und weitere Beschwerde siehe Anm. 26 zu § 254 und Anm. 9ff. zu § 14. Die Löschung darf nur erfolgen, wenn ein Widerspruch nicht erhoben oder der erhobene Widerspruch rechtskräftig zurückgewiesen wurde. — Auch für alle sonstigen Fälle der Nichtigkeit (vgl. Anm. 2) wird man dem Registerrichter bzw. dem übergeordneten Landgericht das Recht geben, die Aktiengesellschaft gemäß §§ 142ff. FGG. zur Löschung zu bringen (vgl. Lehmann-Ring Nr. 9; Kausnitz, Komm. zur FGG. Anm. 4; Goldschmit 188). — Das Verfahren gemäß § 144 kann von jedem Interessenten und auch von den Organen des Handelsstandes (§ 126 FGG.) angeregt werden. Die Aussetzung eines angestellten Nichtigkeitsprozesses wegen des Schwebens des Registerverfahrens kann nicht verlangt werden, weil dieses Verfahren kein Rechtsstreit und das Registergericht keine Verwaltungsbehörde ist (§ 148 CPO.). Umgekehrt aber kann das Registergericht sein Löschungsverfahren wegen des schwebenden Nichtigkeitsprozesses aussetzen (§ 127 FGG.). Anm. 16.

Zusatz 1. Auf Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften findet die Vorschrift insofern entsprechende Anwendung, als, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die ausländische Aktiengesellschaft nach den Gesetzen ihres Ortes als nichtig zu betrachten ist, sie auch hier als nichtig zu betrachten und demgemäß zu behandeln ist, insbesondere ihre Löschung von Amts wegen herbeigeführt werden kann (dagegen Lehmann-Ring Nr. 1; vgl. jedoch Nr. 10 und Goldmann Anm. 19). Anm. 17.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Die Vorschrift bezieht sich auch auf bestehende Gesellschaften. Soweit die jetzigen Gründungsvorschriften weitere Bestimmungen für wesentlich erklären, als die früheren, was im Vergleich mit dem Rechte von 1884 möglicherweise der Fall ist, so kann ein solcher Mangel natürlich nicht die Nichtigkeit bewirken. Soweit aber früher eine Vorschrift wesentlich war, jetzt aber nicht wesentlich ist, so ist sie nunmehr unwesentlich. Anm. 18.

§ 310.

§ 310. Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstandes, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, kann durch einen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs über eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden. Die Berufung der Generalversammlung erfolgt, wenn der Mangel die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft, durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft bestimmt sind.

Der vorliegende Paragraph eröffnet Mittel und Wege, um die Nichtigkeit zu beseitigen.

Anm. 1. 1. **Alle Verstöße gegen § 182 Abs. 2 können geheilt werden, bis auf den Verstoß gegen § 182 Abs. 2 Nr. 3.** Unheilbar sind also nur die Mängel, die die Bestimmungen über die Höhe des Grundkapitals und den Betrag der einzelnen Aktien betreffen. Wenn also z. B. die Ziffer des Grundkapitals im Gesellschaftsvertrage fehlt, so kann dies nicht geheilt werden und die Gesellschaft bleibt nichtig. Indessen kann selbstverständlich die Ziffer des Grundkapitals sich aus den sonstigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mit ergeben und dann ist dem Erfordernisse genügt. So z. B., wenn gesagt wird, daß zur Ausgabe 500 Aktien à 1000 Mark gelangen. Daß das Grundkapital in solchem Falle 500000 Mark beträgt, ist klar, auch wenn dies nicht besonders gesagt ist. Wenn aber das Grundkapital auch nicht implicite angegeben, sondern die Gesellschaft so konstruiert ist, wie etwa eine Gewerkschaft, so wäre die Aktiengesellschaft unheilbar nichtig. Ebenso wenn die Aktien auf 100 Mark lauteten oder auf 800 Mark ohne Vinkulierung. Die Vinkulierung könnte nicht nachgeholt werden.

Anm. 2. Der Verstoß gegen § 182 Nr. 3 liegt dann noch nicht vor, wenn eine Zeichnung ungültig ist und kein Gründer gemäß § 202 für dieselbe haftet (so Lehmann-Ring Nr. 8 zu § 309; Goldschmit bei Holdheim 9, 184; die Ansicht Pinners 322 wird fallen gelassen). Zwar entsteht hier in der Tat ein Vakuum, denn am Grundkapital fehlt ein Teil. Allein nicht der Fall der zivilrechtlichen Gültigkeit der Aktienübernahme ist gemeint, wenn im § 309 gesagt ist, daß Nichtigkeit der Gesellschaft eintrete, sobald eine der im § 182 Nr. 3 enthaltenen Bestimmungen nichtig ist, sondern der Fall, daß die Bestimmung der Höhe des Grundkapitals in einer Weise erfolgt ist, die dem Gesetze überhaupt nicht entsprechen kann. Von der zivilrechtlichen Gültigkeit der Aktienübernahmen den Bestand der Gesellschaft abhängig zu machen, lag dem Gesetzgeber fern (RGZ. 23 A S. 104). In diesem Falle wird regelmäßig eine Haftung der Gründer nach § 202 vorliegen und die fällige Einzahlung muß durch diese erfolgen. Liegt eine solche Haftung nicht vor, so wird sich die solchergestalt nicht gedeckte Aktie regelmäßig anderweit unterbringen lassen und nur für den ganz extremen Fall, daß sämtliche Zeichnungen nichtig sind und sich anderweit nicht unterbringen lassen, wäre es allerdings ein unbefriedigender Rechtszustand, daß eine Aktiengesellschaft ohne Aktionäre existiert. Für diesen Fall muß allerdings ein nihil actum angenommen werden (a. A. Lehmann-Ring Nr 8 zu § 302, der auch in diesem Fall die Gesellschaft bestehen läßt). Aber in den anderen, nicht so extrem liegenden Fällen, in denen einzelne der Erklärungen also gültig sind, kann man doch wohl von einem nihil actum nicht sprechen.

Anm. 3. 2. **Zur Heilung gehört ein Statutenänderungsbeschluß**, also die Beobachtung der Vorschriften des § 274, die Eintragung des Beschlusses (§ 277 Abs. 3) und Bekanntmachung (§ 10). Die Zulassung dieser Heilung ist eigentlich eine Abweichung von den Grundsätzen der Nichtigkeit. Denn eigentlich kann eine nichtige Aktiengesellschaft nach innen nicht tätig sein. Hier aber ist eine Ausnahme gemacht. Sie kann hiernach zwar keine anderen Funktionen ausüben,

wohl aber die, welche erforderlich sind, um sich selbst gemäß § 310 wiederherzustellen (vgl. Anm. 12 zu § 309). Der Beschluß muß natürlich auch der Vorschrift des § 275 entsprechen, die Mehrheit muß also ³/₄ des Grundkapitals für den Fall betragen, daß die Statuten keine geringere Mehrheit bestimmen. Es wird sich aber empfehlen, daß die Statuten eine geringere Mehrheit zur Heilung von Nichtigkeiten festsetzen, um die Möglichkeit der Heilung zu erleichtern (Pinner 324). Der Inhalt des Heilungsbeschlusses muß dahin gehen, daß der Mangel durch eine dem Gesetz entsprechende Bestimmung beseitigt wird. Eine Frist innerhalb deren die Heilung erfolgen kann, ist nicht bestimmt. Die Heilung ist auch nach Zustellung der Nichtigkeitsklage und nach Einleitung des offiziellen Verfahrens zulässig, sie ist zulässig bis zur Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils oder bis zur Löschung gemäß § 144 FGG. (so gegen 6./7. Aufl.; Makower Anm. 2; Lehmann-Ring Nr. 9). Die in diesem letzteren Paragraphen vorgesehene Frist von drei Monaten bezweckt gerade, der Gesellschaft Gelegenheit zu geben, in der Zwischenzeit die Heilung zu beschließen. Nach § 34 der allgemeinen Verfügung des preußischen Justizministers vom 7. Nov. 1899 über die Führung des Handelsregisters ist die Gesellschaft bei der Benachrichtigung gemäß § 144 FGG. auf die Möglichkeit der Heilung hinzuweisen. — Der Heilungsbeschluß ist auch gemäß § 271 anfechtbar. Ergeht nach dem Heilungsbeschluß ein rechtskräftiges Urteil, so bleibt die Gesellschaft, da das Urteil gemäß § 273 für und gegen alle wirkt, nichtig (Staub GmbH. Anm. 9 zu § 76). **§ 310.**

3. **Die Berufung der Generalversammlung zum Zwecke des die Heilung bewirkenden Statutenänderungsbeschlusses** erfolgt gemäß den allgemeinen Vorschriften (durch den Vorstand, den Aufsichtsrat, auch durch die Aktionäre gemäß § 254). Wenn der zu heilende Mangel die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft, so erfolgt die Berufung durch Einrückung in die Blätter, die für handelsgerichtliche Bekanntmachungen bestimmt sind (Abs. 2 unseres Paragraphen). Anm. 4.

4. **Die Heilung bewirkt, daß die Gesellschaft gültig bleibt.** Ist der Mangel geheilt, so ist der Grund, der für eine Nichtigkeit vorhanden war, beseitigt; die Nichtigkeit gilt als nicht eingetreten. Die entgegengesetzte Ansicht der 6./7. Aufl. (dagegen Lehmann-Ring Nr. 4 und Goldmann Anm. 3) würde, da alle bisherigen Beschlüsse nichtig wären, zu unhaltbaren Folgerungen führen, sie entspricht auch nicht dem Zweck und Sinn des Gesetzes. Anm. 5.

§ 311.

Ist die Nichtigkeit einer Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. **§ 311.**

Die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

Die Folgen der Eintragung der Nichtigkeit.

1. **Die Nichtigkeit wird eingetragen entweder durch Eintragung des Nichtigkeitsurteils** (gemäß §§ 309, 273), **oder im Offizialverfahren gemäß § 144 FGG.** (vgl. Anm. 16 zu § 309). Auch im ersteren Falle erfolgt die Eintragung von Amts wegen. Das rechtskräftige Nichtigkeitsurteil muß zu diesem Zwecke vom Vorstande eingereicht werden, und ist dieser hierzu durch Ordnungsstrafen anzuhalten (§§ 273, 14 HGB.). Anm. 1.

   Für beide Fälle, sowohl für die Nichtigkeit durch Nichtigkeitsurteil, als auch für die durch die Nichtigkeit als Folge des offiziellen Löschungsverfahrens bestimmt § 311 die Rechtsfolgen in gleicher Weise. Anm. 2.

2. **Die Folgen der Eintragung der Nichtigkeit.** Anm. 3.

a) **Die Gesellschaft wird eine Liquidationsgesellschaft.** Die Wiederherstellung ist nicht mehr möglich. Also muß die Gesellschaft, die besteht, aber nicht zu Recht, untergehen (vgl. Anm.

§ 311. 12 und 13 zu § 309), ihre Verhältnisse müssen abgewickelt werden. Die Liquidationsvorschriften finden entsprechende Anwendung. Auch die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft besteht für die Zwecke der Liquidation (RG. 59, 325). Es sind Liquidatoren einzutragen, diese sind nach außen beschränkt tätig, wie das die Liquidation mit sich bringt, nach innen sind sie jetzt zu Recht tätig (vgl. Anm. 13 zu § 309, insbesondere darüber, ob neue Gesellschaftsorgane zu wählen sind).

Anm. 4. b) **Besonders wird bestimmt, daß die bis zur Eintragung der Nichtigkeit im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt werden.** Die Liquidatoren können sich nicht auf den Standpunkt stellen, die Gesellschaft habe, da sie nichtig war, im Rechtsverkehr überhaupt nicht auftreten können. Den Rechtsverkehr geht vielmehr die Nichtigkeit nichts an, so lange sie nicht offenkundig ist, für den Rechtsverkehr ist die Gesellschaft gültig, so lange sie eingetragen ist (vgl. Anm. 12 zu § 309). Auch die in der Zwischenzeit zwischen der Nichtigkeitserklärung und der Eintragung der Nichtigkeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte machen hiervon keine Ausnahme. Dies ergibt sich deutlich aus § 311 Abs. 2, besonders im Zusammenhange mit § 311 Abs. 1. Es kann nicht etwa § 15 herangezogen und behauptet werden, daß der Dritte, der von dem rechtskräftigen Nichtigkeitsurteil Kenntnis hatte, die Nichtigkeit gegen sich gelten lassen müsse. Denn sonst müßte man noch weiter gehen und annehmen, daß jeder, der die Nichtigkeit überhaupt kannte, sie auf Grund des § 15 gegen sich gelten lassen müsse. Denn das Urteil stellt die Nichtigkeit nur fest, die einzutragende Tatsache ist, wie § 311 Abs. 1 ergibt, nicht das Nichtigkeitsurteil, sondern die Nichtigkeit. Wer daher den § 15 für anwendbar hält, muß die Folgerung ziehen, daß, wer die Tatsache kennt, sie gegen sich gelten lassen muß, noch ehe sie eingetragen ist. Das aber führt zu den größten Härten und Inkonvenienzen und steht mit § 311 in Widerspruch.

Anm. 5. c) **Die Gesellschafter haben die versprochenen Zahlungen zu leisten, soweit dies zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.** Dies ist auch sonst bei der Liquidation der Fall (vgl. Anm. 2 zu § 298). Auch solange die Nichtigkeit nicht eingetragen ist, können die Aktionäre die Einzahlung nicht verweigern (vgl. Anm. 12 zu § 309). Vorausgesetzt ist hierbei, daß die Verpflichtung zur Leistung nach sonstigen Grundsätzen nicht unverbindlich ist. Hierbei kommen besonders die Folgen der mangelnden Form der Aktienübernahme in Betracht nach § 182 Abs. 1 und die Frage der Heilung dieser Form (vgl. Anm. 32 zu § 182; vgl. auch Anm. 10 zu § 189).

Anm. 6. Die Aktionäre sind gleichmäßig zu den Lasten heranzuziehen (so Lehmann-Ring Nr. 5; Pinner 326; Rudorff 237 gegen 6./7. Aufl.).

Anm. 7. d) Zu erwähnen ist weiter, daß die Liquidation nach § 302 Abs. 4 auch wieder erneuert werden kann, wenn sich neues Vermögen findet.

Anm. 8. e) Auch der Konkurs kann über die für nichtig erklärte Gesellschaft ausbrechen (RG. in JW. 04, 503[25]), und zwar sowohl vor der Eintragung der Nichtigkeit, als auch nach der Eintragung derselben.

Anm. 9. f) Die Umgründung in eine neue Gesellschaft kann nur auf Umwegen erfolgen, nicht etwa im Wege eines einfachen Fortsetzungsbeschlusses (vgl. über diesen Anm. 1—3 zu § 307). Auch für den Fall des Zwangsvergleichs gilt dies.

Anm. 10. **Zusatz.** Es ist Anm. 2 zu § 309 dargelegt, daß die Gesellschaft auch aus anderen als in § 309 bezeichneten Gründen für nichtig erklärt werden kann, insbesondere wegen Verletzung der Vorschriften in § 182 Abs. 1. Die Folgen, die in diesem Fall eintreten, sind im Gesetz nicht bestimmt. Da aber § 311 allgemein von „Eintragung der Nichtigkeit" spricht, da ferner die Billigkeitsgründe, die in dem Fall des § 309 dafür sprechen, die Erleichterungen des § 311 eintreten zu lassen, ebenso für alle andern Fälle der Nichtigkeit gelten, da endlich, falls man dies nicht annähme, die Rechtssicherheit auf das empfindlichste geschädigt würde, so muß man auch für die nicht in § 309 bezeichneten Fälle der Nichtigkeit, überhaupt für jede Nichtigkeit der Gesellschaft § 310 Anwendung finden lassen (Pinner 325, dagegen Goldschmit bei Holdheim 9, 188).

Sechster Titel.

Strafvorschriften.

Lit.: Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs 03, 967 ff.; Edwin Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des HGB. 02; Rehm, Bilanzen 845 ff.; Frassati in Z. f. ges. Strafrechtsw. 15, 409 ff.).

§ 312.

Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln, mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft. § 312.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Vorbemerkung. Allgemeines über die Strafbestimmungen des Aktienrechts. Die Strafbestimmungen des Aktiengesetzes v. 1884 verdanken ihre Entstehung der Erfahrung, daß die allgemeinen Strafbestimmungen nicht ausreichen, um den auf dem Gebiete des Aktienwesens zutage getretenen Mißständen zu begegnen. Deshalb hatte schon die Novelle von 1870 Sonderbestimmungen eingeführt, mehr noch das Aktiengesetz v. 1884. Die Vorschriften des letzteren haben insbesondere die Absicht, nicht nur den vollendeten Betrug, sondern schon das betrügliche, auf Täuschung und Schädigung anderer abzielende Gebahren, das betrügerische Handeln ohne Rücksicht auf den täuschenden oder schädigenden Erfolg, zu bestrafen, insbesondere bei der Gründung, bei Wahrnehmung der Rechte in der Generalversammlung und bei Ausübung der Pflichten gegenüber der Gesellschaft. Die Vorschriften des Aktiengesetzes von 1884 sind im großen und ganzen unverändert in das jetzige HGB. übergegangen. Der Art. 249d Nr. 1 u. 2, der gegen den sich mit betrügerischen Manipulationen vollziehenden Aktienhandel gerichtet war, ist zwar gestrichen, aber nur deshalb, weil er durch § 75 des Börsengesetzes überflüssig geworden war. Anm. 1.

Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs finden selbstverständlich auch auf diese Vorschriften Anwendung: wegen der Teilnahme insbesondere die §§ 47—50 StrGB., wegen der Verjährung § 67, ebenso wegen des Versuches §§ 43—46. Daraus folgt, daß der Versuch bei allen hier in Rede stehenden strafbaren Handlungen nicht strafbar ist, da es sich überall um Vergehen handelt und der Versuch hier nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist (§ 43 StrGB.). Anm. 2.

Auch die Bestimmungen der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes finden Anwendung auf diese Delikte. Daraus folgt, daß sie alle zur Zuständigkeit der Strafkammer gehören (§§ 73 Ziff. 1; 27 Ziff. 1; 27 Ziff. 2 GVG.). **Übergangsbestimmungen** sind für die strafrechtlichen Vorschriften nicht gegeben und auch nicht nötig. Als Übergangsvorschrift gilt der § 2 StrGB., wonach bei Verschiedenheit der Gesetze zur Zeit der Tat und zur Zeit der Aburteilung das mildeste Gesetz zur Anwendung kommt, so daß, wenn das letztere Gesetz den Tatbestand nicht bestraft, Straflosigkeit eintritt. Anm. 3.

Der vorliegende Paragraph bestraft absichtliche Benachteiligung der Gesellschaft durch ihre Leiter. Die Vorschrift ist dem Untreue-Paragraphen des Strafgesetzbuchs (§ 266) nachgebildet; es ist daher auch auf die zu diesem Paragraphen ergangene Judikatur zu verweisen. Eine Idealkonkurrenz zwischen Untreue und dem Vergehen aus § 312 kann nicht eintreten, weil § 312 ein Sonderstrafgesetz geschaffen hat, das dem allgemeinen Strafgesetz vorgeht (RGSt. 37, 25). Anm. 4.

Zum Tatbestand gehören folgende Merkmale:

1. **Vorstandsmitglieder** (auch stellvertretende, soweit sie für den Vorstand handeln), **Liquidatoren oder Aufsichtsratsmitglieder** müssen es sein (wegen der Komplementare einer AKG. s. zu § 320). Auch auf ein Handeln vor Eintragung der Gesellschaft ist der Paragraph zu be-

§ 312. ziehen (RGSt. 34, 412). Ob der Vorstand die Handlung gerade als Organ begangen hat, ist nicht entscheidend; auch wenn er als Gegenkontrahent handelt, fällt die Handlung darunter, weil die Eigenschaft als Organ ihm unablöslich anhaftet. Bei einem Konflikt der Pflichten geht die Pflicht der Gesellschaft gegenüber vor (RGSt. 26, 137; 36, 71; dagegen Katz Anm. 1 und Rehm in DJZ. 04, 958). Auch sein Recht als Aktionär darf der Vorstand nicht zum Nachteil der Gesellschaft ausüben (z. B. nicht für einen der Gesellschaft nachteiligen Beschluß stimmen); vgl. Anm. 8.

Anm. 5. 2. **Handeln.** Der Begriff ist nicht wörtlich zu nehmen: auch absichtliche und pflichtwidrige Unterlassungen gehören zum Tatbestande (RG. 11, 414). So ist z. B. ein Mitglied des Aufsichtsrats oder des Vorstands strafbar, wenn es absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft unterlassen hat, dem Vorstand oder Aufsichtsrat Anzeige von der Handlung eines anderen Vorstandsmitglieds zu machen, durch die die Gesellschaft geschädigt wird, wenn es absichtlich die Anstellung eines Prozesses unterläßt usw. Immerhin wird bei bloßen Unterlassungen sorgfältig zu erwägen sein, ob mehr als Fahrlässigkeit vorliegt. Handeln liegt ferner nicht nur beim Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern auch bei tatsächlichen Handlungen vor.

Anm. 6. Jedes Mitglied ist nur für seine eigenen Handlungen verantwortlich. Erfolgt eine strafrechtlich verbotene Handlung auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses des Aufsichtsrats, der den Vorstand anweist, so haftet das entgegenstimmende Mitglied des Aufsichtsrats an sich für diese Handlung nicht; es kann aber in der Unterlassung der Mitteilung von Bedenken gegen die Zulässigkeit der Handlung an den Vorstand das Vergehen gegen § 312 liegen. Ähnlich liegt es, wenn der Vorstand durch vertretungsberechtigte Mitglieder eine Handlung vornimmt, die den anderen Mitgliedern als verboten erscheint (dagegen Katz Anm. 5, der auch die gegenstimmenden Mitglieder für verantwortlich erklärt).

Anm. 7. Auch in Bilanzfälschungen kann ein Handeln im Sinne des § 312 gefunden werden (Rehm 910), wenn hierdurch eine Schädigung der Gesellschaft beabsichtigt wird z. B., wenn sie geschieht, um höhere Dividenden zu verteilen (RG. bei Bauer 11, 3 und JW. 03, 326[10]).

Anm. 8. 3. **Absichtlich.** Nach der in den Beratungen geäußerten (KB. z. AGes. v. 1884) und in Wissenschaft und Praxis herrschenden Ansicht deckt sich dieser Begriff mit „vorsätzlich" oder „wissentlich", so daß nicht etwa eine besondere, auf Benachteiligung hinzielende böse Absicht vorzuliegen braucht, vielmehr das Bewußtsein, daß die Handlung den benachteiligenden Erfolg habe, genügt (vgl. RGSt. 1, 329; 7, 282; 26, 137). Der eventuelle Dolus genügt aber nach neueren Anschauungen bei den sog. Absichtsdelikten nicht; dieser liegt vor, wenn der Handelnde das Bewußtsein hatte, die Handlung werde möglicherweise den benachteiligenden Erfolg haben, und er sie auch für diesen Fall wollte; bei den Absichtsdelikten dagegen muß der Täter die Vorstellung haben, daß sein Handeln notwendig den rechtswidrigen Erfolg haben werde (RGSt. 27, 217 u. 241; früher anders RGSt. 7, 279; dagegen Lehmann-Ring Nr. 3; Stenglein Anm. 5; vgl. jedoch Olshausen [Komm. z. StGB. § 59 Anm 6]). Gerade bei dem vorliegenden Delikte wäre es ein Unding, sich mit dem Bewußtsein der möglichen Benachteiligung zu begnügen, da im geschäftlichen Leben meist in dem Bewußtsein gehandelt wird, daß das Geschäft auch unglücklich ausfallen, statt des erhofften Gewinnes auch Schaden bringen kann. Das liegt im geschäftlichen Risiko; vgl. weiteres zu Anm. 11. — Der dolus fehlt, wenn die Handlung sich als Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses oder der Anweisung des Aufsichtsrats, dem der Vorstand zu gehorchen verpflichtet ist, darstellt; denn man kann nicht Untreue begehen, indem man dem Willen des Machtgebers gemäß handelt (so Stenglein Anm. 6; Rehm in DJZ. 01, 958; dagegen Katz Anm. 2). Indessen kann andererseits schon in der Herbeiführung der Abstimmung die Absicht der Benachteiligung liegen; diese Herbeiführung kann darin liegen, daß die Aktionäre bewogen werden, in dem der Gesellschaft nachteiligen Sinne zu stimmen, oder auch dadurch, daß der Vorstand oder der Aufsichtsrat in diesem Sinne stimmt (vgl. Anm. 4), oder daß er unterläßt, einen offenbar ungesetzlichen und der Gesellschaft nachteiligen Beschluß anzufechten. Wer diese Interessenkollision vermeiden will, muß eben eines aufgeben: entweder die Aktionäreigenschaft oder wenigstens die Ausübung

des Stimmrechts oder die Stellung als Gesellschaftsorgan. — Der Begriff absichtlich ist dadurch allein nicht erfüllt, daß das Gesellschaftsorgan seine Befugnisse überschreitet, so z. B. wenn der Vorstand einem für ihn verbindlichen Aufsichtsratsbeschlusse zuwiderhandelt, oder ohne Genehmigung der Gesellschaft ein Geschäft abschließt, das er nur mit Genehmigung abschließen dürfte. Darin liegt eine zivilrechtlich unberechtigte Handlungsweise, die ihn zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie zum Schaden ausschlägt, und der Zuwiderhandelnde kann sich hiergegen nicht damit entschuldigen, daß er das Beste der Gesellschaft wollte und anzunehmen nach Lage der Sache berechtigt war. Aber strafrechtlich ist er in diesem Falle entschuldigt. Er hat nicht absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft gehandelt. § 312.

4. **Nachteil der Gesellschaft.** Dies Merkmal ist gleichbedeutend mit dem der Vermögensschädigung beim Betruge (RGSt. 27, 40; vgl. daher RGSt. 14, 404; 16, 79). Der Nachteil, d. h. die Vermögensschädigung muß eingetreten sein. Ist dies nicht der Fall, so liegt lediglich strafloser Versuch vor (so gegen Stenglein Anm. 9 die allgemeine Meinung: Lehmann-Ring Nr. 4; Katz Anm. 4; Pinner 328; RGSt. 27, 39). Eine dauernde Benachteiligung ist aber nicht erforderlich (RGRspr. 1, 275; 2, 154). Späterer Ersatz beseitigt das Delikt nicht (RG. in Blums Ann. 7, 24 und in JW. 03, 326[10]). Entgangener Gewinn ist nur ausnahmsweise Nachteil, nämlich wenn auf die Erlangung desselben ein rechtsbegründeter Anspruch bestand oder wenn die Erlangung ohne die schädigende Handlung gewiß war (RGSt. 23, 57; 26, 241; 27, 43). Schon die Gefährdung der Gesellschaft kann eine Schädigung bedeuten (RGSt. 9, 168). Aber es muß eine Gefährdung sein, die über das gewöhnliche geschäftliche Risiko hinausgeht; denn an sich wohnt die Verlustgefahr den meisten Geschäften inne (vgl. Anm. 8). Anm. 9.

5. **Nicht vorausgesetzt ist, daß in concreto die Absicht vorliegt, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen,** obwohl der Gesetzgeber davon ausging, daß dies meist der Fall sein wird, und aus diesem Grunde neben der Gefängnisstrafe gleichzeitig die Geldstrafe normiert hat (M. z. AGes. 2, 250). Anm. 10.

6. **Die Anwendung des Paragraphen, insbesondere der Merkmale absichtlicher Benachteiligung,** darf nicht aus den Augen lassen, daß der Paragraph nur dolose Schädigungen treffen will. Anm. 11.

Bei Beurteilung der Tätigkeit von Leitern der Aktienvereine muß nun in Betracht gezogen werden, daß ihre Stellung eine ganz andere ist, als die von Vormündern. Der Vormund hat ein vorhandenes Vermögen zu verwalten, es zusammenzuhalten und nutzbringend, aber sicher anzulegen. Die Aktiengesellschaft dagegen ist eine Erwerbsgesellschaft. Ihre Leitung bringt es notwendig mit sich, daß nicht immer gefahrlose Geschäfte gemacht werden, sondern daß gewagt wird, daß Ausgaben gemacht werden, denen nicht auf der Stelle ein verwertbarer Gegenwert auf dem Fuße folgt, wie z. B. kostspielige Insertionen, Reisen, Ausstellungen, Experimente. Die Absicht der Benachteiligung kann aber nur dann als vorliegend erachtet werden, wenn die Absicht vorliegt, für die Gesellschaft eine Vermögensminderung herbeizuführen, nicht um ihr gleichzeitig nützen zu wollen, sondern um Zwecke zu verfolgen, die außerhalb der Gesellschaftsinteressen liegen. Stets ist die Gesamtlage ins Auge zu fassen. Es gibt Geschäfte, die an sich betrachtet, direkt schädlich sind, die aber gemacht werden, um indirekt Vorteile zu erlangen. Z. B. hält der Vorstand den Ankauf eines anderen Geschäfts für einen den Wert übersteigenden Preis für nötig, um die Konkurrenz dieses Geschäfts zu beseitigen; oder er verkauft Ware billiger, als der Marktpreis ist, um die Konkurrenz zu unterbieten. In diesen Fällen liegt ein Vergehen gegen § 312 vor, wenn der Vorstand sich sagen mußte und sagte, der Vorteil werde den augenblicklichen Nachteil überwiegen.

Deshalb fallen auch Freigebigkeiten unter den vorliegenden Paragraphen nicht, wenn man der Gesellschaft dadurch nützen will, wie z. B. wenn eine Versicherungsgesellschaft formell nicht zu Recht bestehende Ansprüche befriedigt, um ihr geschäftliches Renommee zu heben. Anm. 12.

Der Begriff des Nutzens für die Gesellschaft darf dabei nicht zu eng gefaßt werden, nicht in der Bedeutung von bloßen vermögensrechtlichen Vorteilen. Vielmehr darf nicht aus den

§ 312. Augen gelassen werden, daß die Aktiengesellschaft nicht nur in juristischer Hinsicht eine Person ist und ihre Stellung mitten im Kreise der Rechtsgenossen hat, sondern daß sie durch die Entfaltung ihrer Tätigkeit im wirtschaftlichen Leben auch in dieser Hinsicht gewissermaßen ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft geworden ist. Die soziale Stellung der Aktiengesellschaft ehrenvoll zu gestalten, gehört ebenso zu den Aufgaben ihrer Leiter, wie die Erzielung von Gewinn (vgl. Bauer 7, 217: die Schenkung für Indien im Jahre 1900). Jedoch dürfen die Leiter hierbei nie außer acht lassen, daß sie Verwalter fremden Vermögens sind. Freigebigkeiten müssen sich also in den Grenzen halten, die durch sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gezogen sind (vgl. § 1804 BGB.). Wollen die Vorstandsmitglieder darüber hinausgehen, so bleibt es ihnen unverwehrt, dies aus eigenen Mitteln zu tun.

Anm. 13. Hieraus folgt, daß es durchaus in den Bereich der Aufgaben von Aktienvereinsleitern gehört, sich bei freiwilligen Gaben zur Erreichung von gemeinnützigen, milden oder auch patriotischen Zwecken zu beteiligen oder sonst Ausgaben zu machen, die zwar den Charakter von freiwilligen Zuwendungen haben, aber bei Ausübung der von der Aktiengesellschaft entwickelten gewerblichen Tätigkeit üblich sind, so z. B. wenn es sich um das übliche Richtfest bei Erbauung eines neuen Fabrikgrundstücks handelt, um Gratifikationen an das Personal, um Unterstützungen bei Erkrankungen und Unglücksfällen, um Gnadengehälter für Beamtenwitwen, um Niederlegung eines Kranzes auf das Grab des Vorsitzenden des Aufsichtsrats, um Illuminierung des Gesellschaftsgrundstückes zu des Landesherrn Geburtstagsfeier.

In allen diesen und ähnlichen Fällen ist der Tatbestand des vorliegenden Paragraphen zu verneinen, nicht weil das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit mangelt — sonst würden juristisch gebildete Direktoren dem Strafgesetze verfallen —, sondern weil der richtig aufgefaßte Begriff der Benachteiligungsabsicht fehlt (zust. Lehmann-Ring Nr. 3).

Anm. 14. 7. **Strafe.** Der geringste Betrag der Geldstrafe ist 3 Mark, die Gefängnisstrafe bewegt sich zwischen einem Tage und 5 Jahren (§§ 16 u. 27 StGB.). Das jetzige HGB. hat die Annahme mildernder Umstände und bei ihrem Vorliegen die Geldstrafe eingeführt — eine sehr sachgemäße Neuerung.

Anm. 15. 8. **Über Versuch und Teilnahme** vgl. die Vorbemerkung. Dritte Personen können nicht Mittäter, wohl aber Gehilfen und Anstifter sein (RGSt. 24, 290).

Anm. 16. 9. Bei mehreren Zuwiderhandlungen gegen § 312 liegt mangels der Einheit des verletzten Rechtsguts niemals ein fortgesetztes Delikt vor (RG. in JW. 04, 246[3]).

Anm. 17. 10. Über das Verhältnis von § 312 zu § 314 vgl. Anm. 2ff. zu § 314.

§ 313.

§ 313. Mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark werden bestraft:

1. Gründer oder Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals, des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen;
2. diejenigen, welche in Ansehung der vorerwähnten Thatsachen wissentlich falsche Angaben in einer im § 203 bezeichneten Ankündigung von Aktien machen;
3. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister in Ansehung der Einzahlung des bisherigen oder der Zeichnung oder Einzahlung des erhöhten Kapitals oder in Ansehung des Betrags, zu welchem die Aktien

ausgegeben werden, oder in Ansehung der im § 279 bezeichneten Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen. **§ 313.**

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Einleitung. **Der Paragraph bestraft wissentlich falsche Angaben bei der Gründung und bei der Ausgabe von Aktien** und will dadurch verhindern, daß Gesellschaften eingetragen werden, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Entstehung tatsächlich und reell vorhanden sind, und daß Aktien ausgegeben und in den Verkehr gebracht werden, die nur Scheinwerte sind. Bestraft wird auch hier das betrügliche Manöver als solches, ohne Rücksicht darauf, ob jemand getäuscht oder geschädigt wurde (vgl. die Vorbemerkung zu § 312).

Anm. 1. 1. **Bestraft werden:**

a) **Die bei der Gründung beteiligten Personen wegen wissentlich falscher Angaben über die wesentlichen Voraussetzungen der Entstehung einer Gesellschaft.** Bei der Gründung im Sinne des § 313 beteiligt sind außer den Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats die Gründer im Sinne des § 187. Personen, die sich an der Gründung nicht durch Feststellung des Statuts oder Einbringung von Sacheinlagen beteiligen, sind nicht als Täter gemäß § 313 verantwortlich, ev. aber als Gehilfen und Anstifter (vgl. Anm. 15 zu § 312 und Stenglein Anm. 1 sowie RGSt. 24, 290). **Gesetzliche Vertreter** von Gründern haften persönlich (vgl. Anm. 5 zu § 182). Liegt gewillkürte Vertretung vor, so haftet der Vertretene, soweit in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen des Paragraphen vorliegen; der Vertreter ev. als Gehilfe (Lehmann-Ring Nr. 1, Stenglein Anm. 1). Die Angaben müssen behufs Eintragung eines Gesellschaftsvertrages gemacht sein. Daraus folgt, daß auch die in § 191 vorgesehene Erklärung darunter fällt (RGSt. 18, 111). Eine Gründungsvergütung muß als solche angegeben und darf nicht in den Einbringungspreis eingekleidet (RGSt. 18, 105), noch auch sonst verschleiert werden. Die Angaben müssen unwahr sein (vgl. hierzu näheres Anm. 6 ff. zu § 202 u. Anm. 15 ff. zu § 195). Mehrere falsche Angaben, auch in verschiedenen Schriftstücken, durch dieselbe Person behufs Eintragung desselben Gesellschaftsvertrages sind **eine** strafbare Handlung (RGSt. 18, 115). Sonst liegen Einzelhandlungen, keine fortgesetzte Handlung vor (RG. in JW. 04, 246[8]). Daß unter den Gründern sich Strohmänner befinden, also Personen, die in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung Aktien übernehmen, macht die Erklärungen nicht zu unwahren; denn die Strohmänner sind wahre Gründer (vgl. RG. 28, 77; RGSt. 30, 312; s. auch Anm. 25 zu § 189). Selbst Scheinzeichnungen, die lediglich erfolgt sind, um der Form zu genügen, sind der Gesellschaft gegenüber wahre Zeichnungen; ihre Anführung macht daher strafrechtlich nicht verantwortlich (RGSt. 30, 300). Zu bemerken ist ferner, daß nur falsche Angaben über Zeichnung und Einzahlung, nicht auch über den gegenwärtigen Besitz des Geldes hier erwähnt sind. Nach RGSt. 24, 291 (vgl. RGSt. 30, 319) sollen sie gleichwohl mitgetroffen sein, weil der Besitz nur eine Modalität der Einzahlung sei. Die Entscheidung ist bedenklich. Der gedachte Grund ist nicht zutreffend: der fortdauernde Besitz ist keine Modalität der Einzahlung, die Einzahlung kann mit allen denkbaren Modalitäten rite erfolgt sein, ohne daß der Besitz zur Zeit der Anmeldung vorhanden ist. Auch erwähnt der § 195 Abs. 3 die Einzahlung und den Besitz als zwei gesonderte Begriffe, die vorliegende Strafvorschrift aber nur den ersten. Strafgesetze sind nicht ausdehnend auszulegen (Katz Anm. 7 tritt der Ansicht des RG. bei).

Anm. 2. **Vollendet** ist das Vergehen mit Einreichung an das Gericht. Weder ist eine erfolgte Täuschung des Registerrichters, noch Eintragung erforderlich (RGSt. 37, 27 und in DJZ. 04, 995).

Anm. 3. In den Erklärungen der hierzu berufenen Personen über die in § 313 Abs. 1 und 3 bezeichneten Tatsachen liegt keine intellektuelle Urkundenfälschung im Sinne des § 271 StGB.

§ 313. vor (RG. bei Bauer 12, 13). Ein derartiges Vergehen könnte nur vorliegen, wenn die anmeldenden Personen nicht zur Anmeldung legitimiert sind und dies wissen (Katz Anm. 3).

Anm. 4. b) Die Emissionshäuser wegen wissentlich falscher Ankündigung. Über den Begriff der Ankündigung und über ähnliche Fragen vgl. § 203. Insbesondere wird hierunter auch eine vom Börsenvorstand erlassene Ankündigung fallen, wenn sie im Auftrage des Emissionshauses erlassen ist (so gegen 6./7. Aufl. RGSt. 3, 95; Katz Anm. 13; Stenglein Anm. 7; Lehmann-Ring Nr. 3).

Anm. 5. c) Die bei der Kapitalserhöhung beteiligten Personen für wissentlich falsche Angaben über die wesentlichen Voraussetzungen der Kapitalserhöhung. Über die hier in Frage kommenden Begriffe vgl. die §§ 278 ff.

Anm. 6. 2. Über die Strafe vgl. die Anm. 14 zu § 312.

3. Der Versuch ist auch hier nicht strafbar.

4. Wegen Teilnahme vgl. die Vorbemerkung zu § 312.

5. Konkurrenz mit anderen Delikten, insbesondere mit Betrug und Fälschung ist nicht ausgeschlossen.

6. Wegen der Zuständigkeit vgl. die Vorbemerkung zu § 312.

§ 314.

§ 314. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft, wenn sie wissentlich

1. in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern;
2. auf Namen lautende Aktien, in denen die im § 179 Abs. 4 vorgeschriebene Angabe nicht enthalten ist, oder auf den Inhaber lautende Aktien ausgeben, bevor darauf der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser Betrag voll geleistet ist;
3. Aktien oder Interimsscheine ausgeben, bevor die Gesellschaft oder im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist;
4. außer den Fällen des § 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, die auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt sind;
5. in den Fällen des § 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, in denen die im § 180 Abs. 4 vorgeschriebenen Angaben nicht enthalten sind.

Im Falle der Nr. 1 kann zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Der vorliegende Paragraph bestraft Pflichtwidrigkeiten der Gesellschaftsleiter durch unrichtige Darstellungen und unzulässige Ausgabe von Aktien.

Anm. 1. **Einleitung.** Bevor auf die einzelnen Bestimmungen dieses Paragraphen eingegangen werden soll, ist zunächst der in Nr. 1 enthaltene Grundsatz zu erörtern. Nr. 1 verbietet unwahre Darstellung und Verschleierung des Stands der Verhältnisse der Gesellschaft. Es fragt sich nun

zunächst, wieweit geht das Recht, wieweit die Pflicht der Organe auf Offenlegung der Verhältnisse, — Fragen, die in den letzten Jahren eingehende Erörterung gefunden haben (vgl. Rehm, Bilanzen 886 ff. und in DJZ. 04, 34; Gordon in DJZ. 02, 379; Mittelstädt ebenda 520; Simon in der Festgabe für Koch 407 ff.; Bondi in SächsA. 14, 188). **§ 314.**

a) Wieweit geht das Recht auf Offenlegung? Macht sich ein Organ der Gesellschaft durch die Darlegung von Verhältnissen, deren Bekanntwerden der Gesellschaft schädlich ist, ev. des Vergehens gegen § 312 schuldig? Es ist hier viel von einem Konflikt der Pflichten gesprochen worden; einesteils soll der Vorstand nach § 314 zu einer der Wahrheit entsprechenden Darlegung gezwungen sein, andererseits soll er durch eine derartige Darlegung in gegebenem Fall der Gesellschaft wissentlich schädigen, also eine Untreue im Sinne des § 312 begehen. Von einem solchen strafrechtlichen Konflikt kann nicht die Rede sein. Jede strafbare Handlung setzt Rechtswidrigkeit voraus. Eine Handlung, die vom Gesetze geboten ist, kann nicht strafrechtlich verfolgt werden. Soweit daher den Organen der Gesellschaft die Pflicht auferlegt ist, eine wahre Darstellung zu geben, soweit fällt jede Möglichkeit einer Verurteilung aus § 312 fort, mag die Veröffentlichung schaden oder nicht, mag selbst dem Vorstand die Tatsache, daß die Gesellschaft geschädigt werde, klar gewesen sein. Die Pflicht zur Wahrheit geht vor; das Recht auf Offenlegung wird daher durch die Rücksicht auf § 312 nicht berührt. Anm. 2.

b) Wieweit geht die Pflicht zur Offenlegung? Haben die Organe der Gesellschaft die Verpflichtung, Tatsachen bekannt zu geben, deren Bekanntmachung der Gesellschaft schädlich sind? Anm. 3.

Ausgangspunkt der über diese Frage entstandenen Erörterung war ein Urteil des LG. Leipzig (mitgeteilt von Simon 409), laut welchem die Organe einer Aktiengesellschaft verurteilt sind, weil sie im Geschäftsbericht nicht erwähnt haben, daß bei einem Geschäft ein Verlust von einer halben Million Mark entstanden war, den sie aus eigenen Mitteln gedeckt hatten. Simon erwähnt einen weiteren Fall, daß, nachdem ein Direktor eine größere Summe unterschlagen hatte, seine Verwandten sich verpflichteten, diese Summe zu decken, falls eine Erwähnung im Geschäftsbericht unterbliebe. Dies hätten die Organe der Gesellschaft abgelehnt, weil sie fürchteten, sich strafbar zu machen; die Gesellschaft hatte hierdurch, da die Verwandten nicht zahlten, fast die Hälfte ihres Grundkapitals verloren.

Die Frage, wie Vorstand und Aufsichtsrat in solchen Fällen zu entscheiden haben, ist nur sachgemäß zu lösen, wenn zunächst erwogen wird, wie sie richtig zu stellen ist. Es muß der Umstand, ob die Darlegung der Gesellschaft nützt oder schadet, vollständig ausgeschieden werden. Soweit das Gesetz eine Pflicht zur Wahrheit aufstellt, soweit muß diese ohne Rücksicht auf alle sonstigen Interessen erfüllt werden. Rehm, der in seinen Bilanzen (891) diesen Grundsatz mit absoluter Schärfe aufstellt („Die Pflicht der Klarheit und Wahrheit geht der Pflicht, die Gesellschaft nicht zu schädigen, vor"), hat in dem Aufsatz in der DJZ. (04, 35) den Grundsatz verlassen und die Entscheidung, ob die Geheimhaltung größere Nachteile im Gefolge hat, als die Veröffentlichung, dem pflichtmäßigen Ermessen der Organe anheim gestellt. Dem muß vom Standpunkt des gegenwärtigen Gesetzes aus entschieden widersprochen werden (vgl. Bondi a. a. O. 195). Das Gesetz bestraft in § 314 die unwahre Darstellung der Verhältnisse; es läßt keine Ausnahme zu. Das, was die Organe nach dem Gesetz veröffentlichen müssen, soll auch veröffentlicht werden. Eines der wesentlichsten Rechte der Aktionäre ist das Recht, über den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft periodisch Bericht zu erhalten; inwieweit ihnen das Recht gewährt werden soll, kann nicht von dem subjektiven Ermessen des Vorstands und Aufsichtsrats abhängen, sondern ist lediglich danach zu beurteilen, welche Tatsachen nach den gesetzlichen Vorschriften bekannt zu geben sind.

Dies ist danach der richtige Ausgangspunkt für die Beantwortung der aufgestellten Frage: wieweit geht die gesetzliche Pflicht der Organe zur Offenlegung der Verhältnisse der Gesellschaft?

Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Bilanzen und Geschäftsbericht. Erstere wenden sich, wie schon die Vorschrift der Veröffentlichung (§ 265) ergibt, nicht nur an die Gesellschaft, sondern auch insbesondere an die Gläubiger. Bei ihnen ist daher eine vollständige Klarlegung alles dessen, was nach den gesetzlichen Vorschriften in die Bilanz gehört, unbedingt zu

§ 314. fordern (darüber, wie weit die gesetzliche Pflicht geht, insbesondere ob es, wie Rehm mit nicht glücklich gewähltem Ausdruck sagt, erlaubte Bilanzfälschungen gibt, vgl. Rehm, Bilanzen 852 ff.).

Anders liegt es bei dem Geschäftsbericht. Dieser wendet sich lediglich an die Aktionäre. Er soll ihnen die Geschäftslage darlegen. Er soll die Bilanz zweckentsprechend erläutern; er darf auch das, was zur Beurteilung der Geschäftslage nötig ist, nicht verschweigen; denn auch im Verschweigen kann eine Verschleierung liegen (RG. bei Bauer 11, 221). Begrenzt aber wird die Pflicht durch den Zweck des Geschäftsberichts, die Aktionäre aufzuklären. Diese haben sich einer Kapitalgesellschaft angeschlossen. Ihr Interesse ist daher lediglich zu erfahren, wie die kapitalistische Grundlage und die Rentabilität der Gesellschaft sich stellt. Soweit daher Tatsachen diese nicht berühren, oder im Gegenteil die Geschäftslage und die Rentabilität schädigen würden, sind die Organe berechtigt, sie nicht zu erwähnen. Es erscheint daher nicht geboten, unter Umständen sogar bei Vermeidung zivilrechtlicher Haftung verboten, Einzelheiten über Geschäftsverbindungen, über zur Verhandlung stehende Geschäfte &c. im Geschäftsbericht mitzuteilen. Aus demselben Grunde aber ist es zu rechtfertigen, in den oben bezeichneten Fällen, in denen Verluste innerhalb des Geschäftsjahres durch Dritte gedeckt sind, eine Erwähnung zu unterlassen. Die Vermögenslage ist, da der Verlust ausgeglichen ist, intakt; ein Interesse, von den Verlusten zu erfahren, hätten die Aktionäre nur insofern, als sie Maßregeln zur Vorbeugung ähnlicher Vorkommnisse treffen könnten. Dies ist aber Sache der Geschäftsleitung unter zivilrechtlicher Verantwortung der betreffenden Organe. Jedenfalls ist die Verschweigung von Verfehlungen von Beamten niemals eine Verschleierung des Vermögensstandes, daher nicht strafbar (so Lehmann-Ring Nr. 3; Bondi a. a. O. 197 ff., der aber die beiden oben angegebenen Fälle verschieden entscheidet; Simon 411. Bemerkt wird, daß das RG. in JW. 06, 255[3] auch für den Geschäftsbericht für solche Fälle Offenlegung fordert).

Anm. 4. Aus dem Anm. 2 und 3 Gesagten ergibt sich als Resultat:

a) Organe der Gesellschaft, die ihrer Pflicht zur Offenbarung nachkommen, machen sich nicht eines Vergehens gegen § 312 schuldig.

b) Die Verfehlung gegen § 314 wird nicht dadurch beseitigt, daß die Offenlegung im Interesse der Gesellschaft unterbleibt.

c) Die Pflicht zur Offenlegung im Geschäftsbericht geht nur soweit, als es das Interesse der Gesellschaft an Kenntnis der Geschäftslage und der Rentabilität erfordert.

Anm. 5. 1. (Ziffer 1.) **Unrichtige Darstellungen.**

a) Die Darstellungen müssen von den Leitern in ihrer dienstlichen Eigenschaft ausgehen. Hauptsächlich sind die Bilanzen und Geschäftsberichte gemeint, wobei zu bemerken ist, daß die Bilanz und der Geschäftsbericht jeder für sich die Wahrheit enthalten muß; es verstößt gegen das Gesetz, wenn die Bilanz Unrichtigkeiten enthält, die der Geschäftsbericht erläuternd berichtigt, z. B. unrichtige Bewertungen, die der Geschäftsbericht zugibt und entschuldigt. Private Erklärungen fallen unter die Strafvorschrift dieses Paragraphen nicht, ebenso wenig Berichte, die in die Presse, wie man sich ausdrückt, lanziert sind, wohl aber Bekanntmachungen, die ersichtlich von den Leitern ausgehen, wobei nicht entscheidend ist, daß sie von ihnen unterschrieben sind, und auch nicht, ob sie zu der Bekanntmachung verpflichtet waren, wie z. B. bei Veröffentlichung einer Halbjahrsbilanz ohne Unterschrift des Vorstandes und Aufsichtsrats. Auch Mitteilungen an Private genügen, wenn sie nur von den Gesellschaftsorganen in offizieller Eigenschaft abgegeben werden, so z. B. wenn sich ein Aktionär nach dem Geschäftsgange erkundigt und ihm hierüber vom Vorstande Auskunft erteilt wird oder vom Aufsichtsratsvorsitzenden in dieser Eigenschaft, nicht aber, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende zugleich Bankier ist und in dieser Eigenschaft die Auskunft erteilt. Die Vorträge brauchen nicht gerade in der Generalversammlung gehalten zu sein; auch Berichte an den Aufsichtsrat, selbst wenn sie nicht für die Aktionäre bestimmt waren, fallen darunter (RGSt. 5, 146). Einer unwahren falschen Darstellung macht sich auch der Aufsichtsrat schuldig, wenn er die falsche Darstellung des Vorstandes in seinem Geschäftsberichte bewußterweise durchgehen läßt, ohne in seinen Bemerkungen auf die Unrichtigkeit hinzuweisen (RGSt. 14, 80 und in JW. 05, 550[9]).

b) **Unwahr** ist die Darstellung nicht nur dann, wenn in ihr falsche Tatsachen enthalten sind, sondern auch, wenn sie bewußt unrichtige Schätzungen enthält, z. B. wenn die Außenstände erheblich über ihre wahrscheinlichen Werte angegeben sind (RGSt. 14, 80), ebenso, wenn Grundstücke über ihren Wert angegeben sind, eingetretene Abnutzungen nicht abgeschrieben, Warenvorräte zu hoch abgeschätzt sind usw. Freilich wird man bei Schätzungen stets sehr vorsichtig in der Anwendung der Strafbestimmung sein müssen. Nur auffällige, in die Augen springende Fehlschätzungen werden hier geahndet werden können. Denn Differenzen kommen hier immer vor, oft auch sehr erhebliche. Schätzungen sind eben Meinungssache und fallen immer verschieden aus. **§ 314.** Anm. 6.

Die unwahre Darstellung braucht nicht gerade für die Gesellschaft günstig zu sein, auch ungünstige Darstellungen fallen darunter. Denn durch solche unrichtige Darstellungen kann ungünstig auf den Kurs eingewirkt und dadurch der Markt unzulässig beeinflußt werden. Der Umstand jedoch, daß die Bilanz Abschreibungen oder Minderbewertungen enthält, durch die der Wert der Aktien geringer erscheint, als er in Wahrheit ist, wird regelmäßig zum Gegenstand strafrechtlichen Vorwurfs nicht gemacht werden, da ein solches Verfahren üblich und gesetzlich ist und den Grundsätzen der Solidität entspricht (vgl. Anm. 6 zu § 261). Der Aktionär muß also darauf gefaßt sein, daß solche Minderbewertungen versteckt in der Bilanz enthalten sind, die Interessen der Gläubiger aber sind dadurch nur gewahrt. Eine Bilanz mit versteckten Reserven enthält daher, wenn sonstige Momente nicht hinzutreten, keinen Verstoß gegen die vorliegende Strafvorschrift (vgl. auch Neukamp in ZHR. 48, 457; Simon, Bilanzen 321 ff.; Lehmann-Ring Nr. 4; Bondi 192; dagegen teilweise Rehm 871; ferner dagegen Katz Anm. 3; vgl. hierüber Pinner bei Holdheim 12, 230). Aber es darf durch die Vorlagen nicht der fälschliche Schein erweckt werden, als enthalte sie **keine** versteckten Reserven. Bemerkungen im Geschäftsbericht können z. B. diesen Schein erwecken. Ebenso wenn eine Abschreibung, um einen gemachten Zufallsgewinn nicht zu verteilen, auf einem Konto gemacht wird, das schlechterdings nur mit dem Nennwert beziffert werden kann z. B. auf dem Konto Kassabestand oder Guthaben bei der Reichsbank. Alsdann wäre unser Paragraph verletzt. Das Interesse der Aktionäre an der Dividende, dem Anspruche aus § 213, an der Anfechtungsmöglichkeit nach § 271 Abs. 3 Satz 2 wäre dadurch dolos verletzt — dies gegen Neukamp a. a. O. — und auch der Markt würde dadurch in ungehöriger Weise beeinflußt werden. Anm. 7.

c) **Verschleierung** ist die Art der Darstellung, die die wahre Tatsache undeutlich oder unkenntlich macht, und zwar dergestalt, daß dadurch eine unrichtige Beurteilung der Sachlage veranlaßt wird (Renaud, Aktiengesellschaften 623). Das Verschweigen einer erheblichen Tatsache kann darunter fallen (RG. bei Bauer 11, 221 und in JW. 05, 550, 6). Anm. 8.

d) **Der Stand der Verhältnisse** ist ein weiterer Begriff als der Begriff Vermögensstand. Er umfaßt nicht nur wie dieser, die Aktiva und die Schulden, sondern alle Verhältnisse: den Gang des Geschäfts, die Aussichten für die Zukunft usw. (vgl. RGSt. 21, 172). Anm. 9.

2. (Ziffer 2—5.) **Unzulässige Ausgaben von Aktien.** Anm. 10.

a) Über die einzelnen hier vorkommenden Begriffe vgl. die Erläuterung zu den angezogenen Paragraphen.

b) Die strafbaren Handlungen liegen auch dann vor, wenn der Generalversammlungsbeschluß auf Ausgabe von Aktien ungültig war. Es kommt nur darauf an, daß die Gesellschaftsorgane bei der unzulässigen Aktienausgabe den Willen hatten, in Ausführung eines die Erhöhung anordnenden Beschlusses zu handeln (RGSt. 30, 355). Anm. 11.

c) Überall ist bei den Ziffern 2—5 Wissentlichkeit vorausgesetzt. Früher war dies nur bei Ziffer 1 ausgesprochen, bei den übrigen Nummern streitig. Die Streitfrage ist geschlichtet im Sinne der milden Ansicht, die demnach auch den vor dem 1. Januar 1900 geschehenen Tatbeständen zugute kommt (§ 2 StGB.). Anm. 12.

3. **Über Strafe, Versuch, Teilnahme, Konkurrenz, Verjährung** usw. vgl. Anm. 6 zu § 313. Anm. 13.

§ 315.

§ 315. Mit Gefängniß bis zu drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark werden bestraft:

1. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsraths, wenn länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat;
2. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren, wenn entgegen den Vorschriften des § 240 Abs. 2 und des § 298 Abs. 2 der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens unterblieben ist.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Straflos bleibt derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, daß die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsraths oder der Eröffnungsantrag ohne sein Verschulden unterblieben ist.

Der Paragraph bestraft die Gesellschaftsleiter, wenn sie nicht für einen gehörigen Aufsichtsrat sorgen oder nicht den Konkurs beantragen, wo das Gesetz dies erfordert.

Anm. 1. 1. **Objektiv ist vorausgesetzt:**

a) bei Ziffer 1: Daß länger als drei Monate (frühestens von Eintragung der Gesellschaft an) kein Aufsichtsrat oder kein solcher mit beschlußfähiger Zahl vorhanden war.

α) Es kommt hiernach nur auf das Vorhandensein der vorschriftsmäßigen Zahl an. Ob die vorhandenen Mitglieder (etwa durch Krankheit) verhindert sind tätig zu sein, darauf kommt es nicht an. Auch handelt es sich nur um die zur Beschlußfassung erforderliche Zahl. Ob im übrigen die statutarische Zahl vorhanden ist, ist gleichgültig, so z. B. wenn das Statut beim Ausscheiden von Mitgliedern sofortige Ergänzung anordnet, aber auch eine geringere Zahl für beschlußfähig erklärt (OLG. Dresden in Annalen 8, 502). Daß der Aufsichtsrat sich besonders konstituiert, d. h. einen Vorsitzenden usw. wählt, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; wo es statutarisch vorgesehen ist, fällt die Unterlassung gleichwohl nicht unter die vorliegende Strafbestimmung.

Anm. 2. β) Die vorschriftsmäßige Zahl aber muß unbedingt vorhanden sein. Das Fehlen einer diesbezüglichen statutarischen Bestimmung ändert daran nichts (RGSt. 5, 162). Ebensowenig ändert daran eine statutarische Bestimmung, daß die Erneuerung des Aufsichtsrats nach längerer Zeit vorgesehen oder daß bestimmt ist, die Ergänzung oder Neuwahl finde nur in der ordentlichen Generalversammlung statt. Solche Bestimmungen sind ungültig, soweit sie mit vorstehendem Paragraphen in Widerspruch treten. Ja selbst, daß der Gesellschaftsvertrag und damit die Gesellschaft wegen wesentlichen Mangels in ihren Existenzbedingungen als ungültig zu betrachten ist, ändert hieran nichts; entscheidend ist vielmehr die äußere Erscheinung als Aktiengesellschaft infolge der Eintragung in das Handelsregister (RGSt. 5, 162).

Wann Beschlußfähigkeit vorhanden ist, darüber vgl. Anm. 14 zu § 246.

Anm. 3. b) bei Ziffer 2: Daß der Konkurs nicht beantragt wird, obwohl ein Fall des § 240 Abs. 2 vorliegt. (Für Versicherungsgesellschaften vgl. § 109 PrivVersUntGes.) Wann ein Fall des § 240 Abs. 2 vorliegt, darüber vgl. die Erläuterung zu diesem Paragraphen. Nachträglicher Konkursantrag beseitigt die Strafbarkeit nicht. Der Konkurs soll zum Schutze aller Interessenten sofort beantragt werden, sobald die Voraussetzungen gegeben sind. Immerhin muß die Vorschrift, wenn sie nicht gegen die Absicht des Gesetzes wirken soll, doch dahin ausgelegt werden, daß nicht sofort im Momente, in dem sich der Vorstand von der Zahlungs-

unfähigkeit oder von der Überschuldung überzeugt, Konkurs beantragt werden muß. Eine mäßige Spanne Zeit kann vorübergehen, wenn diese dazu benutzt wird, um durch Geldbewilligung oder Stundung den Zustand zu beseitigen, und die schwebenden Verhandlungen nicht aussichtslos sind. Das RGSt. 37, 26 u. 326 und in JW. 05, 247[11] ist entgegengesetzter Ansicht. Es fordert sofortige Stellung des Antrages nach Erlangen der zweifelsfreien Erkenntnis, daß Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Versuche zur Beseitigung dieses Zustandes dürfen nicht gemacht werden. Die Auslegung des Gesetzes ist eine formale und berücksichtigt nicht die tatsächlichen Verhältnisse. Immerhin mahnt sie die Organe der Gesellschaft zur größten Vorsicht. Zu erwägen ist aber, daß auch nach Ansicht des RG. (50, 42) Zahlungsstockung noch keine Zahlungseinstellung ist. § 315.

2. **Subjektiv** ist der Nachweis des Verschuldens erforderlich, wie aus dem letzten Absatz hervorgeht. Der frühere Art. 249c hatte die eigentümliche Fassung, daß die Strafe gegen den nicht eintrete, der „nachweise, daß die Unterlassung ohne Verschulden unterblieben sei". Die wurde dahin ausgelegt, daß die objektiven Voraussetzungen genügen, der Angeklagte sich aber entschuldigen könne. Hiergegen wendet sich offensichtlich der Abs. 3 unseres Paragraphen. Es ist in unserem Paragraphen nur bestimmt, daß Straflosigkeit eintrete, wenn festgestellt wird, die Unterlassung sei ohne Verschulden des Angeklagten erfolgt. Über die Beweislast ist nichts gesagt. Mithin greift der allgemeine Grundsatz des Strafrechts Platz, daß dem Angeklagten seine Schuld bewiesen werden muß, jedoch genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes, daß der objektive Tatbestand festgestellt wird, und daß ferner ein Mangel des Verschuldens nicht erwiesen sei (vgl. Staub GmbH. Anm. 3 zu § 84; anders Stenglein Anm. 4; Lehmann-Ring Nr. 3; vgl. Goldmann Anm. 2). — Die Schuld kann Vorsatz oder Fahrlässigkeit sein (RG. in JW. 05, 551[7]). — Als genügende Entschuldigung werden nach Bewandtnis der Umstände Krankheit, Abwesenheit gelten, jedenfalls aber, daß die Gesellschaftsleiter das ihrige getan haben, um die Wahl des Aufsichtsrats herbeizuführen. Sie selbst können die Wahl nicht vornehmen. Sie können nur die Generalversammlung zu diesem Zwecke einberufen und ihr die Vorlage machen. Kommt hierbei eine Wahl nicht zustande, oder nimmt der Gewählte die Wahl nicht an, so sind die Leiter der Gesellschaft von ihrer Verantwortlichkeit frei. Ebenso sind sie frei, wenn die Gesellschaft die Mittel nicht besitzt, die die Einberufung einer Generalversammlung erfordert. Rechtsirrtum schließt die Fahrlässigkeit dann nicht aus, wenn es sich um Unkenntnis des Strafgesetzes handelt, wohl aber dann, wenn der Leiter der Gesellschaft trotz vorsichtiger Erkundigung über seine Pflichten im Irrtum geblieben ist (RGSt. 5, 161; vgl. auch Anm. 2 zu § 241). Anm. 4.

Subjekt der strafbaren Handlung ist jedes Vorstandsmitglied und jeder Liquidator; der letztere deshalb, weil auch während der Liquidation der Konkursfall eintreten kann, und jedes Mitglied ohne Rücksicht darauf ob es im Kollegium überstimmt ist, weil jedes den Antrag stellen kann (§ 208 KO.). Daher ist auch § 298 Abs. 2 zitiert. Nicht strafbar sind Aufsichtsratsmitglieder, die rechtmäßig ausgeschieden sind; sie sind nicht dafür haftbar, daß der Aufsichtsrat durch ihr Ausscheiden nicht die notwendige Zahl von Mitgliedern besitzt. Anm. 5.

3. **Strafe.** Die kumulativ vorgesehene Geldstrafe kann bei der Umwandlung in Gefängnisstrafe mehr betragen, als die Gefängnisstrafe. Die für den Fall der mildernden Umstände aber angeordnete Geldstrafe darf bei der Umwandlung jedenfalls nicht den Höchstbetrag der prinzipal angeordneten Gefängnisstrafe betragen (RGSt. 11, 132). Anm. 6.

Zusatz. Das Ordnungsstrafrecht ist hier nicht gegeben. Der Berliner Registerrichter wacht trotzdem darüber, daß immer ein gehörig besetzter Aufsichtsrat vorhanden ist (Anm. 5 zu § 319). Anm. 7.

§ 316.

Wer über die Hinterlegung von Aktien oder Interimsscheinen Bescheinigungen, die zum Nachweise des Stimmrechts in einer Generalversammlung dienen sollen, wissentlich falsch ausstellt oder verfälscht oder von einer solchen § 316.

§ 316. Bescheinigung, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zur Ausübung des Stimmrechts Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zehntausend Mark bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Anm. 1. **Falsche Bescheinigungen und Benutzung falscher Bescheinigungen zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung.** Die Vorschrift setzt ein Statut voraus, das die Hinterlegung von Aktien zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts erfordert. Bescheinigungen über solche Hinterlegungen dürfen nicht falsch ausgestellt werden, d. h. nicht von unlegitimierten Personen, und von den Legitimierten nicht über einen falschen Inhalt. Sonst sind die Aussteller strafbar und außerdem der Benutzer. Die Strafbarkeit des letzteren setzt aber voraus, daß er wußte, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht war. Zum Gebrauchmachen genügt, daß die Bescheinigung dem zur Prüfung zuständigen Organ zu dem Zwecke vorgezeigt wird, um sich als Stimmberechtigter zu legitimieren. Als solches zuständiges Organ ist die Person zu betrachten, die im Namen der Gesellschaft die Stimmrechtslegitimation prüft. Unter Umständen ist dies auch ein Türsteher, der zu kontrollieren hat, ob die in den Saal Tretenden die Bescheinigung oder die bei der Niederlegung ausgestellte Stimmkarte besitzen. Dagegen genügt nicht die Aushändigung der Bescheinigung an jemanden, der von ihr vertretungsweise Gebrauch machen soll; vielmehr muß jene Vorzeigung hinzukommen (RGSt. 1, 230). Die Stimmabgabe muß hinzutreten (dagegen Stenglein Anm. 5; Lehmann-Ring Nr. 3; Goldmann Anm. 2). Sonst kann man nicht sagen, daß von der falschen Bescheinigung „zur Ausübung des Stimmrechts Gebrauch gemacht ist"; vielmehr ist es sonst bei der vorbereitenden Handlung oder beim Versuch geblieben. Der letztere ist nicht strafbar (Anm. 2 zu § 312).

Gar nicht unter den Tatbestand fällt eine Manipulation der Art, daß eine echte Bescheinigung von dem legitimierten Inhaber mitten in der Versammlung einer anderen Person übergeben wird, damit diese in seinem Namen stimmen solle, während der Berechtigte die Versammlung verläßt. Handelt diese Person dem Auftrage gemäß — und bei großen Versammlungen kann dies sehr leicht unbemerkt geschehen —, so liegt intellektuelle Urkundenfälschung vor, weil der Notar veranlaßt wird, zu beurkunden, daß der Auftraggeber mitgestimmt hat, was doch nicht der Fall ist.

§ 317.

§ 317. Wer sich besondere Vortheile dafür gewähren oder versprechen läßt, daß er bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher besondere Vortheile dafür gewährt oder verspricht, daß Jemand bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme.

Lit.: Vgl. zu § 313; ferner Heinrich Jordan, Die Strafbarkeit des Stimmenkaufs im Aktienrecht 97; Simon in der Festschrift für Wilke 296.

Einleitung. **Der Paragraph wendet sich gegen den sogenannten Stimmenkauf.** Er will die Fälschung des Mehrheitswillens verhüten und durch seine Strafbestimmung verhindern, daß anders als aus freier Überzeugung gestimmt werde. Nachgebildet ist die Vorschrift dem § 243 KO.

Über die einzelnen Tatbestandsmerkmale ist folgendes zu bemerken:

Anm. 1. 1. **Bestraft wird der, der sich die Vorteile versprechen oder gewähren läßt, und auch der, der sie gewährt.** Letzteres ist erst im jetzigen HGB. eingeführt, früher war dies streitig

(vgl. unsere 5. Aufl. § 7 zu Art. 249e). Ob der, dem die Vorteile gewährt oder versprochen wurden, sich zum Stimmen oder zur Stimmenthaltung erboten hat, oder ob er nur dem Drängen des andern Teils gefolgt ist, ist gleichgültig (vgl. RGSt. 12, 122). In beiden Fällen sind beide strafbar. Die unentgeltliche Vertretung von Aktien und das Erbieten hierzu sind straflos (RG. bei Holdheim 14, 19). **§ 317.**

2. **Besondere Vorteile für das Stimmen in einem gewissen Sinne** oder für die Stimmenthaltung. Der Aktionär muß sich also die Freiheit seiner Entschließung durch besondere Vorteile, d. h. durch Vorteile, die sich nicht infolge der Abstimmung selbst ergeben, haben abkaufen lassen. Anm. 2.

a) Unter besonderen Vorteilen sind nicht bloß materielle zu verstehen, sondern auch ideelle oder sinnliche (zugesagte Protektion, Fetierung). Vgl. RGSt. 4, 48; 9, 166; Katz Anm. 4; Jordan a. a. O. 50; Frassati 457; Lehmann-Ring Nr. 3. Doch dies ist streitig. Anders Hergenhahn Anm. 4. Anm. 3.

b) Das Stimmen in gewissem Sinne oder die Stimmenthaltung (die Hinzufügung der Stimmenthaltung fehlte im früheren Art. 249e; nach Jordan a. a. O. 40 war sie ihm angeblich inhärent) muß zugesagt sein. Wer sich dafür, daß er überhaupt der Generalversammlung beiwohnen oder stimmen werde, bezahlen läßt, ist nicht strafbar, weil er die Freiheit seiner Entschließung nicht verkauft hat, desgleichen, wer sich dafür bezahlen läßt, daß er im bestimmten Sinne plädiert. Die Zusage des Stimmens in gewissem Sinne liegt aber schon dann vor, wenn man sich verbindlich gemacht hat, im Interesse einer bestimmten Person oder mit einer bestimmten Person zu stimmen, mit ihr durch dick und dünn zu gehen (zust. Jordan a. a. O. 41). Anm. 4.

Der Zweck braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden; die Erkennbarkeit des Zwecks genügt (RGSt. 11, 222). Daß unter dem Einfluß gestimmt wurde, ist nicht erforderlich; wenn Gareis-Fuchsberger (S. 437 Note 234) und ihnen folgend Förtsch (Anm. 5 zu Art. 249e), dieses Erfordernis aufstellen, so widerspricht dies dem Gesetze (zust. Lehmann-Ring Nr. 5; Jordan a. a. O. 3ff.; Stenglein Anm. 6). Ebenso ist es ohne Belang, ob der Bestochene sich der Abstimmung wirklich enthalten hat. — Als Abrede über Stimmenthaltung ist es natürlich aufzufassen, wenn die gänzliche Nichtteilnahme an der Generalversammlung seitens eines Stimmberechtigten zugesagt wird. Anm. 5.

Kein Verstoß liegt vor, wenn die Aktien dem Aktionär abgekauft werden, selbst wenn es in der ausgesprochenen Absicht erfolgt, ihn vom Stimmen zurückzuhalten; natürlich muß es sich jedoch um einen wirklichen, nicht um einen Scheinkauf handeln (vgl. RG. 38, 259). Das Reportkostgeschäft überträgt wirkliches Eigentum, fällt daher nicht unter § 317 (Simon a. a. O. 297).

3. Getroffen sind nicht nur Aktionäre, sondern auch Bevollmächtigte und gesetzliche Vertreter. Das sagen die M. z. AGes. v. 1884 (II 256) und die Ausleger wiederholen dies mit Recht, auch fügen die letzteren hinzu, daß auch solche Personen, die auf Grund einer Scheinübertragung in der Lage sind, eine Stimme abzugeben, sogenannte Strohmänner, getroffen sind. (Daß man gerade in dem Augenblicke des Versprechens Aktionär ist, ist nicht notwendig; auch wer erst im Hinblick darauf Aktien erwerben will, fällt darunter.) In bezug auf die Bevollmächtigten und Strohmänner aber muß zur Vermeidung von Irrtümern eine Erläuterung hinzugefügt werden. Anm. 6.

Was zunächst den Bevollmächtigten angeht, so bezieht sich das Strafverbot des vorliegenden Paragraphen nur insofern auf ihn, als er sich nicht von einem Dritten dafür bezahlen lassen darf, daß er in einem gewissen Sinne stimme oder sich der Stimme enthalte. Von seinem eigenen Auftraggeber kann er selbstverständlich dafür Belohnung annehmen, und der bezahlte Beauftragte ist nicht minder, wie der unbezahlte, verpflichtet, die Weisungen seines Auftraggebers zu befolgen. Das geht nicht nur aus den Grundsätzen des Mandats hervor (vgl. §§ 665, 675 BGB.), sondern auch aus dem Sinn des vorliegenden Paragraphen, die ja nur eine Fälschung des Mehrheitswillens verhindern will. Eine solche liegt aber nicht

§ 317. vor, wenn der Beauftragte im Sinne seines Auftraggebers sich verhält, da es für den Mehrheitswillen gleichgültig ist, wer die Stimme in diesem Sinne abgibt, wer sich der Abstimmung fernhält: Beauftragter oder Auftraggeber (zust. Lehmann-Ring Nr. 1; Stenglein Anm. 2).

Anm. 7. Der Strohmann steht hinsichtlich der vorliegenden Frage dem Bevollmächtigten gleich. Gilt er auch der Gesellschaft gegenüber als der eigentliche Aktionär, so ist er doch in bezug auf das innere Verhältnis zu dem, der ihm die Aktien zum Zwecke der Teilnahme an der Versammlung übertragen hat, der Beauftragte. Daß er sich für seine Teilnahme an der Generalversammlung und Abstimmung ungestraft bezahlen lassen darf, ist zweifellos (vgl. Anm. 6). Aber man muß weiter gehen und annehmen, daß der bezahlte Strohmann sich auch eine gebundene Marschroute auferlegen lassen darf. Er darf sich ungestraft verbindlich machen, in gewissem Sinne, nämlich im Sinne und Interesse seines Auftraggebers, zu stimmen oder sich der Stimme zu enthalten. Diesem gegenüber ist er ja sogar verpflichtet, nach seinen Weisungen zu handeln (vgl. Anm. 6) Auch hier ist eine Verfälschung des Mehrheitswillens nicht zu befürchten, da es für die Mehrheit gleichgültig ist, wer das Stimmrecht ausübt: Beauftragter oder Auftraggeber, wahrer Eigentümer oder Strohmann. In Berlin gibt es Personen, die gewerbsmäßig die Vertretung in Generalversammlungen übernehmen, selbstverständlich gegen Entgelt. Sie erhalten zu ihrer Legitimation Aktien, und werden von einem Hauptaktionär oder einer Aktionärgruppe angenommen, um sie durch ihre Beredsamkeit in der Durchsetzung ihres Standpunktes zu unterstützen, und dann selbstverständlich auch mit den Aktien in ihrem Sinne zu stimmen. In alle dem liegt nichts Unerlaubtes. So ist auch der Inhaber eines Inkassobureaus nach § 243 KO. nicht strafbar, wenn er sich einen Wechsel girieren läßt, lediglich zu dem Zwecke, um die Rechte des Gläubigers im Konkurse zu vertreten, dann nach den Anweisungen seines Auftraggebers für oder gegen den Zwangsvergleich stimmt, und sich für diese Tätigkeit von seinem Auftraggeber natürlich bezahlen läßt. Nur der starre Wortlaut des Gesetzes paßt auf solche Tatbestände, nicht sein Sinn und Geist, und daher ist zweifelsohne Straflosigkeit anzunehmen (zust. Lehmann-Ring Nr. 1; Jordan a. a. O. 15; Pinner 335; Katz Anm. 3; dagegen Stenglein 707, weil der Strohmann nicht Bevollmächtigter sei, aber er ist Beauftragter, und das entscheidet).

Anm. 8. 4. Nicht getroffen sind ferner Verabredungen von Aktionären über die Ausübung des Stimmrechts und Kompromisse. Die Abstimmungen in den Generalversammlungen sind ebensowenig, wie in Parlamenten, Zufallsergebnisse oder die Früchte der gepflogenen Diskussionen. Schon vorher bilden sich meist Gruppen von Aktionären. Die zu einer Gruppe Gehörigen verabreden sich vorher, in welchem Sinne sie stimmen werden. Selbstverständlich setzt da jeder voraus, daß alle zur Gruppe Gehörigen in demselben Sinne stimmen werden, und nur unter dieser Voraussetzung verspricht jeder, selbst so zu stimmen. Die zu verschiedenen Gruppen Gehörigen aber schließen oft unmittelbar vor der Abstimmung Kompromisse. Es wird z. B. vereinbart, daß man von den gegenseitig aufgestellten Wahlkandidaten einzelne fallen läßt und dafür von jeder Gruppe einzelne Kompromißkandidaten wählt. Auch hier verpflichtet man sich, in gewissem Sinne auf Grund des Versprechens zu stimmen, daß auch die andern so stimmen werden. Alle diese Verabredungen sind durch den vorstehenden Paragraphen nicht verboten. Es liegt hier nicht das Erfordernis der besonderen Vorteile vor. Besondere Vorteile dürfen eben nicht solche sein, die sich aus der betreffenden Abstimmung ergeben, sondern die außerhalb ihrer liegen (zust. Lehmann-Ring Nr. 3; Jordan a. a. O. 55; Pinner 335; Rießer Neuerungen, 81).

Anm. 9. 5. **Abstimmungen in den Generalversammlungen** sind gemeint, nicht Abstimmungen im Schoße des Vorstandes und Aufsichtsrats, natürlich auch nur Abstimmungen in Generalversammlungen deutscher Gesellschaften, das Ausland mag sein Aktienrecht selbst schützen. Auch die Benutzung der Aktien zu sonstigen Zwecken, wie sie besonders § 318 hervorhebt, ist hier nicht getroffen. Meist werden solche Abmachungen gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb ungültig sein. Indessen kann hier nur von Fall zu Fall entschieden werden.

6. **Über Zuständigkeit, Versuch, Teilnahme** vgl. Anm. 4 zu § 313, wegen Übergangsbestimmungen Vorbm. zu § 312. **§ 317. Anm. 10.**

7. **Zivilrechtlich** sind Abreden, die den § 317 verletzen, nichtig (§ 134 BGB.). Vgl. OLG. Colmar in OLGR. 6, 503. **Anm. 11.**

§ 318.

§ 318. Wer die Aktien eines Anderen, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder zur Ausübung eines der in den §§ 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 bezeichneten Rechte benutzt, wird mit einer Geldstrafe von zehn bis dreißig Mark für jede der Aktien, jedoch nicht unter eintausend Mark, bestraft. Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Aktien eines Anderen gegen Entgelt leiht und für diese eines der vorbezeichneten Rechte ausübt, sowie denjenigen, welcher hierzu durch Verleihung der Aktien wissentlich mitwirkt.

Lit.: vgl. zu § 317.

Der Paragraph wendet sich gegen den Mißbrauch fremder Aktien zum Zwecke der Fälschung des Mehrheitswillens.

I. **Es werden bestraft:**

1. **Wer die Aktien eines andern, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts benutzt.** Die Vorschrift wendet sich vornehmlich gegen die frühere Praxis der Bankhäuser, die in ihrem Depot befindlichen Aktien (vgl. Anm. 8 zu § 252) ohne Zustimmung der Deponenten als ihre eigenen anzumelden und mit ihnen zu stimmen (RB. z. AGes. von 1884, 39). **Anm. 1.**

a) Die Aktien eines anderen. Hier kommt nicht das Verhältnis zur Gesellschaft, nicht die Inhaberschaft der Aktien oder die Eintragung in das Aktienbuch in Betracht, sondern das Verhältnis unter den Beteiligten. Durch Reportgeschäft erworbene sind die eigenen Aktien des Erwerbers (Katz Anm. 2). **Anm. 2.**

b) Zu dessen Vertretung er nicht befugt ist. Die Befugnis zur Vertretung kann auf General- oder Sondervollmacht, Prokura, Handlungsvollmacht, auch auf einem gesetzlichen Vertretungsverhältnis, z B. als Vormund, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker usw., beruhen, Depositum, Pfandrecht und Pfändungspfandrecht gewähren an sich kein solches Vertretungsrecht, das Depot und das Pfandrecht jedoch dann, wenn es irregulär ist, d. h. wenn der Pfandnehmer oder Depositar das Recht hat, andere Stücke statt der deponierten oder verpfändeten wiederzugeben, und die Aktien bereits in das Eigentum des Depositars oder Gläubigers übergegangen sind. Im übrigen vgl. über die Frage, wer zum Stimmen berechtigt ist Anm. 5 ff. zu § 252; insbesondere über das Recht des Bankiers betreffend bei ihm hinterlegte Aktien Anm. 8. — Beim Konsortialgeschäft hat jeder Konsorte das Recht, mit seinen Aktien zu stimmen; aber auch der Konsortialleiter hat kein höheres Recht, also nicht die Befugnis, mit allen Aktien des Konsortiums zu stimmen, es sei denn, daß dem Leiter dies Recht durch den Konsortialvertrag eingeräumt ist. **Anm. 3.**

c) Ohne dessen Einwilligung. Wer nicht kraft seiner Rechtsstellung zum Eigentümer der Aktien das Recht hat, diesen zu vertreten, muß, wenn er gleichwohl die Aktien zur Ausübung der hier in Rede stehenden Aktionärrechte benutzen will, die Einwilligung des Eigentümers haben. Die Einwilligung kann schriftlich oder mündlich, auch durch konkludente Handlungen, erklärt werden. So wird es sicher genügen, wenn das Bankhaus mit Beziehung auf die angekündigte Generalversammlung seinen Kunden mitteilt, daß es, wenn keine Gegenorder eingeht, die im Depot befindlichen Aktien in der Generalversammlung vertreten werde. Vorsichtige Bankhäuser bringen in ihre Geschäftsbedingungen einen Passus hinein, wonach sie berechtigt sein sollen, die deponierten Aktien in den Generalversammlungen zu vertreten. Das **Anm. 4.**

§ 318. ist gültig (vgl. Simon 294). Dagegen vergeht sich gegen den vorliegenden Paragraphen, wer die Aktien ohne allgemeine oder besondere Erlaubnis benutzt und dabei nur voraussetzt, daß der Aktionär, wenn er gefragt worden wäre, die Erlaubnis erteilt haben würde. Denn immerhin liegt in solchem Falle die Einwilligung nicht vor. Auch genügt es nicht, wenn die Einwilligung nachträglich nach Ausübung des Stimmrechts erteilt wird. Die strafbare Handlung ist dann schon begangen (Stenglein Anm. 3).

Anm. 5. Die Erlaubnis kann erteilt werden durch Mandat. Sie kann aber auch erteilt werden durch einen — unentgeltlichen — Leihvertrag.

Anm. 6. Die Einwilligung kann endlich auch in sonstigen Verträgen erteilt werden. So kommt es häufig vor, daß bei Gelegenheit der Verpfändung von Aktien einem Darlehnsgeber und Pfandnehmer das Stimmrecht eingeräumt wird. Die Einräumung des Stimmrechts in solchen oder ähnlichen Verträgen ist zulässig, so lange solche Verträge nur nicht in der Hauptsache darauf abzielen, die Übertragung des Stimmrechts zu bewirken (vgl. Hachenburg im BankA. II 135). Alsdann wäre es eine entgeltliche Leihe und verstieße gegen Satz 2 unseres Paragraphen. Auch Verträge, die dies umgehen wollen, die z. B. in die Form eines Kaufvertrages gekleidet sind, aber offensichtlich lediglich oder hauptsächlich jenes Endziel verfolgen, verstoßen gegen Satz 2 (RG. 38, 259).

Anm. 7. d) Zur Ausübung des Stimmrechts und zur Ausübung von gewissen Minderheitsrechten (insbesondere Einberufung einer Generalversammlung, Anfechtungsklage, Nichtigkeitsklage) muß die Benutzung erfolgen und zwar muß sie erfolgt sein, wenn das Vergehen vorliegen soll (dagegen Goldmann Anm. 1). Beim Stimmrecht z. B. muß wirklich auf Grund der Aktien abgestimmt sein, bloße Anmeldung zur Generalversammlung genügt nicht, auch nicht Anmeldung und sonstige Teilnahme an der Generalversammlung.

Anm. 8. 2. **Wer die Aktien gegen Entgelt leiht.** Das Verleihen liegt auch dann vor, wenn jemand gestattet, daß seine Aktien auf seinen Namen angemeldet und zum Stimmen benutzt werden, und er gegen Entgelt die Vollmacht erteilt (Petersen-Pechmann 629). Der Hauptton aber liegt auf Entgelt. Das Leihen von Aktien kommt im Aktienverkehr außerordentlich häufig vor. Wer nicht genügend Stimmen hat, um seine Meinung durchzusetzen, wendet sich an ihm bekannte Firmen, und erbittet sich Aktien zur Erlangung der Mehrheit. Solange hierfür nichts gezahlt wird, ist dagegen nichts einzuwenden und die in der unentgeltlichen Leihe liegende Erlaubnis zur Benutzung bei der Abstimmung kann auch nicht einmal zurückgezogen werden (s. Anm. 5). Das Entgelt braucht nicht in einer baren Entschädigung zu liegen, die Gewährung jeden Vorteils genügt zum Verstoß gegen unseren Paragraphen (RG. 38, 259). Über Umgehung durch Einkleidung in andere Verträge s. Anm. 6.

Anm. 9. II. **Nicht getroffen und straflos ist das sogenannte Strohmännertum,** wenn der Strohmann für die Überlassung der Aktien nicht Entschädigung zu leisten sich verpflichtet.

Bankhäuser erlassen in den Tageszeitungen Annoncen, in denen sie sich zur Vertretung in Generalversammlungen anbieten. Schon zivilrechtlich ist eine solche Manipulation nach jeder Richtung gesetzlich, wie in Anm. 16 zu § 222 und Anm. 17 zu § 223 auseinandergesetzt ist. Strafrechtlich gilt dies erst recht, und es muß für unzulässig erklärt werden, wenn hin und wieder in Generalversammlungen die Strohmänner gewarnt werden, mit abzustimmen, weil sie sich dadurch angeblich strafbar machen (RG. bei Holdheim 14, 19).

Anm. 10. Das Strohmännertum ist auch dann straflos, wenn es sich als Verteilung von Aktien zum Zwecke der Umgehung der Beschränkungen darstellt, denen die Besitzer einer Mehrzahl von Aktien hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts für die mehreren Aktien statutenmäßig unterliegen. Ob ein so zustande gekommener Beschluß zivilrechtlich anfechtbar ist, ist schon in Anm. 19 zu § 223 auseinandergesetzt. Daß nichts Strafbares darin liegt, ist von der Reichstagskommission (KB. z. AGes. v. 1884, 39) ausgesprochen worden.

Anm. 11. Man muß aber weitergehen und auch eine Schiebung der Art, daß der, der durch die Abstimmung entlastet werden soll, oder mit dem ein Rechtsgeschäft geschlossen werden soll, seine Aktien einem andern zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts übergibt, für

straflos erklären (zust. Lehmann-Ring Nr. 7; Katz Anm. 6; vgl. KB. z. neuen HGB. 98). **§ 318.** Ob zivilrechtliche Anfechtbarkeit vorliegt, darüber vgl. Anm. 19 zu § 223.

III. **Über Strafe, Versuch, Teilnahme, Konkurrenz, Zuständigkeit** vgl. Anm. 4 zu § 313; die angedrohte Geldstrafe ist trotz des Ausdrucks „10—30 Mk. für jede der Aktien" nicht für jede Aktie, sondern für jede Straftat zu verhängen (Petersen-Pechmann 629; Stenglein Nr. 7). Wegen Übergangsbestimmungen s. Vorbm. zu § 312. Anm. 12.

IV. **Zivilrechtlich** sind die gegen § 318 verstoßenden Abreden nichtig (§ 134 BGB.), auch wenn sie sich in die Form eines anderen Rechtsgeschäfts einkleiden (RG. 38, 260). Anm. 13.

Exkurs zu § 318.

Exk. zu § 318.

Betrügerische Einwirkungen auf den Kurs und betrügerische Bekanntmachungen zum Zwecke der Verleitung zum Ankauf und Verkauf von Wertpapieren.

Lit.: Kommentare zum Börsengesetz; vgl. Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze 03, 236.

I. Diese Materie war früher im Art. 249d HGB. geregelt. Dieser ist jetzt durch § 75 BörsG. gegenstandslos geworden. Art. 249d Ziff. 2 ist durch § 80 des Börsengesetzes aufgehoben. Die Ziff. 1 des früheren Art. 249d hatte zwar einen Tatbestand aufgestellt, zu dem die betrügerische Absicht nicht gehörte, während diese im § 75 des Börsengesetzes in den Tatbestand der entsprechenden Straftat aufgenommen ist. Allein man wird annehmen müssen, daß das alte HGB. in seinem ganzen Umfang durch das jetzige HGB. aufgehoben ist, obgleich das nirgends ausgesprochen, im Gegenteil gesagt ist, daß die bestehenden Reichsgesetze durch das HGB. nicht aufgehoben sind (Art. 2 Abs. 2 des EG. z. HGB.). Demgemäß gilt auch der Art. 249d in allen seinen Teilen als aufgehoben. Anm. 1

II. **§ 75 des Börsengesetzes lautet:** Anm. 2.

> Wer in betrügerischer Absicht auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, um auf den Börsen- oder Marktpreis von Waaren oder Werthpapieren einzuwirken, wird mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.
>
> Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.
>
> Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher in betrügerischer Absicht wissentlich unrichtige Angaben in Prospekten (§ 38) oder in öffentlichen Kundgebungen macht, durch welche die Zeichnung oder der Ankauf oder Verkauf von Werthpapieren herbeigeführt werden soll.

III. **Zwei Tatbestände sind es, die der § 75 des Börsengesetzes unter Strafe stellt.** Anm. 3.

1. (Abs. 1.) **Betrügerische Einwirkungen auf den Kurs oder den Marktpreis von Waren oder Wertpapieren.**

a) Betrügerische Absicht. Die Absicht, andere zu benachteiligen (M. z. AGes. v. 1884 II 254), reicht nicht aus. Vielmehr muß der Täter die gleiche Absicht in allgemeiner Richtung haben, wie sie in besonderer Richtung zum Betrugsversuche gehört: er muß täuschen wollen, muß einen rechtswidrigen Vermögensvorteil sich verschaffen wollen und muß wissen, daß er andere schädigen werde oder wenigstens könne (dolus eventualis).

b) Auf Täuschung berechnete Mittel. Zur Täuschung geeignet brauchen sie allerdings nicht zu sein, weder überhaupt, noch auch im besonderen Falle (vgl. Plenarentscheidung RGSt. 1, 439). Indessen wird man bei Mitteln, die überhaupt nicht geeignet sind, wohl meist den Rückschluß ziehen müssen, daß alsdann auch der Täter bei ihrer Anwendung nicht auf Täuschung gerechnet hat. Das wird insbesondere bei fingierten Telegrammen oder fingierten Briefkastennotizen einer Zeitschrift im Auge zu behalten sein. Bestand die Fiktion nur darin, daß sich die Notizen als Antworten auf in Wahrheit nicht gestellte Fragen darstellen, so wird, wenn die Antwort sachlich richtig ist, ein auf Täuschung berechnetes Mittel schwerlich vorliegen. Anm. 4.

Wirklich auf Täuschung berechnete Mittel sind Scheingeschäfte an der Börse, durch die man den Glauben erweckt, als sei der Kurs durch wirkliche Geschäfte erzielt (M. z. AGes. Anm. 5.

Exkl. zu § 318. v. 1834 II 254). Und es ist schon bedenklich, wenn die Reichstagskommission (KB. z. AGes. v. 1884, 38) „das bei Einführung neuer Papiere vielfach an der Börse vorkommende und nach allgemeiner Ansicht zulässige Abschließen fingierter Käufe und Verkäufe, um nur überhaupt erst einen Kurs festzustellen, ohne hinzutretende betrügerische Absicht für nicht strafbar" erklärt.

Anm. 6. Andere Täuschungsmittel sind: Falsche Berechnungen auf Grund der von der Verwaltung veröffentlichten Berichte; falsche Gruppierungen der betr. Zahlen; falsche Schlußfolgerungen, immer aber den dolus vorausgesetzt. Auch wird man beim bloßen Aussprechen von Meinungen, Hoffnungen, Urteilen das Strafgesetz nur vorsichtig anwenden dürfen. Ob Meinungen und Urteile zutreffend sind oder nicht, und wenn unzutreffend, ob sie absichtlich falsch ausgesprochen sind oder der Überzeugung des Schreibers entsprochen haben, läßt sich schwer feststellen. Man bewegt sich da auf einem sehr unsicheren Boden. Ob es berechtigt war, eine Hoffnung auszusprechen, die sich nachträglich als trügerisch erwiesen hat, darüber ist man später, wenn man die Entwicklung der Ereignisse gesehen hat, geneigt, strenger zu urteilen. Jedenfalls aber braucht nicht, wie beim Betruge, Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung von Tatsachen vorzuliegen (RGSt. 23, 139 u. 440).

Anm. 7. c) Die Absicht, auf den Börsen- oder Marktpreis von Waren oder Wertpapieren (zu welchen letzteren auch die Aktien gehören) einzuwirken. Auf den Erfolg kommt es nicht an; auch nicht auf die Art, in der man einwirken wollte: ob die Preise steigen oder fallen, oder das Steigen oder Fallen gehindert, der Kurs „gehalten" werden soll. Auch das ist gleichgültig, ob der Täter bestimmte Wertpapiere oder Waren im Auge hatte; auch dann, wenn er auf den ganzen Börsenmarkt belebend oder ermattend einwirken will, liegt die strafbare Handlung vor. — Um Aktien aber braucht es sich jetzt nicht mehr zu handeln, sondern nur um Waren oder Wertpapiere. Über diese Begriffe siehe Anm. 39ff. zu § 1. Daß die Wechsel dazu gehören, hebt § 80 des Börsengesetzes besonders hervor; sie würden sonst nur dann dazu gehören, wenn sie an Order gestellt sind (Anm. 40 zu § 1), kommen aber auch nur in dieser Eigenschaft in Betracht. Zu den Wertpapieren rechnet § 80 des Börsengesetzes auch ausländische Geldsorten. Aktien gehören in jeder Form dazu, auch wenn sie zunächst nur durch Interimsscheine verbrieft sind, nicht aber, wenn sie überhaupt nicht verbrieft sind, weil sie dann nicht zu den Wertpapieren gerechnet werden können. Nach der früheren Nr. 2 des Art. 249d gehörte auch der Kurs unverbriefter Aktien dazu. Die Strafvorschrift konnte jetzt eingeengt werden, weil der Handel „per Erscheinen" d. h. in noch nicht verbrieften Aktienrechten durch § 40 des Börsengesetzes untersagt wurde. Unter Kurs ist jede in die Öffentlichkeit tretende Feststellung des Durchschnittspreises einer Aktie, nicht nur der amtlich notierte Durchschnittspreis zu verstehen. Die Absicht unmittelbarer Einwirkung ist nicht vorausgesetzt, weshalb z. B. der Tatbestand erschöpft ist, wenn jemand einer Zeitungsredaktion einen falschen Bericht sendet, damit diese ihn veröffentliche und auf diese Weise auf den Kurs gewirkt werde (RGSt. 23, 141).

Anm. 8. 2. (Abs. 3.) **Betrügerische Veröffentlichungen zum Zwecke des An- und Verkaufs von Wertpapieren.**

a) Betrügerische Absicht ist gefordert. Darüber siehe Anm. 3. Ein schadenbringender Erfolg braucht nicht eingetreten zu sein.

Anm. 9. b) Die Bekanntmachung muß ein Prospekt nach § 38 des Börsengesetzes oder eine sonstige öffentliche Kundgebung sein. Diese braucht nicht gerade in einer periodischen Druckschrift oder in einer Broschüre zu erfolgen, auch Börsenanschläge oder Zirkulare genügen. Es muß ein Leserkreis sein, der nicht bestimmt begrenzt ist, an den sich die Bekanntmachung richtet. Als Veröffentlicher gilt der, der sich mittels ihrer an das Publikum wendet. Auf die Unterschrift kommt es dabei nicht an (vgl. Anm. 1 zu § 203).

Anm. 10. c) Wissentlich unrichtige Angaben müssen es sein. Die Entstellung wahrer Tatsachen ist nicht hervorgehoben. Meist wird darin eine unrichtige Angabe liegen. Denn die entstellte Wahrheit ist eben eine Unwahrheit. Das Verschweigen wahrer Tatsachen ist ebenfalls nicht

hervorgehoben. Unter Umständen wird darin eine unrichtige Angabe liegen, jedoch natürlich nicht immer. **Erl. zu § 318.**

d) **Die Kundgebung muß den Zweck haben, die Zeichnung oder den An- und Verkauf von Wertpapieren herbeizuführen.** Jeder Erwerb und jede Veräußerung fällt darunter. Auf den Erfolg kommt es dabei nicht an. Auch eine förmliche Aufforderung ist nicht erforderlich. Das Wertpapier kann ein ausländisches oder ein inländisches sein. Es kann an der Börse gehandelt werden oder nicht. Dagegen genügt es nicht, daß auf den Handel mit sonstigen Waren in dieser Weise eingewirkt wird. Zum Tatbestande dieser Straftat (anders als bei der Tat des Abs. 1) reicht das nicht aus (darin kann jedoch unter Umständen ein Verstoß gegen die §§ 1 und 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs liegen). Anm. 11.

IV. **Beide Vergehen können auch durch die Presse begangen werden.**

1. Ist dies der Fall, so greift zunächst § 20 Abs. 1 des Preßgesetzes Platz. Er lautet: „Die Verantwortlichkeit für Handlungen, deren Strafbarkeit durch den Inhalt einer Druckschrift begründet wird, bestimmt sich nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen." Es ist daher zunächst der zu bestrafen, auf den die Tatbestandsmerkmale einer Straftat zutreffen, der, von dem festgestellt wird: bei Abs. 3, daß er die Bekanntmachung erlassen und dabei wissentlich unrichtige Angaben in betrügerischer Absicht, gemacht hat, bei Abs. 1, daß er in dieser Absicht dieses Mittel angewendet hat, um auf den Kurs von Waren oder Wertpapieren einzuwirken. Bei Abs. 3 wird, wenn die übrigen Merkmale zutreffen, der Redakteur, der Inserent, der Mitarbeiter, der den Artikel gezeichnet hat, darunter zu verstehen sein, nicht auch der Verleger. Denn man kann nicht sagen, daß der Verleger die Bekanntmachung erläßt, daß diese von ihm ausgeht. Er sorgt nur für ihre Verbreitung. Wohl aber kann der Verleger als Anstifter oder als Gehilfe bestraft werden. Bei Abs. 1 dagegen kann der Verleger oder Herausgeber sehr wohl derselbe sein, der sich dieses Mittels bedient. Bei einem zur Unterstützung eines Bankgeschäfts geschriebenen Börsenblatte wird die Sache wohl meist so gehandhabt, daß das Bankgeschäft das Blatt in Verlag nimmt und Redakteure engagiert, die auf Anweisung des Bankiers bald diese, bald jene Papiere empfehlen oder von ihrer Anschaffung abraten. Wird hierbei im Auftrage des Verlegers getäuscht, in der Absicht, auf den Kurs zu wirken, so ist der Verleger der Täter. Hier wird der Redakteur als Teilnehmer zu bestrafen sein (übrigens fällt die Unterhaltung eines solchen Börsenblattes unter die Strafvorschrift des § 78, wenn dadurch andere unter Ausbeutung ihrer Unerfahrenheit und ihres Leichtsinns zu Börsenspekulationsgeschäften, die nicht zu ihrem Gewerbebetriebe gehören, verleitet werden). — Über die Verantwortlichkeit des Verfassers des Artikels vgl. Stenglein Anm. 1. Es wird darauf ankommen, ob er die Unwahrheit kannte und sich des Zwecks der Arbeit bewußt war. Anm. 12.

2. Das Preßgesetz hat aber darüber hinaus eine gegen den Redakteur einer periodischen Zeitschrift gerichtete besondere Verantwortlichkeit festgesetzt. § 20 Abs. 2 lautet: „Ist die Druckschrift eine periodische, so ist der verantwortliche Redakteur als Täter zu bestrafen, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Täterschaft ausgeschlossen wird." Diese Vorschrift enthält eine Beweiserleichterung, doch eine solche von folgenschwerer Art: zur Bestrafung gehört zwar der Vorsatz, doch wird er präsumiert. Die Präsumtion kann durch den Nachweis besonderer Umstände entkräftet werden; dies sind jedoch nicht besonders geartete, außergewöhnliche, sondern die besonderen Umstände des Falles, aus denen hervorgeht, daß dem verantwortlichen Redakteur der Vorsatz fehlte (RGSt. 22, 65, auch 223 und Stenglein Anm. 2). Anm. 13.

3. Wenn endlich nach Abs. 1 und 2 des § 20 des Preßgesetzes die Strafbarkeit nicht begründet ist, so bleibt immer noch die im § 21 des Preßgesetzes vorgesehene Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit übrig. Anm. 14.

V. **Über Strafe, Versuch, Teilnahme, Konkurrenz** s. Anm. 4 zu § 313. Wenn die Geschädigten ermittelt werden, so konkurriert hier überall Betrug. Verjährung tritt bei Preßdelikten in sechs Monaten ein (§ 22 des Preßgesetzes). Wegen Übergangsbestimmungen s. Anm. 3 § 312. Anm. 15.

§ 319.

§ 319. Die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sind zur Befolgung der im § 240 Abs. 1, im § 246 Abs. 1, im § 260 Abs. 2, im § 263 Abs. 1, im § 267 Abs. 1, 2, im § 272 Abs. 4, im § 299 und im § 302 Abs. 2 enthaltenen Vorschriften von dem im § 195 bezeichneten Gerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2.

In Betreff der im § 195 Abs. 1, im § 277 Abs. 1, im § 280 Abs. 1, im § 284 Abs. 1, im § 304 Abs. 3 sowie im § 305 Abs. 2 vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister findet, soweit es sich um die Anmeldungen zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, eine Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 14 nicht statt.

Lit.: Delius in ZHR. 38, 426; Biberfeld in ZgA. 02, 141.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt Ergänzungen zum Ordnungsstrafrecht im Aktienwesen.** Das Ordnungsstrafrecht ist wohl zu unterscheiden von der Tätigkeit des Handelsgerichts bei Eintragungen von Beschlüssen und Vereinbarungen und Erlaß von Anordnungen, wie z. B. im § 254 und § 266. Diese letzteren Tätigkeiten tragen einen richterlichen, wenn auch nicht gerade prozeßrichterlichen Charakter. Vermittelst der Ordnungsstrafe dagegen übt der Registerrichter eine Art Disziplinargewalt über die Gesellschaftsorgane aus.

Anm. 1. 1. **Das Recht des Registergerichts zum Eingreifen, das Ordnungsstrafrecht, unterfällt zunächst der allgemeinen Vorschrift des § 14.** Dort ist die allgemeine Vorschrift gegeben, daß wer eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen hat, hierzu vom Registergericht durch Ordnungsstrafen anzuhalten ist. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf die zahlreichen Anmeldungs-, Zeichnungs- und Einreichungsvorschriften im Aktienrecht.

Anm. 2. 2. **Der vorliegende Paragraph fügt in Abs. 1 eine Reihe von anderen Verpflichtungen der Aktiengesellschaftsorgane hinzu, die dem Ordnungsstrafrecht unterliegen.** Zur Verhängung dieser Ordnungsstrafen ist das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (das ist das im § 195 bezeichnete Gericht), zuständig. Im übrigen ist dieser Zwang durch Ordnungsstrafen an den betreffenden Stellen erwähnt. Das Verfahren regelt sich nach §§ 132 ff. FGG. Zu bestrafen sind stets die verpflichteten physischen Personen, nie die Gesellschaft als solche (KGJ. in OLGR. 4, 463 und in KGJ. 30 A S. 127). Sind nur einzelne der Verpflichteten renitent, so findet gegen sie das Ordnungsstrafverfahren statt (LG. Hamburg bei Holdheim 13, 198).

Anm. 3. 3. **Andererseits sind mehrere Anmeldungsvorschriften dem Ordnungsstrafzwang entrückt:** nämlich die Anmeldung der Gründung, jeder Kapitalserhöhung und jeder Statutenänderung. Hier ist der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig. Das öffentliche Recht ist aber an dem Eintritt dieses Rechtserfolges nicht interessiert. — Ist aber die Anmeldung und Eintragung am Sitze des Gerichts erfolgt, so ist die Eintragung am Sitze der Zweigniederlassung zu erzwingen (§§ 201, 286).

Jedoch muß jeder Generalversammlungsbeschluß eingereicht werden, selbst wenn er nicht zur Eintragung angemeldet wird (Anm. 10 zu § 259). Dies ist durch Ordnungsstrafen (§ 14) erzwingbar.

Anm. 4. 4. **Damit ist aber die Disziplinargewalt des Registergerichts über die Aktiengesellschaftsorgane erschöpfend geregelt.** Das Registergericht hat nicht etwa eine allgemeine Disziplinargewalt über die Organe der Aktienvereine (KGJ. 1, 11). Insbesondere darf es keine Ordnungsstrafe über Mitglieder des Aufsichtsrats verhängen (OLG. Dresden in ZHR. 35, 249), kann auch die Vorstände nicht zur Erfüllung nur statutarischer Verpflichtungen anhalten (dasselbe

Gericht ebenda 250) oder zur Erfüllung anderer gesetzlicher Verpflichtungen, als sie der § 14 oder unser Paragraph im Auge hat, z. B. zur Veranlassung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern (LG. Altenburg in ZHR. 40, 475); kann auch nicht die Gültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen prüfen, die der Eintragung nicht bedürfen (KGJ. 12, 35) oder Korrekturen der Bilanz verlangen, wenn ihre Ansätze den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, z. B. die erforderlichen Abschreibungen nicht gemacht sind (zust. OLG. Hamburg bei Holdheim 7, 193. Über die Stellung des Registerrichters zu den Generalversammlungsbeschlüssen vgl. Anm. 21 ff. zu § 273, über sein Prüfungsrecht gegenüber der Bilanz Anm. 5 zu § 265). Demgemäß hatte der Registerrichter auch keine Befugnis, die alten Gesellschaften zur Umbildung ihrer Statuten in Gemäßheit der neuen Gesetzesvorschriften zu zwingen (OLG. Dresden in ZHR. 35, 249). Dagegen wird man ihm wohl das Recht zugestehen müssen, in allen Fällen, in denen er befugt ist, die Erfüllung der Pflicht durch Ordnungsstrafen zu erzwingen, auf gleiche Weise auch den Nachweis der erfüllten Pflicht zu verlangen, und auch das Recht auf Einsicht der Geschäftsbücher ist ihm zum Zwecke der Ausübung seines Aufsichtsrechts zu gewähren (LG. Weimar in ZHR. 43, 332; dagegen Lehmann-Ring Nr. 4). **§ 319.**

Der Berliner Handelsregisterrichter übt seine überwachende Tätigkeit aber in viel weiterem Umfange aus. Obwohl er hierzu ein Zwangsmittel nicht hat, fordert er die Vorstände auf, für Bestellung des Aufsichtsrats zu sorgen, wenn dieser nicht vollzählig ist; verlangt er redaktionelle Änderungen der Statuten, wo ihr Wortlaut zu Zweifeln Anlaß gibt; verlangt er, wenn die Statuten mehrfach stückweise geändert sind, eine neue Gesamtredaktion, ja sogar einen Neudruck der Statuten und Überreichung eines Druckexemplars zu den Gerichtsakten; ja er verfolgt sogar die Anzeigen im Reichsanzeiger über bevorstehende Generalversammlungen, prüft, ob diese dem Gesetze und Statut entsprechen, und fordert zur Änderung auf, wenn sie gegen jene Vorschriften verstoßen, wenn z. B., wogegen häufig gefehlt wird, den Statuten zuwider der Name der Vorstandsmitglieder in der Bekanntmachung fehlt. Er bewegt sich bei dieser ganzen Tätigkeit mehr in patriarchalischen, als in streng gesetzlichen Formen. Immerhin widerstrebt seine Tätigkeit, da er in solchen Fällen keine Ordnungsstrafen androht, nicht dem Gesetze und ist eine außerordentlich segensreiche und nachahmungswerte. Anm. 5.

5. **Alles nähere über die Ordnungsstrafen** (Höhe, Verfahren usw.) siehe Anm. 3 ff. zu § 14. Über die Frage, inwieweit Aktionäre gegen die Eintragung von Generalversammlungsbeschlüssen das Beschwerderecht haben, vgl. Anm. 26 zu § 273. Anm. 6.

Vierter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320.

Mindestens ein Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (persönlich haftender Gesellschafter), während die übrigen sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligen (Kommanditisten). **§ 320.**

Das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, bestimmt sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften.

Im Uebrigen gelten für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes

§ 320. ein Anderes ergiebt, die Vorschriften des dritten Abschnitts über die Aktiengesellschaft.

Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Abs. 1) **und gibt an, welche Vorschriften grundsätzlich für diese gelten sollen** (Abs. 2 und 3).

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft auf Aktien** sind folgende: Mindestens ein Gesellschafter haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (persönlich haftender Gesellschafter oder Komplementar); die übrigen „beteiligen sich mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital" (Kommanditisten). Das Gesetz ordnet nicht, wie bei der Kommanditgesellschaft, eine Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern an. Die sogenannten Kommanditisten sind infolgedessen keine Kommanditisten, die Gesellschaft weder eine Kommanditgesellschaft, noch eine Abart, weil eben dieses wichtige Begriffsmerkmal (Haftung aller Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) fehlt. Die Kommanditisten beteiligen sich vielmehr mit „Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital". Sie beteiligen sich also in derselben Weise, wie die Aktionäre bei der Aktiengesellschaft. Aber dadurch wird die Aktienkommanditgesellschaft keine Aktiengesellschaft, auch keine Abart, obgleich wegen dieser Annäherung eine große Reihe von Vorschriften über die Aktiengesellschaften auf sie Anwendung finden. Die Aktienkommanditgesellschaft enthält Elemente beider Gesellschaften: von der Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter, von der Aktiengesellschaft die Beteiligung der anderen Mitglieder in der Art von Aktionären. Aber sie ist weder eine Kommanditgesellschaft, noch eine Aktiengesellschaft, noch eine Abart einer dieser beiden Gesellschaften, sondern eine Gesellschaft sui generis.

Anm. 2. **Sie fällt unter den Gattungsbegriff der juristischen Person.** Dies war nach früherem Recht streitig, kann aber jetzt als allgemeine Ansicht angesehen werden (vgl. Reichau: Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien ein rechtsfähiger Verein? 02; Dähnhardt: Die rechtliche Natur der Kommanditgesellschaft auf Aktien 02; Lehmann-Ring Nr. 1; Makower I 786 II; Pinner 341; Dernburg I § 80; Simon ZHR. 49, 27; Jörges ebenda 170; Neukamp bei Holdheim 11, 245; Gareis, Lehrbuch § 37 III; dagegen Cosack § 123 I). Das jetzige HGB. stellt die Aktienkommanditgesellschaft nicht mehr, wie bisher, als Unterart der Kommanditgesellschaft hin; es gliedert sie vielmehr der Aktiengesellschaft an. Nach § 320 Abs. 3 gilt auch für sie § 210 Abs. 1, der die Begriffsmerkmale der juristischen Person enthält. In betreff der näheren Begründung kann, nachdem die bereits nach früherem Recht hier verteidigte Auffassung durchgedrungen ist, auf die 6./7. Aufl. verwiesen werden.

Anm. 3. II. (Abs. 2 und 3.) **Die für die Aktien-Kommanditgesellschaft geltenden Rechtsregeln.** Hierüber bestimmt:

1. Abs. 2: **Die Rechtsverhältnisse der Komplementare** a) untereinander, b) gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten, c) gegenüber Dritten bestimmen sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften.

Anm. 4. 2. Abs. 3: **Im übrigen gelten die Vorschriften über die Aktiengesellschaft,** soweit nicht in unserem Abschnitt Abweichungen bestimmt sind oder soweit sich nicht Abweichungen daraus ergeben, daß ein Vorstand fehlt.

Eine zusammenhängende, systematisch geordnete Darstellung der für die Aktienkommanditgesellschaft geltenden Rechtsregeln wird sich angesichts dieser zerstückelten Art, wie das Gesetz die Rechtsverhältnisse der Aktienkommanditgesellschaft regelt, nicht vermeiden lassen. Diese folgt hier:

Anm. 5. **Systematische Darstellung der Lehre von der Aktienkommanditgesellschaft.**

I. Die begrifflichen Momente.

1. **Die für die Aktienkommanditgesellschaft geltenden Gesetzesvorschriften.** Zum Teil sind es die für die Kommanditgesellschaft, zum Teil und hauptsächlich die für die Aktiengesellschaft

geltenden Vorschriften (vgl. § 320 Abs. 2 u. 3), zum Teil sind endlich auch Sondervorschriften für die Aktienkommanditgesellschaft gegeben (§§ 321—334). Soweit die für die Kommanditgesellschaften geltenden Vorschriften hier anwendbar sind, greifen sie teilweise wieder zurück auf die für die o. H. G. geltenden Vorschriften. So entsteht ein buntes Gemisch von Vorschriften. **§ 320.**

Subsidiär kommen, soweit die Vorschriften über die Kommanditgesellschaften Platz greifen, die Vorschriften zur Anwendung, die subsidiär für die Kommanditgesellschaft zur Anwendung kommen, also die Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft. Ob subsidiär, soweit die Vorschriften über Aktiengesellschaften in Frage kommen, die Vorschriften des BGB. über Vereine Anwendung finden, hängt davon ab, ob man die subsidiäre Anwendung bei Aktiengesellschaften zuläßt, was nach diesseitiger Auffassung verneint wird (vgl. Anm. 6 zu § 178 und Reichau: Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien ein rechtsfähiger Verein? 02). Anm. 6.

2. **Der Begriff und der rechtliche Charakter der Aktienkommanditgesellschaft.** Der Begriff ist im § 320 Abs. 1 dahin gegeben, daß mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet, während die übrigen sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligen. Die Gesellschaft ist eine juristische Person (vgl. Anm. 2) und zwar *eine juristische Person eigener Art.* Daraus ergeben sich alle die Folgerungen, die sich auch für die Aktiengesellschaft aus dieser rechtlichen Charakterisierung ergeben. Diese Folgerungen sind in Anm. 2ff. zu § 210 dargestellt. Diese sind hier heranzuziehen, insbesondere also darüber, ob sie *Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann* (z. B. ob sie beleidigen oder beleidigt werden kann, ob sie Legatarin sein kann usw.); darüber, *ob sie Eigentum an Grundstücken und andere dingliche Rechte auf ihren Namen erwerben kann; ob sie vor Gericht klagen und verklagt werden kann* (Parteifähigkeit, nicht Prozeßfähigkeit); *ob und welchen Einfluß der Auflösung der Gesellschaft auf den Prozeß ausübt; ob das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil gegen die Gesellschafter wirkt usw.* Anm. 7.

Der Kommanditist kann als *Zeuge* vernommen werden, denn er ist, wie der Aktionär Mitglied einer juristischen Person. Der Komplementar ist dagegen, selbst wenn ihm die Vertretungsmacht entzogen ist, nicht fähig, als Zeuge gehört zu werden (vgl. Anm. 13 zu § 124; Anm. 17 zu § 161). Anm. 8.

Zum rechtlichen Charakter der Aktienkommanditgesellschaft gehört ferner, daß sie stets eine Handelsgesellschaft ist. Das beruht auf § 320 Abs. 3 und § 210 Abs. 2. Da hier § 210 Abs. 2 anwendbar ist, so gelten auch die in Anm. 14ff. zu § 210 gegebenen Erläuterungen. Dort ist ausgeführt, daß sich dies auch dadurch nicht ändert, daß die Gesellschaft kein Handelsgewerbe treibt, und ferner, daß in Verfolg dieser rechtlichen Eigenschaft die Rechtsgeschäfte der Gesellschaft so angesehen werden, als seien sie Rechtsgeschäfte eines Vollkaufmanns. Anm. 9.

3. **Die einzelnen Gesellschafter und ihre vermögensrechtliche Beteiligung.** Anm. 10.

a) **Mindestens ein Gesellschafter muß unbeschränkt haften** (§ 320 Abs. 1). Das ist der Komplementar. Da die Gesellschaft juristische Person ist, wird das Gewerbe im Namen der Aktienkommanditgesellschaft als solcher betrieben. Nun haftet ja allerdings auch der Komplementar für alle Schulden. Gleichwohl wird das Geschäft nicht in seinem Namen betrieben. Im *Namen* einer Person wird ein Gewerbe betrieben, wenn nicht nur eine Haftung für alle Schulden eintritt, sondern wenn die Person Trägerin oder Mitträgerin aller Pflichten und *Rechte* wird (vgl. Anm. 15ff. zu § 1). Das ist aber hier nicht der Fall; denn der Komplementar wird nicht Träger der durch die Geschäfte der Gesellschaft entstehenden Rechte.

Demzufolge ist der Komplementar der Aktienkommanditgesellschaft als solcher nicht Kaufmann (dagegen RGSt. 34, 379). Die Fähigkeit, Komplementar zu sein, hängt daher nicht von der Fähigkeit ab, Kaufmann zu sein, d. h. unter fremdem Handelsnamen ein Gewerbe zu betreiben, wohl aber von der Fähigkeit, unter fremdem Handelsnamen verpflichtet zu werden. Denn diese Rechtsfolge tritt hier auf Schritt und Tritt notwendig auf seiten des Komplementars ein. Diese *Fähigkeit* deckt sich aber mit der Fähigkeit, unter fremdem Anm. 11.

§ 320. Handelsnamen ein Gewerbe zu betreiben, und deshalb kommen für die Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft usw. Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft sein kann, dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie für die gleiche Frage bei der einfachen Kommanditgesellschaft (vgl. daher Anm. 5 zu § 161).

Anm. 12. Die vermögensrechtliche Beteiligung des Komplementars besteht notwendigerweise nur in der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Im übrigen braucht der Komplementar mit einer Vermögenseinlage nicht beteiligt zu sein, weder auf das Kommanditkapital, noch sonst. Er darf aber nach beiden Richtungen beteiligt sein. Die frühere Zwangsvorschrift nach dieser Richtung (Art. 174a, 180h Abs. 3) ist jetzt jedoch aufgehoben. Die auf Grund dieser früheren Zwangsvorschriften geschehenen Einlagebeteiligungen können durch Änderung des Gesellschaftsvertrages nunmehr rückgängig gemacht werden.

Anm. 13 b) **Die übrigen Gesellschafter beteiligen sich mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital.** Sie werden Kommanditisten genannt, ihre Rechtsstellung ist aber mit diesen nicht zu vergleichen. Denn sie haften nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, auch nicht, ehe sie die versprochene Einlage machen. In diesem Falle hat zwar die Gesellschaft gegen sie einen Anspruch auf Zahlung, nicht aber die Gläubiger. Insbesondere ist zwar § 217 entsprechend anwendbar, greift aber auf den Fall der rückständigen Zahlung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nicht Platz (vgl. auch Anm. 1).

Anm. 14. α) Da eine persönliche Haftung nicht stattfindet, wird das Gewerbe nicht im Namen der Kommanditisten betrieben. Der Kommanditist einer AKG. ist also als solcher nicht Kaufmann (Anm. 18 zu § 9) Kommanditist kann werden, wer Aktionär einer Aktiengesellschaft sein kann, also auch Aktiengesellschaften, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften usw.

Anm. 15. β) Die Summe der versprochenen Einlagen der Kommanditisten ist das Grundkapital der Gesellschaft. Sie ist die Summe, die den Gläubigern als Kreditbasis der Gesellschaft zugesichert ist; ihre möglichste Erhaltung und Aufsparung ist Pflicht der Gesellschaft und ihrer Organe und wird durch eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften gesichert. Die persönlich haftenden Gesellschafter können sich zwar mit Einlagen beteiligen, aber es ist dies nicht notwendig. Es wird die Erhaltung dieser Einlagen nicht den Gesellschaftsgläubigern als Kreditbasis zugesichert. Daher sind auch keine gesetzlichen Vorschriften gegeben, die auf möglichste Erhaltung dieser Vermögenseinlage gerichtet sind. Vielmehr ist hier bei den persönlich haftenden Gesellschaftern die persönliche Haftung das, was neben dem Kommanditistenkapital die den Gesellschaftsgläubigern zugesicherte Kreditbasis darstellen soll.

Anm. 16. γ) Die Kommanditeinlagen werden Aktien genannt. Sie werden aber nicht nur Aktien genannt, sondern es gelten auch die Vorschriften über diese, so insbesondere die §§ 179, 209 und 183 (die Aktien sind unteilbar, sie können auf den Inhaber und auf den Namen lauten, Ausnahmen hiervon), die §§ 180 und 209 (sie müssen regelmäßig auf mindestens 1000 Mark lauten, in Ausnahmefällen auf weniger bis herunter auf 200 Mark), § 184 (sie dürfen unter pari nicht ausgegeben werden), § 185 (es können Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden), § 209 Abs. 2 (sie dürfen nicht vor der Eintragung in das Handelsregister ausgegeben werden). Vgl. das nähere über diese Vorschriften in den Anm. zu den §§ 179, 180, 184, 185 und 209.

II. Die Gründung der Gesellschaft.

Anm. 17. 1. **Die Gründung erfolgt nach den aktienrechtlichen Regeln.** Eine Aktienkommanditgesellschaft wird nicht, wie eine gewöhnliche Kommanditgesellschaft, durch einfachen Vertrag begründet, sondern mit demselben großen Apparate und unter Beobachtung derselben Vorsichtsmaßregeln, wie eine Aktiengesellschaft. Es sind jedoch in den §§ 321—323 einige Abweichungen vorgeschrieben, andere ergeben sich von selbst.

2. **Die Gründung kann eine Simultan- und eine Sukzessivgründung sein,** wie bei der AG. In dieser Hinsicht ordnen die §§ 321—323 keine Abweichung von der AG. an. **§ 320.** Anm. 18.

3. **Zunächst muß der Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden,** gleichviel, ob eine Simultan- oder eine Sukzessivgründung beabsichtigt wird. Hierfür greifen die Vorschriften des § 182 Platz, jedoch mit einigen in den §§ 321 und 322 angeordneten Abweichungen (über die rechtliche Bedeutung der Statutfeststellung gilt das gleiche, wie in Anm. 2 zu § 182 dargelegt ist). Anm. 19.

a) Der Gesellschaftsvertrag muß von mindestens fünf Personen festgestellt werden. Zu diesen müssen aber nach § 321 die Komplementare gehören. Kommanditisten können dazu gehören. Das nähere über diese Vorschrift siehe, soweit der § 182 Platz greift, Anm. 3ff. zu § 182, soweit es sich um die im § 321 vorgesehene Abweichung handelt, Anm. 2 zu § 321. Anm. 20.

Zu Anm. 4ff. zu § 182 ist hinzuzufügen, daß nicht jede Person, die Gründer einer Aktiengesellschaft sein kann, auch Gründer einer Aktienkommanditgesellschaft sein kann. Vielmehr muß jemand, der in seiner Komplementareigenschaft Gründer ist, die Eigenschaften haben, die ihn befähigen, Komplementar zu sein (über diese Eigenschaften s. Anm. 11). Anm. 21.

b) Die Feststellung des Gesellschaftsvertrages erfolgt in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung. Hier gilt auf Grund des § 321 die gleiche Vorschrift wie in § 182; vgl. daher zur Erläuterung Anm. 13 u. 14 zu § 182. Anm. 22.

c) In der Verhandlung ist der Betrag der von jedem Beteiligten übernommenen Aktien anzugeben. Das bestimmt § 321. Gemeint ist natürlich nur, daß, sofern die Beteiligten Aktien übernehmen, der Betrag anzugeben ist. Denn der Gesellschaftsvertrag kann ja auch nur von den Komplementaren festgestellt werden, wenn es deren fünf sind (vgl. Anm. 2 zu § 321). Im § 182 ist noch hinzugefügt, daß nicht nur der Betrag der von jedem übernommenen Aktien anzugeben ist, sondern auch, wenn verschiedene Aktiengattungen ausgegeben werden, die Gattung. Eine Abweichung ist hier nicht beabsichtigt, es muß daher dasselbe für die Aktienkommanditgesellschaft gelten. Anm. 23.

d) Für den unbedingt notwendigen materiellen Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens usw.) gilt § 182 Abs. 2 mit den im § 322 vorgesehenen Abweichungen. Anm. 24.

Vgl. die im § 322 gegebenen Erläuterungen, insbesondere über die Firma Anm. 7 daselbst.

e) Für den relativ notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages gelten die §§ 183—186, dazu treten jedoch die Vorschriften des § 322 Abs. 2 und 3. Anm. 25.

α) Nach § 183 können die Aktien auf den Namen oder auf den Inhaber lauten, und unter Umständen auch umgewandelt werden (vgl. hierüber die Erl. zu § 183).

β) Nach § 184 ist die Unterpariemission verboten, die Überpariemission kann durch den Gesellschaftsvertrag erlaubt werden (vgl. hierüber die Erl. zu § 184).

γ) Nach § 185 kann der Gesellschaftsvertrag Aktien mit verschiedener Berechtigung, verschiedene Aktiengattungen, gestatten (vgl. hierüber die Erl. zu § 185).

δ) Nach § 186 müssen besondere Vorteile der Aktionäre, Sacheinlagen und Übernahmen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden (vgl. hierüber die Erl. zu § 186).

ε) Dazu treten jedoch die Vorschriften des § 322 Abs. 2 und 3, nach denen die Vermögenseinlagen des Komplementars, wenn solche außerhalb des Grundkapitals vereinbart werden, und besondere Vorteile des Komplementars im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden müssen (vgl. hierüber die Erl. zu § 322).

f) Die Gründer sind die Gesellschafter, die den Gesellschaftsvertrag feststellen oder Sacheinlagen machen. Diese Vorschrift ist im § 321 Abs. 2 gegeben. Sie ist etwas anders gefaßt, als § 187, mit dem sie korrespondiert. Über den Grund dieser Veränderung s. Anm. 3 zu § 321, wegen der Erl. s. zu § 187. Anm. 26.

4. **Übernehmen die Gründer,** also die soeben zu f bezeichneten Personen, **alle Aktien, so liegt eine Simultangründung vor. Die Gesellschaft ist damit errichtet.** Die Übernahme braucht nicht in der Feststellungsverhandlung zu erfolgen, sondern sie kann in einer neuen Verhandlung geschehen (es gilt hier § 188 und die Erl. dazu). Anm. 27.

§ 320. Anm. 28. 5. **Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so müssen die weiteren Aktionäre durch Zeichnung hinzutreten, es liegt eine Sukzessivgründung vor.** Hierfür gilt § 189 mit den dort gegebenen Erläuterungen (auch das, was über die Bedeutung und Zeichnung und wann die Zeichnungen als akzeptiert gelten, gesagt ist, gilt hier entsprechend). Nur eine kleine, durch die veränderten Verhältnisse hier gebotene Abänderung ist im § 323 Abs. 1 für den Inhalt des Zeichnungsscheins vorgesehen (der Zeichnungsschein muß die Namen der Komplementare enthalten). Hierüber s. Anm. 1 zu § 323.

Anm. 29. 6. **Im Stadium der Gründung ist auch der erste Aufsichtsrat zu bestellen.** Das ist im § 190 vorgeschrieben. Dieser Paragraph ist hier anwendbar, doch nicht ohne Abweichung. Zwar ist eine ausdrückliche Abweichung in den §§ 321, 322 nicht vorgesehen. Allein diese ergibt sich aus den veränderten Rechtsverhältnissen ohne weiteres. Der Aufsichtsrat ist hier nämlich zwar ein Organ der Gesellschaft, aber gewählt wird er von den Kommanditisten, da er vorzüglich dazu bestimmt ist, die Beschlüsse der Kommanditisten auszuführen, insbesondere gegen die Komplementare (§ 328; vgl. Anm. 92). Es haben also nicht alle Gründer den Aufsichtsrat zu wählen, sondern alle Gründer außer den persönlich haftenden Gesellschaftern. Diese wählen nicht mit, weder, wenn sie keine Aktien übernehmen, noch auch, wenn sie Aktien übernehmen; im letzteren Falle sind sie durch §§ 327, 197, 320 Abs. 3 vom Stimmrecht ausgeschlossen (ebenso Cosack § 126 VI 2; dagegen Lehmann-Ring Nr. 4; Makower Anm. VIg 13).

Anm. 30. Die Vorschrift des § 190 Abs. 3 über die Bestellung des ersten Vorstands fällt natürlich hier fort, da hier kein Vorstand bestellt wird, der persönlich haftende Gesellschafter aber selbst zu den Gründern gehört und seine Bezeichnung im Gesellschaftsvertrage und seine Mitwirkung bei demselben wesentlich ist (§§ 320 Abs. 3, 321, 322).

Im übrigen vgl. die Erl. zu § 190. Auch das, was dort über die Notwendigkeit des Aufsichtsrats bei älteren Gesellschaften gesagt ist, gilt hier entsprechend.

Anm. 31. 7. **Die Gründererklärung des § 191** ist auch hier vorgeschrieben (vgl. die Erl. zu § 191).

Anm. 32. 8. **Die Gründungsprüfung durch die Organe der Gesellschaft und besondere Revisoren nach** §§ 192—194 ist auch hier vorgeschrieben. An die Stelle der Mitglieder des Vorstands treten hierbei die Komplementare und zwar sämtliche. Infolgedessen ist die Revision durch besondere Revisoren hier immer nötig; denn sie ist immer nötig, wenn ein Mitglied des Vorstands zu den Gründern gehört; die Stelle des Vorstands nehmen hier die Komplementare ein, diese aber gehören immer zu den Gründern (vgl. § 321 Abs. 1 u. 2). Im übrigen vgl. die Erl. zu den §§ 192—194.

Anm. 33. 9. **Die Anmeldung der Gesellschaft folgt den Vorschriften des § 195** (vgl. daher die Erl. zu § 195). Nur eine kleine Abweichung ist im § 323 Abs. 2 vorgeschrieben (über diese vgl. Anm. 2 zu § 323). Weitere Abweichungen ergeben sich daraus, daß die im § 195 Abs. 2 angezogenen Gesetzesparagraphen einzelne Abweichungen erleiden. So müssen insbesondere nicht nur die Verträge, die den im § 186 bezeichneten Festsetzungen zugrunde liegen, überreicht werden, sondern auch die Verträge, die der im § 322 Abs. 3 bezeichneten Festsetzung zugrunde liegen, wenn besondere Verträge hierüber geschlossen sind, da diese Festsetzung ebenso zu behandeln ist, wie die im § 186 bezeichneten. So fallen ferner die im § 195 Abs. 2 Nr. 4 bezeichneten Urkunden insoweit fort, als es sich um die Bestellung des Vorstands handelt. So muß ferner die Vorschrift des § 195 Abs. 4 (Zeichnung der Namensunterschrift) durch die sämtlichen Komplementare erfüllt werden (§ 325 Nr. 1).

Im übrigen vgl. die Erl. zu § 195. Auch die Frage des Klagerechts auf Anmeldung ist in gleicher Weise zu beantworten, wie dort erläutert ist.

Anm. 34. 10. **Die gerichtliche Errichtungsversammlung im Falle der Sukzessivgründung.** Diese folgt der Vorschrift des § 196 (vgl. daher die Erl. zu § 196), jedoch mit einer Abweichung gemäß § 323 Abs. 3 (vgl. über diese Anm. 3 zu § 323). Früher wurde die Errichtungsversammlung von dem Komplementar berufen (Art. 175f). Der Komplementar darf aber nicht mitstimmen (§ 327 und die nachfolgende Nr. 11).

11. **Für die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft stattfindenden Generalversammlung** sind nach § 197 im allgemeinen die Vorschriften anwendbar, die für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind. Vgl. daher die Erl. zu § 197, aber auch § 327. **§ 320.** Anm. 35.

12. **Die Eintragung der Gesellschaft.** Diese folgt den Regeln des § 198 (vgl. daher die Erl. zu § 198). Im § 323 ist jedoch eine Abweichung vorgeschrieben (vgl. über diese Anm. 4 zu § 323). Anm. 36.

13. **Die Bekanntmachung der Eintragung durch das Handelsgericht** folgt den Regeln des § 199 (vgl. daher die Erl. zu § 199), nur selbstverständlich mit den Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß die im § 199 in Bezug genommenen Paragraphen Abweichungen erleiden. Anm. 37.

14. **Für die Rechtsverhältnisse vor der Eintragung** (die Gesellschaft besteht als solche nicht, die für sie Handelnden haften persönlich; die Anteilsrechte sind nicht veräußerlich) ist § 200 maßgebend (vgl. daher die Erl. zu § 200). Anm. 38.

15. **Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in die Zweigregister** folgt den Vorschriften des § 201 (vgl. daher die Erl. zu diesem). Was insbesondere die in Anm. 3 zu § 6 berührte Vorschrift des § 12 der Reichsgewerbeordnung betrifft, wonach es hinsichtlich des Gewerbebetriebes juristischer Personen bei den Landesgesetzen bewendet, so gehört zu den juristischen Personen auch die Aktienkommanditgesellschaft. Vom Standpunkt der Auffassung, nach der die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft ist, ist es willkürlich, wenn Kayser (Anm. 8 zu Art. 179) sagt, daß auch die AKG. in jenem Paragraphen der Gewerbeordnung gemeint sei. Anm. 39.

16. **Die Verantwortlichkeit der bei der Gründung beteiligten Personen.** Anm. 40.

a) Die Verantwortlichkeit der Gründer und Gründergenossen richtet sich nach § 202. Das ist insofern sinngemäß zu erweitern, als nicht nur die in § 186, sondern auch die im § 322 Abs. 3 vorgesehenen Festsetzungen (besonderer Vorteil für die Komplementare) mit dem Schutze dieser Verantwortlichkeit ausgestattet ist.

Im übrigen s. die Erläuterung zu § 202.

b) Die Verantwortlichkeit der Emissionshäuser richtet sich nach § 203 (s. die Erläuterung daselbst). Anm. 41.

c) Die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane richtet sich nach § 204. Die dort für die Mitglieder des Vorstands festgesetzte Verantwortlichkeit fällt hier den Komplementaren zu. Im übrigen s. die Erläuterung zu § 204. Anm. 42.

d) Für Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich der Gründerregreßansprüche ist § 205 maßgebend. Siehe die Erläuterung zu § 205. Anm. 43.

e) Für die Verjährung der Gründerregreßansprüche ist § 206 maßgebend. Siehe die Erläuterung zu § 206. Anm. 44.

17. **Die Nachgründungsverträge** folgen den Regeln der §§ 207 und 208, mit der im § 324 bezeichneten Abweichung (vgl. daher die Erläuterung zu §§ 207, 208 und 324). Anm. 45.

III. Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter.

A. **Die Rechtsverhältnisse der Komplementare.** Soweit diese Aktien besitzen, kommen sie nicht nur als Komplementare in Betracht, sondern als Aktionäre. Ihre Doppeleigenschaft hat aber in diesem Falle die Wirkung, daß sie kein Stimmrecht in der Generalversammlung haben (§ 327 Abs. 1). Anm. 46.

Im übrigen richtet sich ihr Rechtsverhältnis untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten, sowie gegenüber Dritten nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Regeln (§ 320 Abs. 2).

1. Die Beitragspflicht des Komplementars richtet sich nach den für die Kommanditgesellschaft, also für die o. H. G. geltenden Vorschriften (vgl. Anm. 11 zu § 163). Anm. 47.

2. Die rechtliche Charakterisierung seiner Einbringung. Was er einlegt, wird, da die Aktienkommanditgesellschaft eine juristische Person ist, Alleineigentum der juristischen Person, Anm. 48.

§ 320. wenn sie eine Gesellschaft ist, was von anderen angenommen wird, Gesamteigentum der Gesellschafter. In beiden Fällen liegt in der Einbringung eine Veräußerung durch Abschließung eines Gesellschaftsvertrages, also ein Rechtsakt, der in seiner rechtlichen Charakterisierung dem gleichen Rechtsakte bei der Aktiengesellschaft gleichkommt (vgl. daher Anm. 19 zu § 186).

Anm. 49. 3. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen ist, da die Aktienkommanditgesellschaft eine juristische Person ist, in seiner juristischen Konstruktion nicht vergleichbar mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen, den der Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft hat. Des letzteren Anteil ist Miteigentum zur gesamten Hand (Anm. 13 zu § 161). Bei der juristischen Person fällt diese Konstruktion aus begrifflichen Gründen weg. Trotz § 320 Abs. 2 liegt daher ein solches Gesamteigentum nicht vor, vielmehr wird das Eingebrachte Eigentum der Gesellschaft. Der Komplementar aber hat nur obligatorische vermögensrechtliche Ansprüche an die Gesellschaft auf den Bezug von Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben, wie der Aktionär und jedes sonstige Mitglied einer juristischen Person.

Sein Kapitalkonto ist übrigens auch bei der einfachen Kommanditgesellschaft eine fiktive Ziffer (vgl. Anm. 11 zu § 163 und Anm. 7 zu § 120); um so mehr gilt dies hier.

Anm. 50. 4. Das Maß der dem Komplementar obliegenden Sorgfalt ist das gleiche, wie beim Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft (vgl. daher Anm. 12 zu § 163).

Anm. 51. 5. Über die Übertragbarkeit seiner gesellschaftlichen Rechte gilt das gleiche, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft (vgl. daher auch Anm. 13 zu § 163).

6. Über die Rechte des Komplementars zur Vertretung s. Anm. 73.

7. Über die Rechte und Pflichten des Komplementars zur Geschäftsführung s. Anm. 81.

8. Über seinen Anteil an den vermögensrechtlichen Erfolgen der Gesellschaft (Gewinn und Verlust) s. Anm. 65 ff.

9. Für Aufwendungen des Komplementars und den Ersatz für diese gilt das gleiche, wie beim Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft (vgl. daher Anm. 5 zu § 163).

Anm. 52. 10. Für Verzinsung unbefugter Entnahmen ebenso (vgl. daher Anm. 6 zu § 163).

11. Über das gegen den Komplementar gerichtete Konkurrenzverbot s. § 326 und die Erl. dazu.

12. Die Kontrolle des Komplementars durch die Kommanditisten richtet sich trotz § 320 Abs. 2 nicht nach § 166, sondern nach aktienrechtlichen Vorschriften (vgl. Anm. 92).

Anm. 53. 13. Die Haftung des Komplementars gegenüber den Gläubigern richtet sich gemäß § 320 Abs. 2 nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Regeln, also nach den für die o. H. G. geltenden Regeln, da die ersteren nichts besonderes bestimmen (vgl. Anm. 1 ff. zu § 171).

Im einzelnen ist hierüber zu bemerken:

Anm. 54. a) Der Rechtsgrund seiner Haftung ist der, aus dem die Gesellschaft haftet. Hier gilt, man mag die Aktienkommanditgesellschaft als juristische Person oder als Gesellschaft auffassen, das gleiche, wie in Anm. 1 ff. zu § 128 ausgeführt. Dagegen tritt die solidarische Haftung der Komplementare zur Haftung der Gesellschaft solidarisch hinzu, nicht nur akzessorisch, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft und bei der o. H. G. (vgl. Anm. 1 ff. zu § 128). Denn hier ist die Gesellschaft juristische Person, also ein selbständiges Rechtssubjekt. Haftet außer diesem noch der Komplementar, so ist dies eine zur Gesellschaftsschuld hinzutretende Solidarschuld einer anderen Person, während bei der o. H. G. und bei der einfachen Kommanditgesellschaft die Sache so liegt, daß die Gesellschaft keine selbständige Persönlichkeit darstellt; die Haftung der Gesellschaft ist daher dort nicht die Solidarhaft eines selbständigen Rechtssubjekts, sondern eine zur persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters akzessorisch hinzutretende weitere Haftungsart des Gesellschafters.

Anm. 55. Hieraus müßten sich eigentlich manche Unterschiede zwischen dem Rechtsverhältnisse der Komplementare zu den Gläubigern der Gesellschaft bei der einfachen Kommanditgesellschaft und diesem Rechtsverhältnisse bei der Aktienkommanditgesellschaft ergeben. So z. B. wirkt

bei wirklichen Solidarschuldnern die einem Schuldner gegenüber erfolgte Kündigung nur gegen diesen, nicht auch gegen die anderen Solidarschuldner (vgl. Anm. 12 zu § 128). Allein nach § 320 Abs. 2 soll für das Rechtsverhältnis der Komplementare zu Dritten das gleiche gelten, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft. Es greifen daher, obgleich dies aus der juristischen Konstruktion des hier in Frage stehenden Verhältnisses nicht folgt, wegen der positiven Vorschrift des § 320 die gleichen Grundsätze, wie bei der o. H. G. Platz, d. h. die Grundsätze, die sich dort daraus ergeben, daß die Gesellschafter miteinander solidarisch haften, daß aber die Gesellschaftsschuld keine selbständige Solidarschuld, sondern eine akzessorisch hinzutretende weitere Haftungsart der Gesellschaft ist. **§ 320.**

Es finden daher die Anm. 4ff. zu § 128 dargelegten Grundsätze hier Anwendung.

b) Für die Solidarhaft der Komplementare und der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern gelten die §§ 421—425 BGB. (vgl. daher Anm. 6ff. zu § 128). Anm. 56.

c) Über den Erfüllungsort der Solidarhaft des Komplementars s. Anm. 14 zu § 128).

d) Entgegenstehende Vereinbarungen haben Dritten gegenüber keine Wirkung. In dieser Beziehung gilt § 128 (vgl. Anm. 17 zu § 128).

e) Über den Einfluß des Konkurses der Aktienkommanditgesellschaft auf die Solidarhaft des Komplementars s. Anm. 28 zu § 128. Insbesondere wird auch hier der Umfang der Solidarhaft des Komplementars durch den Zwangsvergleich der Gesellschaft begrenzt (§ 211 KO.).

f) Über den Prozeß des Gesellschaftsgläubigers gegen den Komplementar auf Grund der Solidarhaft s. § 129 (besonders: Rechtsgrund der Klage; Verbindung der Klage gegen den Gesellschafter mit der Klage gegen die Gesellschaft; Fragen der Klageänderung; Gerichtsstand der Klage; die Einwendungen des Komplementars, insbesondere die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, das Anfechtungsrecht und das Aufrechnungsrecht; Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Komplementar; Erörterung der Frage, inwieweit sich alles dies auf den zur Zeit der Klageerhebung ausgeschiedenen Gesellschafter bezieht).

g) Daß das Gesellschaftsvermögen von dem Zugriffe für die persönlichen Schulden des Komplementars ausgeschlossen ist, gilt hier um so mehr, wenn die Aktienkommanditgesellschaft unserer Ansicht gemäß eine juristische Person ist. Anm. 57.

Über die näheren Anwendungen dieses Rechtssatzes s. Anm. 28ff. zu § 124.

h) Über das Aufrechnungsrecht bei der Aktienkommanditgesellschaft s. Anm. 33ff. zu § 124.

i) Haftung als Folge des Eintritts als Komplementar in eine bestehende Aktienkommanditgesellschaft. Hierfür gilt § 130 (vgl. Anm. 5 zu § 173).

k) Die Verjährung der Ansprüche gegen den Komplementar folgt den Regeln der §§ 159—160 (§ 320 Abs. 2; § 161 Abs. 2; vgl. Erl. zu § 177 Anm. 28—30).

Ein Komplementar kann einer bestehenden Aktienkommanditgesellschaft beitreten. Bei einer einfachen Kommanditgesellschaft ist dies gestattet (Anm. 5 zu § 173; Anm. 1 zu § 130). Diese Vorschrift aber, die sich auf das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten bezieht (Abs. 2 zu § 320), findet auch hier Anwendung. Anm. 58.

B. **Die Rechtsverhältnisse der Kommanditisten.** Diese folgen aktienrechtlichen Regeln. Anm. 59.

1. Die Grenze der Verpflichtung des Kommanditisten richtet sich nach §§ 211 und 212: nach § 211 ist die Verpflichtung durch den Nennbetrag der Aktie bzw. dem Ausgabekurs begrenzt, nach § 212 können wiederkehrende Naturalleistungen festgesetzt werden (vgl. die Erl. zu §§ 211 und 212). (Für den Komplementar können selbstverständlich ebenfalls wiederkehrende Leistungen festgesetzt werden.)

2. Die Rechte des Kommanditisten auf das Vermögen der Gesellschaft. Hierüber gelten die §§ 213—216 (die Einlagen können nicht zurückgefordert, regelmäßig können auch nicht Zinsen bedungen werden, vielmehr hat der Kommanditist nur Anspruch auf den Rein- Anm. 60.

§ 320. gewinn und bei wiederkehrenden Naturalleistungen auf einen angemessenen Ersatz. Ausnahmsweise können auch Zinsen bedungen werden, sogenannte Bauzinsen, was früher bei Aktienkommanditgesellschaften nicht zulässig war [vgl. 5. Aufl. § 2 zu Art. 197]). Vgl. die Erl. zu den §§ 213—216.

Über die Berechnung des Reingewinns s. Anm. 69.

Anm. 61. 3. Haftung des Kommanditisten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Grundsätzlich findet eine solche Haftung nicht statt (vgl. Anm. 13). Nur unter denselben Voraussetzungen, wie bei einem Aktionär, kann eine Haftung eintreten. Hierüber gilt § 217 (vgl. daher die Erl. dazu).

Anm. 62. 4. Die Verpflichtung zur Zahlung des Aktienbetrages und die Folgen der Verzögerung in Erfüllung dieser Verpflichtung richten sich genau nach dem Aktienrecht. Vgl. daher die §§ 218—221 und die Erl. dazu. Hinzuzufügen ist: Die Bestimmung über die Einforderung der Aktienbeträge steht hier dem geschäftsführenden Komplementar zu, die Kommanditistenversammlung kann hier keine bindende Anweisung erteilen (Lehmann-Ring Nr. 5).

Anm. 63. 5. Die Übertragung der Aktienrechte folgt aktienrechtlichen Regeln. Vgl. daher §§ 222—224 und die Erl. dazu, insbesondere auch Anm. 16ff. zu § 223 über die Inhaberaktien. Zu der im § 222 Abs. 4 erforderlichen „Zustimmung der Gesellschaft" ist hier auch die Zustimmung des Komplementars erforderlich. Sonst liegt eine Zustimmung der Gesellschaft nicht vor. Denn daß hier der Aufsichtsrat als Organ der Gesellschaft tätig sein und dem Komplementar Anweisung erteilen soll, ist nicht ersichtlich. Denkbar wäre ja auch eine solche Konstruktion, aber sie bildet doch nur die Ausnahme und es müßte deutlicher ersichtlich sein, daß das Gesetz sie gewollt hat (vgl. Lehmann-Ring Nr. 5).

Anm. 64. 6. Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien und Interimsscheine im § 226 gilt auch hier.

7. Die Amortisation von Aktien richtet sich nach § 227. Vgl. daher die Erl. zu § 227.

8. Für den Ersatz vernichteter oder beschädigter Aktien und Interimsscheine gelten die §§ 228—230.

IV. Insbesondere Gewinn- und Verlustteilung.

Anm. 65. 1. **Der Gewinn.** Es findet eine zweifache Berechnung und Verteilung des Gewinns statt. Einmal wird der dem Komplementar zukommende Gewinn berechnet und nach ganz anderen Grundsätzen der den Kommanditisten zukommende Gewinn. Auch die Auszahlung findet nach verschiedenen Grundsätzen statt.

a) **Der den Komplementaren** (sc. für ihre Beteiligung außerhalb des Aktienkapitals) **zukommende Gewinn.** Hier kommen die Vorschriften über die einfache Kommanditgesellschaft zur Anwendung, nur daß hinsichtlich der Auszahlung § 329 einige Abweichungen anordnet. Der § 237 (Grenze der Tantieme für Vorstandsmitglieder) kommt hier nicht zur Anwendung. Danach ist Folgendes maßgebend:

Anm. 66. *α*) Die Grundlage der Berechnung ist eine Bilanz, die nach Maßgabe des § 120 aufgestellt wird. Dies ordnet § 168 für die einfache Kommanditgesellschaft an und das gilt auch hier (§ 320 Abs. 2). Es wird hiernach als Jahresgewinn das betrachtet, was sich bei Gegenüberstellung der Ab- und Zugänge des betreffenden Jahres als Gewinn desselben ergibt (vgl. auch S. 192ff.). Freilich wird für die in diese Bilanz einzustellenden Werte anzunehmen sein, daß die aktienrechtlichen Grundsätze des § 261 Nr. 1—4 maßgebend sind, da sonst auf diese Weise dem Gesellschaftsfonds Beträge entzogen werden könnten, die sich nicht als realisierbarer Gewinn darstellen (vgl. auch Cosack § 123 VIII 2).

Anm. 67. *β*) Von dem solchergestalt festgestellten Jahresgewinn gebühren den Komplementaren 4% ihrer Aktivsalden. Auch für die Kommanditistengesamtheit werden 4% des Kommanditistenkapitals berechnet, aber eben nur berechnet zu dem Zwecke, um den Rest des hiernach verbleibenden Gewinnes festzustellen und so auf den Hauptstock

des dem Komplementar zukommenden Gewinnes zu kommen. Von dem nach Abzug von **§ 320.** 4% der beiderseitigen Aktivsalden verbleibenden Gewinnrest wird ein angemessener Teil dem Komplementar gutgeschrieben (§ 168 Abs. 2).

γ) Was die Auszahlung betrifft, so dürfen die Komplementare 4% ihres Aktivsaldos Anm. 68. schlechtweg entnehmen, auch wenn kein Gewinn erzielt ist, auch wenn ihre Einlagen durch Verluste früherer Jahre gemindert sind. Sie dürfen ferner den 4% übersteigenden etwaigen Anteil am Jahresgewinn entnehmen, soweit dies nicht zum offenbaren Nachteil der Gesellschaft gereicht. Alles dies, wie bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (vgl. Anm. 1 zu § 169). Im § 329 ist aber hier die weitere Schranke gesetzt, daß jede Entnahmebefugnis so lange ruht, als eine Unterbilanz vorhanden ist, die ihre nicht in Aktien bestehenden Kapitalsanteile übersteigt. Mit anderen Worten: das Aktienkapital darf nicht durch die Verteilung bilanzmäßig gekürzt werden, wohl aber die Einlage der Komplementare. Dies wird damit begründet, daß das Grundkapital die den Gesellschaftsgläubigern zugesicherte Kreditbasis ist und auch von den Komplementaren verlangt werden kann, daß sie auf einen Gewinnbezug verzichten, so lange diese Kreditbasis nicht vorhanden ist. Weiter ist dem Komplementar im § 329 die Verpflichtung auferlegt, sich gefallen zu lassen, daß von dem gesamten Bilanzgewinn der Gesellschaft der Reservefonds dotiert wird.

b) Die Kommanditisten nehmen an dem Gewinne nach aktienrechtlichen Grundsätzen teil. Ihrem Anm. 69. Aktivsaldo werden nicht 4% als Vorweganteil des Gewinnes gutgeschrieben, wie den Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft (vgl. Anm. 67), — denn der Kapitalanteil der Kommanditisten ist hier eine unveränderliche Ziffer, das Grundkapital der Gesellschaft — noch wird ihm der Rest des Gewinnes ausgezahlt, der bei der Gewinnberechnung für den Komplementar übrig bleibt. Vielmehr folgen, wie gesagt, der Gewinnbezug und die Gewinnberechnung sowie die Zinsberechtigung aktienrechtlichen Regeln. Zinsen bezieht der Kommanditist hiernach überhaupt nicht und auf Gewinn hat er Anspruch, soweit die Bilanz einen solchen ergibt (§§ 213, 215, 320 Abs. 3). Die Bilanz aber folgt den Vorschriften der §§ 261 und 262, wobei jedoch § 261 hier noch dahin zu ergänzen ist, daß auch der Betrag der Kapitalskonten der Komplementare unter die Passiva aufzunehmen ist, wie dies Art. 185a Nr. 5 des alten HGB. ausdrücklich vorgeschrieben hatte. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dies auch jetzt noch gilt, wenn es auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Daß der Kapitalanteil des Komplementars eine veränderliche Ziffer ist, darüber siehe zu a.

2. **Der Verlust.** Auch der Verlust wird auf die Komplementare in derselben Weise verteilt, Anm. 70. wie der Gewinn (vgl. Anm. 65 u. 66), d. h. auf Grund der Jahresbilanz, in der die Geschäftsergebnisse des betr. Jahres sich darstellen. Der hiernach den Komplementar zufallende Verlustanteil vermindert dessen Kapitalkonto und führt ev. zu einem Passivsaldo für ihn (Anm. 3 zu § 167). Die Höhe des Verlustanteils richtet sich, wenn der Vertrag nichts anderes bestimmt, nach den Umständen (§ 168 und Anm. 4 dazu). Den Betrag eines Passivsaldos hat der Komplementar bei Auflösung der Gesellschaft in die Gesellschaftskasse einzuschießen.

Auf das Kapitalkonto der Kommanditisten dagegen wird der sich nach dieser Berechnung ergebende Verlustanteil nicht übertragen. Das Kommanditistenkapital ist das Grundkapital der Gesellschaft, eine unveränderliche Ziffer. Hier wird der Verlust in ganz anderer Weise berechnet, nämlich wie der Gewinn der Kommanditisten: als Ergebnis einer aktienrechtlichen Bilanz. Ein etwa sich ergebender Verlust eines bestimmten Jahres vermindert das Normalvermögen der Gesellschaft, verschlechtert die Bilanz, vermindert den aktienrechtlichen Bilanzgewinn und führt ev. zu einem aktienrechtlichen Jahresverlust, zu einer Unterbilanz.

3. **Die vorstehenden Regelungen werden meist statutarisch vereinfacht:** Es wird eine einheitliche Anm. 71. Berechnung für Komplementare und Kommanditisten mit einer Vorzugsdividende für erstere, oder auch für letztere vorgeschrieben. So bekommen z. B. bei einer Gesellschaft in Berlin die Kommanditisten eine Vorzugsdividende von 4% des Grundkapitals, von dem Überrest

§ 320. entfällt $^1/_5$ an die Komplementare, $^1/_{25}$ an den Aufsichtsrat, der Rest mit gewissen Abzügen an die Kommanditisten (Cosack § 123 VIII 9).

Solche statutarische Vereinbarungen sind zulässig, solange die zwingenden Vorschriften des Gesetzes nicht entgegenstehen, insbesondere nicht der § 329. Dagegen kommt der § 237, der die Grenze der Tantieme für die Vorstandsmitglieder festsetzt, hier nicht in Betracht. Wohl aber muß jede Vereinbarung über die Gewinn- und Verlustverteilung des Komplementars, die von den gesetzlichen Vorschriften, wie sie oben dargestellt sind, abweicht, im Gesellschaftsvertrage (ursprünglichen oder abgeänderten) festgesetzt sein, um der Gesellschaft gegenüber gültig zu sein (vgl. § 322 Abs. 3 und Anm. 3 dazu).

V. Die Organe der Gesellschaft.

Anm. 72. A. **Die Komplementare,** ihre rechtliche Stellung als Vertreter und Geschäftsführer.

1. **Die Quelle ihrer rechtlichen Stellung** ist hier der Gesellschaftsvertrag. Sie werden nicht, wie der Vorstand der Aktiengesellschaft, durch Wahl bestellt, sondern sie sind Gesellschafter und können nur durch den Gesellschaftsvertrag, (den ursprünglichen oder abgeänderten), Mitglieder der Gesellschaft werden. Demzufolge kann aber ihre Stellung auch nicht jederzeit widerrufen werden, wie die eines Vorstandsmitgliedes. Ihre Ausschließung aus besonderen Gründen und im Wege Rechtens ist wohl möglich (vgl. zu § 330), aber nicht ein einfacher Widerruf ihrer Stellung. Der § 231 Abs. 3 greift also hier nicht Platz.

Anm. 73. 2. **Ihre Vertretungsbefugnis.** Im allgemeinen richtet sich diese nach den für die einfache Kommanditgesellschaft geltenden Regeln (§ 320 Abs. 2), also, da für diese besondere Regeln nicht gegeben sind, nach den für die o. H. G. gegebenen Regeln (vgl. Anm. 1—3 zu § 170), jedoch mit den Abweichungen, die sich aus der besonderen Organisation der Aktienkommanditgesellschaft ergeben.

a) Die grundsätzliche Abweichung geht dahin, daß der Komplementar zwar gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist. Während aber der offene Handelsgesellschafter und der Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft der allein mögliche gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ist, ist der Komplementar hier nur, wie der Vorstand, der ordentliche, der ständige gesetzliche Vertreter, nicht der alleinige. Vielmehr ist unter Umständen auch der Aufsichtsrat der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft. Denn die Stellung des Aufsichtsrats ist hier im allgemeinen die gleiche, wie bei der Aktiengesellschaft (vgl. § 320 Abs. 3, § 325 Nr. 5, Cosack § 123 III 2). Der Aufsichtsrat aber ist in gewissen Hinsichten gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (vgl. § 247 und Anm. 1 ff. dazu; unten Anm. 93 u. 97).

Anm. 74. b) Für die Vertretungsbefugnis des Komplementars gelten die für die Kommanditgesellschaft, also für die o. H. G. geltenden Regeln sinngemäß, also die §§ 125—127 (vgl. Anm. 1—3 zu § 170).

α) § 125. Gesetzliche Regel ist, daß jeder Komplementar allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. In diesem Falle braucht hierüber nichts eingetragen zu werden (vgl. auch § 323 Abs. 4). Es kann aber auch ein Komplementar von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden, nach unserer Ansicht allerdings nicht alle (Anm. 3 zu § 125); auch zu Gesamtvertretern können mehrere Komplementare bestellt werden, und endlich kann bestimmt werden, daß bei mehreren Komplementaren einer zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist (vgl. Anm. 15 zu § 125). Die Ausnahmen von der Einzelvertretung müssen zur Eintragung angemeldet werden (§ 323 Abs. 4). Alles das kann durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden.

Über alles dieses s. näheres Anm. 1 ff. zu § 125.

Anm. 75. β) § 126. Der Umfang der Vertretungsmacht des Komplementars. Die grundsätzliche Unbeschränkbarkeit und die möglichen Ausnahmen von der Unbeschränkbarkeit, alle diese Fragen bestimmen sich ebenso wie beim offenen Gesellschafter. Siehe daher hierüber Anm. 1 ff. zu § 126, ebenso die dort gegebenen Erläuterungen über die Kollusion, über die Wirkungen der Vertretungshandlungen, über konkludentes Handeln, über Kon-

trahieren mit sich selbst usw. Über strafrechtliche Haftung für Straftaten, die der Komplementar als solcher begangen hat vgl. RGSt. 34, 374. **§ 320.**

Dazu treten aber die Vorschriften über gewisse Beschränkungen der Vertretungsmacht, die dem Aktienrecht entnommen sind, z. B. bei Nachgründungen, beim Verzicht auf Ersatzansprüche (§§ 320 Abs. 3; 324; 325 Nr. 7). Anm. 76.

c) § 127. Die Entziehung der Vertretungsbefugnis besteht hier ebenso, wie im § 127. Da nur alle übrigen Gesellschafter die Entziehung verlangen können, muß der Antrag von den übrigen Komplementaren und dem Aufsichtsrat ausgehen, welcher letztere die Beschlüsse der Kommanditisten ausführt (§ 328). Der Aufsichtsrat muß zu seiner Legitimation einen Generalversammlungsbeschluß beibringen. Anm. 77.

Es kann aber auch hier unter Umständen auf Antrag eines Gesellschafters die Entziehung erfolgen (vgl. hierüber Anm. 7 zu § 127). Ein solcher Antrag muß von einem Komplementar oder vom Aufsichtsrat namens der Kommanditisten auf Grund und unter Beibringung eines diesbezüglichen Generalversammlungsbeschlusses gestellt werden, ein einzelner Kommanditist ist hier nicht antragsberechtigt. Anm. 78.

Die Entziehung der Vertretungsbefugnis vermag die Stellung des Komplementars insoweit nicht zu ändern, als es sich um unentziehbare Vertretungsrechte handelt. Dazu gehören die im § 325 aufgezählten Funktionen (vgl. Cosack § 123 VI 3e). Anm. 79.

Die Frage, ob der Komplementar die Vertretung auch niederlegen kann, richtet sich nach Anm. 8 zu § 127 (vgl. § 320 Abs. 2; Anm. 3 zu § 170).

d) Die Vertretungsbefugnis kann anderen Organen, als den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht übertragen werden, dies folgt aus §§ 320 Abs. 2, 161 Abs. 2, 125. Sie kann nicht einer fremden Person übertragen werden; es kann auch nicht bestimmt werden, daß der Aufsichtsrat stellvertretende Direktoren ernennt, nur Prokuren und Handlungsvollmachten können anderen Personen erteilt werden. Anm. 80.

3. **Ihre Geschäftsführungsbefugnis und Pflicht** richtet sich im allgemeinen nach den für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft geltenden Regeln, jedoch mit zahlreichen Abweichungen und Besonderheiten: Anm. 81.

a) Die Komplementare sind das ordentliche Geschäftsführungsorgan der Aktien-Kommanditgesellschaft. Außer ihm sind allerdings auch noch der Aufsichtsrat und die Generalversammlung geschäftsführende Organe. Aber regelmäßige und ordentliche Geschäftsführungsorgane sind die Komplementare und zwar alle. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings einem oder mehreren Komplementaren die Geschäftsführung übertragen (vgl. Anm. 1 zu § 164).

b) Der Inhalt der Befugnis zur Geschäftsführung, wie sich das Einzelrecht zur Geschäftsführung und das Gesamtrecht zur Geschäftsführung betätigt, richtet sich nach den für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft geltenden Regeln (vgl. Anm. 2 zu § 164). Anm. 82.

c) Die Vorschrift des § 116, daß sich das selbständige Recht zur Geschäftsführung nur auf die gewöhnlichen Betriebsgeschäfte bezieht, findet auch hier, wie bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft, Anwendung (vgl. Anm. 3 zu § 164). Das Widerspruchsrecht aber, das jedem Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft zusteht, steht hier nur der Gesamtheit der Kommanditisten zu und wird vom Aufsichtsrat ausgeübt, wenn es die Kommanditistenversammlung beschlossen hat. Anm. 83.

d) Zur Bestellung der Prokura gehört nach §§ 164, 116 Abs. 3 die Zustimmung aller geschäftsführenden Komplementare, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Zum Widerruf der Prokura genügt die Erklärung jedes Komplementars, der bei Erteilung mitzuwirken hat (vgl. Anm. 4 zu § 164). Die Kommanditisten haben bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft damit gar nichts zu tun. Hier aber muß der Aufsichtsrat zur Bestellung des Prokuristen seine Zustimmung geben (§§ 238, 325 Nr. 5). Über die Bedeutung dieses Erfordernisses nach außen s. Anm. 8 zu § 238. Anm. 84.

§ 320. Anm. 85. e) Die Vorschrift über das Recht der Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung ist auch hier sinngemäß zu übertragen. Der Antrag muß auch hier von allen übrigen Gesellschaftern, auch den Kommanditisten, ausgehen. Die letzteren werden hier in ihrer Gesamtheit durch den Aufsichtsrat vertreten. Auch das im § 117 erörterte Recht jedes einzelnen Gesellschafters zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ist hier gegeben und steht auch hier jedem Komplementar zu, allerdings nicht jedem Kommanditisten, wohl aber auch der Kommanditistengesamtheit, vertreten durch den Aufsichtsrat (vgl. näheres Anm. 5 zu § 164).

Nicht entzogen können die Funktionen werden, welche § 325 aufzählt (vgl. die folgende Anm. 86).

Anm. 86. f) Eine Reihe von einzelnen Funktionen (und zwar unentziehbar, solange die Gesellschafter Komplementare sind, vgl. vorige Anm. a. E.) sind im § 325 aufgezählt und ergeben sich aus der entsprechenden Anwendung von aktienrechtlichen Vorschriften auf die Aktien-Kommanditgesellschaft. Einer Aufzählung an dieser Stelle bedarf es nicht.

Anm. 87. Hervorgehoben aber wird die Verpflichtung der Komplementare, die Bücher der Gesellschaft zu führen. Diese Verpflichtung ergibt sich sowohl aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Kommanditgesellschaft (denn auch die Komplementare dieser haben die Pflicht), als auch aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Aktiengesellschaft (§ 320 Abs. 3; § 239).

Anm. 88. Hervorgehoben wird ferner die Verpflichtung der Komplementare zur Berufung der Generalversammlung beim Verlust der Hälfte des Grundkapitals und zur Stellung des Konkursantrages im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§§ 325 Nr. 2 und 8, 240).

Anm. 89. g) Besonders zu bemerken ist, daß die Tätigkeit der Komplementare hier der Kontrolle des Aufsichtsrats untersteht (§ 325 Nr. 5 und § 320 Abs. 2). Ob der Aufsichtsrat das Recht aus § 166 hat, kann dahingestellt bleiben, denn der hier anwendbare § 246 gibt ihm weitere Rechte. Dem einzelnen Kommanditisten steht ein Kontrollrecht nicht zu; er mag seine Rechte in der Generalversammlung ausüben (LG. Berlin I im „Recht" 00, 285).

Anm. 90. h) Was die Verantwortlichkeit der Komplementare für ihre geschäftsführende Tätigkeit angeht, so haftet der Komplementar wie der offene Gesellschafter (vgl. Anm. 11 ff. zu § 114) der Gesellschaft für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (§ 320 Abs. 2). Dies ist völlig gerechtfertigt, da er ja für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich haftet. Cosack (§ 123 Anm. 13) will ihn für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes haften lassen, allerdings erklärt er selbst seine Ansicht nicht für zweifellos. Allein sie ist nicht zutreffend; aus § 325 Nr. 7 folgt sie nicht, da hiernach nur die für den Vorstand gegebenen Vorschriften über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen Anwendung finden sollen und auch nur entsprechend. Das bedeutet: hat der Komplementar seine Verpflichtungen verletzt, so haftet er der Gesellschaft so, wie der Vorstand, wenn er die seinigen verletzt.

Anm. 91. Der § 241 Abs. 1 wird hiernach nicht entsprechend anwendbar sein, wohl aber die folgenden Absätze, so daß in den besonders hervorgehobenen Fällen des § 241 Abs. 3 die Haftung auch gegenüber den Gläubigern der Aktien-Kommanditgesellschaft eintritt. Zwar spricht § 325 Nr. 7 nur von Ersatzansprüchen der Gesellschaft, allein auch von den Gläubigern wird ja hier nur ein Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend gemacht. Überdies folgt das Gesagte aus § 320 Abs. 3 (Cosack § 123 Anm. 58). Was die Deckung durch einen Generalversammlungsbeschluß anbetrifft, so können sich die Komplementare durch einen solchen nicht decken, auch nicht der Gesellschaft gegenüber. Ihnen gegenüber enthält dieser Beschluß keinen Befehl, sondern nur die Zustimmung eines gleichgestellten Organs.

B. **Der Aufsichtsrat.**

Anm. 92. 1. **Die rechtliche Stellung des Aufsichtsrats im allgemeinen.** Der Aufsichtsrat wird von den Kommanditisten gewählt und ist dazu bestimmt, die Beschlüsse der Generalversammlungen aus-

§ 320.

zuführen, insbesondere auch die Prozesse der Kommanditistengesamtheit gegen die Komplementare zu führen (§ 328). Er ist aber auch ein Organ der Gesellschaft, denn er ist den Komplementaren infolge seines Kontrollrechtes übergeordnet, er vertritt die Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Komplementaren (§ 247); auch kann er Prozesse unter der Gesellschaftsfirma führen (§ 325 Nr. 7, § 247; D. 192). Seine Vergütung ist aus allgemeinen Gesellschaftsmitteln zu bestreiten, sein Anspruch hierauf besteht gegen die Gesellschaft.

Anm. 93. Daß er gewöhnlich geschäftsführendes, zum Teil aber auch Vertretungsorgan der Gesellschaft ist, gilt hier entsprechend, wie bei der Aktiengesellschaft (vgl. die Einleitung zu § 246).

Anm. 94. Soweit er die Kommanditistengesamtheit vertritt, sind die Mitglieder des Aufsichtsrats nur dieser verantwortlich; soweit er als Organ der Gesellschaft auftritt, der Gesellschaft.

2. **Im einzelnen gelten hier die Vorschriften für die Aktiengesellschaft.** Anm. 95.

a) § 243: Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Wahl, Amtsdauer, jederzeitiges Widerrufsrecht (vgl. die Erl. zu § 243).

b) § 244: Jede Änderung im Personalbestande des Aufsichtsrats ist bekannt zu machen und die Bekanntmachung einzureichen. Die Bekanntmachung erfolgt durch die Komplementare, obwohl dies im § 325 nicht besonders hervorgehoben ist, die Einreichung nach § 325 Nr. 1 ebenfalls.

c) Anm. 96. § 245: Besondere Bestimmungen über die Tantieme und die sonstige Vergütung des Aufsichtsrats. Auch diese gelten hier (vgl. daher die Erl. zu § 245). Es ist aber hinzuzufügen, daß die Vergütungsbeschlüsse der Generalversammlung der Zustimmung der Komplementare bedürfen. Denn die Vergütung wird ja aus der Gesellschaftskasse gezahlt, es ist daher die Vergütung eine gemeinsame Angelegenheit.

d) Anm. 97. § 246: **Kontrollrecht des Aufsichtsrats.** Dies besteht kraft § 325 Nr. 5 und § 320 Abs. 3. Es stellt den Aufsichtsrat über die Komplementare und macht ihn zum Organ der Gesellschaft (vgl. Anm. 89 u. 92). Ferner hat er das Recht und die Pflicht, die Generalversammlung zu berufen, so oft dies erforderlich erscheint (§ 246 Abs. 2).

e) § 247: Vertretung der Gesellschaft bei Rechtsgeschäften im Prozesse gilt auch hier (vgl. § 325 Nr. 7).

f) § 248 Abs. 1: Mitglieder des Aufsichtsrats können nicht zugleich Komplementare sein (vgl. § 328 Abs. 3), auch nicht als Beamte der Gesellschaft fungieren. § 248 Abs. 2 fällt natürlich weg, da der Aufsichtsrat überhaupt nicht das Recht hat, Komplementare zu „bestellen".

g) Anm. 98. § 249: Die Pflicht zur Sorgfalt und die Folge der Pflichtverletzung. Hier gilt das gleiche (vgl. die Erl. zu § 249). Doch ist, wie Anm. 94 gesagt ist, der Aufsichtsrat nicht immer der Gesellschaft verantwortlich, sondern nur dann, wenn er als deren Organ handelt, sonst der Kommanditistengesamtheit. Der ev. Gläubigeranspruch entsteht nur bei Verletzung der Pflichten gegen die Gesellschaft. Wenn Behrend (§ 146 Anm. 25) den Aufsichtsrat nur der Kommanditistengesamtheit gegenüber haftbar erklärt, so bezieht sich dies wohl nur auf das ältere Recht. Was die Deckung durch die Generalversammlung betrifft, so ist der Aufsichtsrat nur dann durch einen Beschluß dieser der Gesellschaft gegenüber gedeckt, wenn er als Ausführungsorgan der Kommanditistengesamtheit gehandelt hat, nicht auch dann, wenn er Organ der Gesellschaft war. In diesem Falle ist die Generalversammlung der Kommanditisten keine ihn anweisende Behörde, den Gläubigern gegenüber können auch die Mitglieder des Aufsichtsrats sich auf einen Beschluß der Generalversammlung nicht berufen.

C. **Die Generalversammlung.**

1. Anm. 99. **Die Rechtsstellung.** Die Generalversammlung ist hier nicht eine Versammlung der Gesellschafter, sondern nur der Kommanditisten. Die Komplementare haben auch dann kein Stimmrecht, wenn sie Aktien besitzen (§ 327). Weil die Generalversammlung nur eine Versammlung der Kommanditisten ist, so hat sie im allgemeinen auch nur das Recht, über die Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen, die die Rechte der Kommanditisten betreffen (z. B. den Widerspruch gegen ungewöhnliche Geschäfte, Anm. 83; Wahl des Aufsichtsrats usw.).

§ 320. Anm. 100. Die Beschlüsse, die bei der einfachen Kommanditgesellschaft der Zustimmung der Komplementare bedürfen, bedürfen dieser Zustimmung auch hier (§ 327 Abs. 2 und Anm. 4 dazu). So können sie z. B. eine Bilanz zwar einseitig verwerfen, aber die Veränderungen, die sie vornehmen, bedürfen der Zustimmung der Komplementare (Lehmann-Ring Nr. 8; Cosack 123 Anm. 29). Sie können ferner den Komplementaren Geschäfte nicht anbefehlen; beschließen sie daher ein Gesellschaftsgeschäft, so bedarf dieser Beschluß der Zustimmung der Komplementare; vornehmlich sind alle Statutenänderungen gemeinsame Angelegenheiten (vgl. § 327 Abs. 2 u. 4).

Anm. 101. Allein in manchen Hinsichten ist der Generalversammlung eine freiere, den Komplementaren übergeordnete Stellung eingeräumt. Sie ist nicht auf das wenig umfassende Kontrollrecht beschränkt, das § 166 den Kommanditisten einer einfachen Kommanditgesellschaft einräumt, sondern kann Vorlegung der Jahresbilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und eines Geschäftsberichts verlangen, wie sie der Vorstand der Aktiengesellschaft seiner Generalversammlung vorzulegen hat (§ 325 Nr. 3). Die Generalversammlung ist auch um positive Genehmigung der Bilanz anzugehen, sie darf sie nicht nur bemängeln, sondern sie hat sie auch zu genehmigen, und ehe das geschieht, können auch die Komplementare nicht ihre Gewinne beziehen. Dies folgt aus der ganzen Stellung, die der Generalversammlung in bezug auf die Bilanz eingeräumt ist, und aus § 329 Abs. 1. Denn nur die Generalversammlung kann feststellen, ob eine Unterbilanz vorhanden ist und die Komplementare daher ihre Gewinne beziehen dürfen (Cosack § 123 VI 3b). Wie nun, wenn die Generalversammlung eine Bilanz feststellt, die von der durch die Komplementare aufgestellten abweicht? Der Komplementar hat das Recht der Anfechtung (§§ 271, 325). Wenn aber die Anfechtung nicht erfolgt oder vergeblich versucht wird, so ist die Bilanz damit noch nicht festgestellt; er kann aber nunmehr vom Aufsichtsrat auf Anerkennung verklagt werden. In diesem Prozesse wird zwischen der Kommanditistengesamtheit und dem Komplementar festgestellt, wer im Recht ist, welche Gestalt die Bilanz haben muß (vgl. Neukamp in ZHR. 48, 486).

Die Generalversammlung kann ferner durch Vermittelung des Aufsichtsrats auch über die laufenden Geschäfte eine umfassende Kontrolle ausüben (§§ 325 Nr. 5, 328 Abs. 1). Sie kann endlich die Geschäftsführung durch außerordentliche Revisoren nachprüfen (§ 327 Abs. 3, § 325 Nr. 5). Die Generalversammlung kann endlich Beschlüsse über Angelegenheiten, die bei der Kommanditgesellschaft ein Einverständnis mit den Komplementaren nicht erfordern, ohne Zustimmung der Komplementare gültig fassen: so z. B. die Wahl und die Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats, die Kündigung der Gesellschaft.

Anm. 102. Die Frage, welcher persönlich haftende Gesellschafter zustimmen muß, oder ob alle zustimmen müssen, richtet sich danach, ob es sich um eine Frage der Gesellschaftsführung handelt (hier entscheidet die Geschäftsführungsbefugnis der Komplementare, vgl. Anm. 81 ff.), oder ob es sich um Änderung des Gesellschaftsvertrages handelt (hier müssen alle Gesellschafter zustimmen). Vgl. Pinner 352.

Anm. 103. 2. **Im einzelnen gelten folgende Vorschriften des Aktienrechtes.**

a) § 250: regelmäßige Ausübung der Aktionärbefugnis durch Beschlußfassung in der Generalversammlung. Hinzuzufügen ist § 327, nach dem der Komplementar kein Stimmrecht hat, auch wenn er Aktien besitzt.

b) § 251: die erforderlichen Mehrheiten.

c) die Einzelheiten des Stimmrechts (jede Aktie gewährt das Stimmrecht, das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen ausgeübt, es kann aber abgestuft werden; Abstimmungen durch Bevollmächtigte; Hindernisse der Teilnahme an der Abstimmung). S. überall die Erläuterungen zu § 252.

Anm. 104. d) § 253: Berufung der Generalversammlung durch den Vorstand, hier durch die Komplementare (§ 325 Nr. 2).

Das Recht der Berufung steht hier dem geschäftsführenden Komplementar zu (so Renaud 478; Puchelt-Förtsch Anm. 2; Lehmann-Ring Nr. 8). Die Berufung ist ein Akt

der Geschäftsführung und es ist nicht ersichtlich, warum dieser Akt der Geschäftsführung anderen Regeln folgen soll, wie andere (zust. Pinner 351). **§ 320.**

e) § 254: das Recht der Minderheit zur Berufung der Generalversammlung. Anm. 105.

f) §§ 255 und 256: Form und Frist für die Berufung der Generalversammlung und die Ankündigung der Tagesordnung.

g) § 257: das Recht des Aktionärs auf Mitteilung der Tagesordnung und der gefaßten Beschlüsse.

h) § 258: das Aktionärverzeichnis in der Verhandlung. Dazu tritt, wenn der Komplementar teilnimmt und seine Zustimmung zu dem Beschlusse geben muß, die Bezeichnung des Komplementars.

i) § 259: urkundliche Form für alle Generalversammlungsbeschlüsse gilt auch hier (früher anders Art. 180f). Ferner Einreichung der Generalversammlungsbeschlüsse zum Handelsregister (§ 259 Abs. 5), diese Vorschrift ist jedoch durch § 327 Abs. 4 geändert (s. die Erläuterung zu diesem). Ebenso s. § 327 für die Form der Zustimmung der Komplementare zu eintragungsbedürftigen Beschlüssen.

k) § 260: die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Bilanz, die Gewinnverteilung und über die Entlastung des Vorstandes. Wegen der ersteren beiden Punkte s. Anm. 101; auch die Entlastung des Vorstandes, hier der Komplementare, ist Sache der Generalversammlung. Das ist das Korrelat des weitgehenden Prüfungs- und Kontrollrechts der Generalversammlung. Anm. 106.

l) § 260 Abs. 3: Vorlegung der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts (s. Anm. 101). Anm. 107.

m) §§ 261 und 262: die Bilanzvorschriften gelten auch hier. Hierüber Anm. 68.

n) § 263: Vorbereitung der Generalversammlung durch Auslegung und abschriftliche Mitteilung der Jahresrechnung.

o) § 264: Vertagung der Generalversammlung.

p) § 265: Veröffentlichung der Bilanz. Sie erfolgt durch die Komplementare (§ 325 Nr. 3).

q) §§ 266 und 267: Prüfung durch Revisoren. Sie finden hier Anwendung (s. § 327 Abs. 3 und die Erläuterungen dazu).

r) §§ 268 und 269: Geltendmachung von Ersatzansprüchen. Sie finden hier Anwendung (§ 327 Abs. 3). Vgl. zu § 327.

s) § 270: Beschränkung von Vergleichen und Verzichten. Er findet Anwendung.

t) §§ 271—273: Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Diese finden Anwendung. An die Stelle des Vorstandes treten hier überall die Komplementare (§ 325 Nr. 4). Zu verklagen ist hier die Gesellschaft, obgleich es sich doch um Beschlüsse der Kommanditistenversammlungen handelt. Als Kläger können außer den Kommanditisten, wie gesagt, auch die Komplementare auftreten und zwar nach der herrschenden Ansicht jeder von diesen (vgl. Petersen-Pechmann 227; Lehmann-Ring Nr. 8).

VI. Abänderungen des Gesellschaftsvertrages.

1. **Statutenänderungen überhaupt** bedürfen der Zustimmung der Komplementare und der Kommanditisten. Dies folgt aus § 320 Abs. 2. Die Zustimmung der Kommanditisten liegt in einem Generalversammlungsbeschlusse, der aktienrechtlichen Regeln folgt (§§ 274—276); selbstverständlich greifen auch die allgemeinen Vorschriften über Generalversammlungsbeschlüsse Platz: Form, Anfechtung usw. Die Zustimmung der Komplementare muß in dem über die Verhandlung der Kommanditisten aufgenommenen Protokolle oder in einem Anhange zu ihm erklärt werden (§ 327 Abs. 4. Diese Zustimmung ist aber eine rechtsgeschäftliche Erklärung. Das Protokoll oder die Anlage zum Protokoll muß daher dem Komplementar vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben werden (vgl. § 177 FGG.; Jastrow, Formularbuch I zu § 327 HGB. gegen Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 327 und Makower Anm. III c 1 zu § 327). Bei Fassungsänderungen ist Delegation an den Aufsichtsrat zulässig, der auch in diesem Falle Organ der Gesellschaft (§ 320 Abs. 3, § 274 Abs. 1). Der Beschluß muß eintragen werden, Anm. 108.

§ 320. um gültig zu sein; zur Eintragung wird er von den Komplementaren angemeldet und zwar durch so viele von ihnen, als zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind (§§ 325 Nr. 1, 277).

Anm. 109. 2. **Insbesondere die Erhöhung der Kapitalanteile und die Aufnahme neuer Mitglieder.**

a) Zur Aufnahme neuer Komplementare gehört ein Statutenänderungsbeschluß, der den Regeln zu 1 folgt. Was die Erhöhung des Kapitalsanteils der vorhandenen Komplementare betrifft, so treten gewisse Änderungen von selbst durch Zuschreibung der nicht bar ausgezahlten Gewinne ein (vgl. Anm. 67). Jede sonstige Erhöhung des Kapitalsanteils der Komplementare bedarf eines Statutenänderungsbeschlusses, der den Regeln zu 1 folgt. Denn auch der Komplementar darf seine Einlage nicht einseitig erhöhen (vgl. Anm. 8 zu § 111).

Anm. 110. b) Die Aufnahme neuer Kommanditisten und die Erhöhung des Nominalbetrages der vorhandenen Aktien folgt gemäß § 320 Abs. 3 den Regeln des Aktienrechts (§§ 278—287), denen jedoch hinzuzufügen ist, daß die sämtlichen Komplementare ihre Zustimmung geben müssen (§ 327 Abs. 2) und zwar in der zu 1 gedachten Form, da es sich um Änderungen des Gesellschaftsvertrages handelt.

Anm. 111. 3. **Insbesondere die Herabsetzung der Kapitalanteile und das Ausscheiden von Mitgliedern.**

a) Bei den Komplementaren erfolgt die Herabsetzung oft von Rechts wegen, nämlich durch Abschreibung der Verlustanteile (vgl. Anm. 70), außerdem durch Entnahme von 4% Vorwegzinsen, wenn Gewinn überhaupt nicht, oder nicht soweit vorhanden ist (vgl. Anm. 68). Außerdem kann auch jede andere Herabsetzung des Kapitalanteils des Komplementars vereinbart werden, allerdings nur durch Statutenänderungsbeschluß, der den Regeln zu 1 folgt, und mit der Beschränkung, deren in § 320 gedacht ist (vgl. Anm. 68).

Das Ausscheiden von Komplementaren folgt anderen Regeln, die in anderem Zusammenhange (zu § 330) darzustellen sind.

Anm. 112. b) Bei den Kommanditisten erfolgt die Herabsetzung des Grundkapitals und das Ausscheiden von Mitgliedern gemäß § 320 Abs. 3 nach den Regeln des Aktienrechts (§§ 288—291), nur daß die sämtlichen Komplementare in der zu 1 gedachten Form zustimmen müssen, weil ja eine Statutenänderung vorliegt; durch sie erfolgt auch die Anmeldung (§ 327).

Anm. 113. **VII. Auflösung der Gesellschaft, Ausscheiden einzelner Gesellschafter und Nichtigkeit der Gesellschaft.**

Diese Lehre ist in den Erläuterungen zu § 330 behandelt.

Anm. 114. **VIII. Das Strafrecht bei der Aktien-Kommanditgesellschaft.**

Hier gelten dieselben Bestimmungen, wie im Aktienrechte (§ 320 Abs. 3; Katz, Strafrechtliche Bestimmungen des HGB. 15; Stenglein, Nebengesetze 969). Insbesondere ist vorgeschrieben, daß die den Vorstand betreffenden Strafbestimmungen sich hier auf die Komplementare beziehen (§ 325 Nr. 9) und zwar treffen sie alle Komplementare, auch die nichtgeschäftsführenden und nichtvertretungsberechtigten, soweit ihnen die betreffenden Pflichten ohne Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis obliegen. So kann insbesondere auch § 312 (absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln) auch gegen die nichtgeschäftsführenden Komplementare in Anwendung kommen.

Anm. 115. **IX. Das Ordnungsstrafrecht.**

Auch hier gilt das gleiche, wie im Aktienrecht, also insbesondere auch § 319 (vgl. § 320 Abs. 3; § 325 Nr. 9).

Anm. 116. **X. Übergangsfragen.**

Da das jetzige HGB. die Aktien-Kommanditgesellschaft als juristische Person ansieht (Anm. 2), sind hiernach auch die bestehenden Kommanditgesellschaften als juristische Person zu betrachten. Es liegt darin gewissermaßen eine authentische Deklaration des jetzigen Gesetzgebers, durch

welche die früheren Zweifel an dieser Konstruktion beseitigt werden, und zwar auch hinsichtlich der früheren Gesellschaften. § 320.

Demgemäß beantworten sich auch die Übergangsfragen in derselben Weise, wie bei der Aktiengesellschaft, denn im wesentlichen wurzelt die Art, wie diese Fragen bei der Aktiengesellschaft beantwortet werden, in dem korporativen Charakter der Aktiengesellschaft. Das gilt auch insoweit, als es sich um das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditisten, sowie gegenüber Dritten, insbesondere um die Befugnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, also um die Rechtsverhältnisse handelt, die sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften bestimmen (§ 320 Abs. 2). Denn für die Übergangsfragen ist auch hier maßgebend, daß es sich um eine juristische Person handelt, deren Rechtsverhältnisse hier in Rede stehen, mögen auch in gewissen Hinsichten die Regeln der Kommanditgesellschaft wegen der Ähnlichkeit der betreffenden Rechtsbeziehungen entsprechende Anwendung finden. Die Ansicht Cosacks (§ 146, 12d), der die Rechte und Pflichten der Komplementare unter sich und gegenüber der Kommanditistengesamtheit nach altem, die der einzelnen Kommanditisten nach neuem Rechte beurteilen will, kann nicht geteilt werden (ebenso Lehmann-Ring Nr. 12). Anm. 117.

Es kommen hiernach die in Anm. 1 ff. zu § 178 für die Aktiengesellschaft erörterten Grundsätze auch hier zur Anwendung.

§ 321.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden. Die persönlich haftenden Gesellschafter müssen sich sämmtlich bei der Feststellung betheiligen; außer ihnen können nur Personen mitwirken, die als Kommanditisten Aktien übernehmen. In der Verhandlung ist der Betrag der von jedem Betheiligten übernommenen Aktien anzugeben. § 321.

Die Gesellschafter, welche den Inhalt des Gesellschaftsvertrags festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

1. Der Gründungshergang folgt den allgemeinen Vorschriften über die Aktiengesellschaft (vgl. Anm. 17 ff. zu § 320). Insbesondere gibt es auch hier eine Simultan- und eine Sukzessivgründung. Nur in einigen Punkten sind in den §§ 321—323 Abweichungen vorgeschrieben. Anm. 1.

2. Die im vorliegenden Paragraphen vorgesehene Abweichung besteht nach Abs. 1 unseres Paragraphen darin, daß zu den Personen, die den Gesellschaftsvertrag feststellen, die persönlich haftenden Gesellschafter unbedingt gehören, auch wenn sie keine Aktien übernehmen. Außer ihnen können nur solche Personen bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages mitwirken, die als Kommanditisten Aktien übernehmen. Indessen ist es nicht unbedingt notwendig, daß Personen der letzteren Art bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages mitwirken, so daß, wenn fünf Komplementare vorhanden sind, kein zukünftiger Kommanditist mitzuwirken braucht. Anm. 2.

3. Der Abs. 2 unseres Paragraphen zieht nur eine redaktionelle Konsequenz des oben Gesagten. Da nach Abs. 1 bei der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages die Komplementare mitwirken müssen, auch wenn sie keine Aktien übernehmen, ist es für die Aktien-Kommanditgesellschaft nicht zutreffend, wenn § 187 sagt: Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben, oder andere als Bareinlagen gemacht haben, gelten als Gründer der Gesellschaft. Vielmehr muß es heißen: Die Gesellschafter, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben usw. Anm. 3.

§ 321. Anm. 4. 4. Im Zusammenhange ist die Vorschrift unseres Paragraphen behandelt im Zus. 2 zu § 320 (vgl. Anm. 17 ff. daselbst).

Anm. 5. 5. Wegen der näheren Erläuterung der in unserem Paragraphen in Betracht kommenden Begriffe und Zweifelsfragen s. die Erl. zu §§ 182 u. 187.

§ 322.

§ 322. **Der Gesellschaftsvertrag muß außer den im § 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 5, 6 vorgesehenen Festsetzungen den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters enthalten.**

Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter müssen, sofern sie nicht auf das Grundkapital erfolgen, nach Höhe und Art im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Die Vorschrift des § 186 Abs. 1 findet auf alle zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vortheile Anwendung.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages.

Anm. 1. 1. Zunächst muß der Gesellschaftsvertrag den im § 182 vorgesehenen Inhalt haben, nur daß natürlich die Nr. 4 (Bestimmungen über Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands) hier wegfällt. Denn einen Vorstand gibt es hier eben nicht. An die Stelle dessen tritt die im Abs. 1 unseres Paragraphen gegebene Vorschrift, nach der der Gesellschaftsvertrag den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters enthalten muß (über die Firma s. Anm. 7).

Der Gesellschaftsvertrag muß ferner ev. den in §§ 183, 184, 185, 186 vorgesehenen Inhalt haben.

Anm. 2. 2. **Dazu tritt die Festsetzung der Vermögenseinlage des persönlich haftenden Gesellschafters.** Diese Festsetzung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die Vermögenseinlage nicht auf das Grundkapital erfolgt, und ferner, wenn eine solche Einlage überhaupt vereinbart wird. Aber weder das eine, noch das andere ist gesetzlich vorgeschrieben. Der persönlich haftende Gesellschafter braucht Aktien nicht zu zeichnen (vgl. Anm. 2 zu § 321). Aber wenn er auch Aktien zeichnet, so braucht die Vermögenseinlage im Gesellschaftsvertrage nicht festgesetzt zu werden. Seine Aktienbeteiligung geht ja aus der Erklärung der Aktienübernahme hervor, dem für die Dauer berechneten Inhalt des Gesellschaftsvertrages braucht sie nicht einverleibt zu werden. Der persönlich haftende Gesellschafter braucht aber von Gesetzes wegen überhaupt keine Einlage zu machen. Nur wenn er eine außerhalb des Grundkapitals liegende Einlage macht, muß dies im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Anm. 3. 3. Ebenso muß im Gesellschaftsvertrage der für den persönlich haftenden Gesellschafter festgesetzte besondere Vorteil festgesetzt werden. Was versteht man aber unter besonderem Vorteil des persönlich haftenden Gesellschafters? Der Komplementar hat, soweit er Aktien zeichnet, die den Aktionären zugesicherten Vorteile. Soweit er andere Einlagen macht, hat er nach §§ 168, 320 Abs. 2 zunächst 4% seines Kapitalguthabens als Gewinn und in Ansehung des Gewinnes, der diesen Betrag übersteigt, ein den Umständen nach angemessenes Verhältnis zu fordern (vgl. Anm. 65 ff. zu § 320). Zusicherungen, die darüber hinaus gemacht werden, oder die seinen Gewinnanteil gesetzlich feststellen, sind besondere Vorteile, müssen im Gesellschaftsvertrage festgestetzt sein und können nur durch Abänderung der Statuten abgeändert, verkürzt oder erhöht werden (Lehmann-Ring Nr. 3). Dagegen widerspricht es dem Wesen und der Konstruktion der Aktienkommanditgesellschaft, wenn der Komplementar, wie dies häufig geschieht, durch Engagementsvertrag, etwa abgeschlossen vom Aufsichtsrat, gegen ein bestimmtes Gehalt auf bestimmte Zeit zum Direktor bestellt wird, oder wenn der Aufsichtsrat durch Statut ermächtigt wird, das Gehalt festzusetzen.

4. Stempelfrage. Wenn der Komplementar eine Sacheinlage macht, so ist dies kein Kaufvertrag, sondern ein Gesellschaftsvertrag und als solcher zu verstempeln (vgl. Anm. 24 zu § 186). § 322. Anm. 4.

5. Im Zusammenhange ist die Vorschrift unseres Paragraphen, sowie überhaupt die Vorschriften über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, behandelt in Anm. 19ff. zu § 320. Anm. 5.

6. Wegen der für den Inhalt des Gesellschaftsvertrages in Betracht kommenden Begriffe und Zweifelsfragen s. die Erl. zu den §§ 182—187. Anm. 6.

Was die Firma betrifft, so gilt das in Anm. 16 zu § 182 Gesagte natürlich nur mit der Maßgabe, die sich aus den §§ 20 und 22 für die Aktien-Kommanditgesellschaft ergibt. Aus § 22 besonders ergibt sich, daß die AKG. sowohl bei ihrer Gründung, als auch später die Firma eines Geschäfts annehmen kann, das sie übernimmt, nur daß sie stets die Bezeichnung Aktien-Kommanditgesellschaft annehmen muß. Ob, wenn die AKG. ihr Geschäft veräußert, der Nachfolger die Firma benutzen kann, darüber s. Anm. 12 zu § 22. Über Zusätze s. Anm. 7—13 zu § 18. Über Firmen früherer Kommanditgesellschaften auf Aktien s. Anm. 4 zu § 20. Anm. 7.

Zusatz. Nach früherem Recht mußten die Komplementare sich mit Einlagen beteiligen und es war die Veräußerung der von ihnen zu nehmenden Aktien beschränkt. Nachdem jetzt diese Bestimmung aufgehoben ist, fällt die Unveräußerlichkeit der Aktien, soweit sie lediglich auf der gesetzlichen Bestimmung beruhte, fort (Anm. 117 zu § 320); soweit sie dagegen statutarisch festgesetzt war, bleibt sie bestehen (vgl. Bauer 6, 105). Auch jetzt kann natürlich statutarisch die Verpflichtung der Komplementare, Aktien zu zeichnen und diese, solange sie Komplementare sind, nicht zu veräußern, festgesetzt werden. Anm. 8.

§ 323.

Zeichnungsscheine haben außer den im § 189 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung derjenigen Gründer zu enthalten, welche persönlich haftende Gesellschafter sind. § 323.

In der mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nach § 195 Abs. 3 Satz 1 zu verbindenden Erklärung ist in Ansehung der durch Baarzahlung zu leistenden Einlagen anzugeben, daß der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter ist.

Zur Theilnahme an der im § 196 bezeichneten Verhandlung sind auch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt. Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil der in dem Verzeichniß aufgeführten Kommanditisten begreifen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des nicht von den persönlich haftenden Gesellschaftern übernommenen Grundkapitals darstellen.

Bei der Eintragung in das Handelsregister sind statt der Mitglieder des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben. Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

Besondere Vorschriften über den Zeichnungsschein, die Anmeldung der Gesellschaft, die Errichtungsversammlung und die Eintragung der Gesellschaft.

1. (Abs. 1.) **Die Sondervorschrift über den Zeichnungsschein.** Da die Aktien-Kommanditgesellschaft, ebenso wie die Aktiengesellschaft sowohl durch Simultan- als auch durch Sukzessivgründung errichtet werden kann, so greift im letzteren Falle die Lehre vom Zeichnungsschein Anm. 1.

§ 323. auch hier Platz. Hier tritt jedoch die Vorschrift hinzu, daß der Zeichnungsschein auch die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter enthalten muß.

Im übrigen vgl. über den Zeichnungsschein die Erläuterungen zu § 185 und Anm. 28 zu § 320.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Die Sondervorschrift über die Anmeldung der Gesellschaft.** Die Anmeldung der Gesellschaft folgt im allgemeinen den Regeln, die für die Aktiengesellschaft gelten, nur daß hier natürlich die Angabe, der bar eingeforderte Betrag befinde sich im Besitze des Vorstandes, wegfällt und an dessen Stelle die Angabe tritt, die bare Einzahlung befinde sich im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter.

Im übrigen vgl. über die Anmeldung der Gesellschaft die Erläuterungen zu § 195 und die Anm. 33 zu § 320.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) **Die Sondervorschrift über die richterliche Errichtungsverhandlung bei der Sukzessivgründung.** Zur Teilnahme an dieser sind auch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt, wenngleich sie kein Stimmrecht haben (§§ 327, 197, 320 Abs. 3; D. 189) und der Konstituierung, sofern die Versammlung nicht zugleich Änderungen des Gesellschaftsvertrages beschließt, nicht mehr widersprechen können (D. 189; dagegen Lehmann-Ring Nr. 3). Die der Errichtung zustimmende Mehrheit muß hier ein Viertel der Kommanditisten begreifen; der Betrag ihrer Anteile muß mindestens ein Viertel des nicht von den Komplementaren übernommenen Grundkapitals darstellen. Die Unterschiede von den für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften springen in die Augen.

Im übrigen vgl. über diese Errichtungsverhandlung die Erläuterungen zu § 196 und Anm. 34 zu § 320.

Anm. 4. 4. (Abs. 4.) **Die Sondervorschrift über die Eintragung der Gesellschaft.** Diese ist selbstverständlich. An die Stelle der Mitglieder des Vorstandes treten die persönlich haftenden Gesellschafter. Diese sowie die Sonderbestimmungen über deren Vertretungsbefugnis sind einzutragen.

Anm. 5. Im übrigen vgl. über die Eintragung der Aktien-Kommanditgesellschaft die Erläuterungen zu § 198 und die Anm. 36 zu § 320. Über die Vertretungsbefugnis der Komplementare siehe Anm. 73ff. zu § 320 und Anm. 1ff. zu § 170.

§ 324.

§ 324. Für den im § 207 bezeichneten Beschluß der Generalversammlung bedarf es, wenn sich der Beschluß auf einen im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft geschlossenen Vertrag bezieht, einer Mehrheit, deren Antheile mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter entfallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. Die Vorschrift des § 207 Abs. 3 Satz 1 bleibt unberührt.

Eine Sondervorschrift über die Nachgründung. Diese bedarf keiner besonderen Erläuterung. Im übrigen vgl. die Erläuterung zu § 207 und die Anm. 45 zu § 320.

§ 325.

§ 325. Die den Vorstand der Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften:

1. über die Anmeldungen, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister,
2. über die Berufung der Generalversammlung,
3. über die Aufstellung, Vorlegung und Veröffentlichung der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie über die Vorlegung des Geschäftsberichts,
4. über die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung,

5. über das Verfahren im Falle der Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder Geschäftsführung sowie über die Obliegenheiten gegenüber den Revisoren und dem Aufsichtsrathe, § 325.
6. über die im Falle einer Herabsetzung des Grundkapitals an die Gläubiger zu richtende Aufforderung,
7. über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wegen der Geschäftsführung,
8. über die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens,
9. über die strafrechtliche Verantwortlichkeit und über die Verhängung von Ordnungsstrafen

finden auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Anwendung.

Es versteht sich eigentlich von selbst, daß in allen hier in Rede stehenden Fällen an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten. Es dient aber zur Verdeutlichung, daß dies hier hervorgehoben wird. Die einzelnen Punkte sind gehörigen Orts berücksichtigt.

§ 326.

§ 326. Ein persönlich haftender Gesellschafter darf ohne Einwilligung der Gesellschaft weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und, sofern nicht die Befugniß zur Ertheilung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen ist, durch die Generalversammlung ertheilt.

Verletzt ein persönlich haftender Gesellschafter die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so findet die Vorschrift des § 236 Abs. 2 Anwendung.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des persönlich haftenden Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph bestimmt das Konkurrenzverbot der persönlich haftenden Gesellschafter.** Dies entspricht sachlich der Vorschrift des früheren Art. 196a. Der Abs. 1 enthält das Konkurrenzverbot, Abs. 2 die Folgen seiner Verletzung, Abs. 3 betrifft die Verjährung der Ansprüche.

I. (Abs. 1.) **Inhalt des Konkurrenzverbots.** Anm. 1.

1. **Dem Verbot sind die persönlich haftenden Gesellschafter unterworfen**, gleichviel ob sie einzeln oder gesamt oder gar nicht berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten. Mit der Auflösung der Gesellschaft aber hört das Verbot von selbst auf (ROHG. 21, 140).

2. **Verboten ist:** Anm. 2.

a) Das Geschäftemachen in dem Handelszweige der Gesellschaft. Insoweit deckt sich die Vorschrift mit der Konkurrenzvorschrift für die offenen Handelsgesellschafter nach § 112. Vgl. daher die Anm. 2 zu § 112.

§ 326. Anm. 3. Über den Begriff Handelszweig, oder die Frage, ob der statutarische Gegenstand des Unternehmens entscheidet, oder der tatsächliche Geschäftsbetrieb, siehe Anm. 3 zu § 236, ebenso siehe dort über die Frage, ob Grundstücksgeschäfte in den Handelszweig der Gesellschaft fallen können, endlich über den Begriff und den Umfang des Begriffs des Geschäftemachens.

Das Geschäftemachen außerhalb des Handelszweiges der Gesellschaft ist hiernach gestattet.

Anm. 4. b) **Die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter.** Mitglied einer nicht gleichartigen Handelsgesellschaft kann er also werden. Die Gleichartigkeit liegt aber nicht in der juristischen Konstruktion, sondern in dem gewerblichen Gegenstand des Unternehmens (näheres Anm. 5 zu § 236).

Anm. 5. 3. **Ohne Einwilligung der Gesellschaft** sind diese Tätigkeiten verboten. Die Einwilligung der Gesellschaft wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter (sämtliche, auch die nicht geschäftsführenden und nicht vertretungsberechtigten) und die Generalversammlung der Kommanditisten erteilt. Beide Faktoren müssen die Zustimmung erteilt haben, sonst liegt die Einwilligung nicht vor. Die Generalversammlung kann allerdings ihre Mitwirkung auch auf den Aufsichtsrat übertragen. Soweit die Generalversammlung mitzuwirken hat, ist eine stillschweigende Einwilligung begrifflich ausgeschlossen. Es muß ein Beschluß gefaßt werden. Im übrigen kann auch eine stillschweigende Einwilligung vorliegen (dagegen Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 6. Die Einwilligung muß vor der Vornahme der betreffenden Handlung erteilt werden (§ 183 BGB.), auch allgemein im voraus, aber die ohne die Einwilligung vorgenommene Handlung kann auch nachträglich genehmigt werden (§ 184 BGB.).

Anm. 7. II. (Abs. 2.) **Die Folgen der Verletzung** sind die gleichen, wie im § 236 Abs. 2. Vgl. daher Anm. 8 zu § 236.

Anm. 8. III. (Abs. 3.) **Auch die Verjährung** ist in derselben Weise geregelt, wie im § 236, nur daß natürlich an die Stelle der Kenntnis der Vorstandsmitglieder die Kenntnis der anderen Komplementare tritt. Vgl. daher die Anm. 9 u. 10 zu § 236.

Anm. 9. **Zusatz 1. Vertragsmäßig kann das Verbot erweitert oder eingeengt, auch an eine Vertragsstrafe geknüpft werden.** Hierüber siehe Anm. 11 zu § 236.

Anm. 10. **Zusatz 2. Über die häufig wiederkehrenden Konkurrenzverbote für die Zeit nach Auflösung des Verhältnisses** sind auch hier nicht Vorschriften gegeben. Hierüber siehe Anm. 12ff. zu § 236. Doch ist zur Anm. 13 daselbst zu bemerken, daß die Frage, ob das richterliche Ermäßigungsrecht bei der Vertragsstrafe Platz greift, sich verschieden beantwortet, je nachdem man den Komplementar als Kaufmann ansieht oder nicht. Ist er Kaufmann, so greift es nicht Platz (§ 348 HGB.). Darüber, ob er Kaufmann ist oder nicht, siehe Anm. 11 zu § 320.

Anm. 11. **Zusatz 3. Die Übergangsfrage** hat insofern wenig Bedeutung, als die Vorschrift sich sachlich mit der früheren des Art. 196a deckt. Aber die Verjährung ist anders geordnet. Hier wird Art. 169 EG. z. BGB. entsprechend Platz greifen. Für Komplementare älterer Gesellschaften, d. h. solcher vor dem Aktiengesetz von 1884 gilt nichts besonderes. § 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. Juli 1884 bezieht sich auf sie nicht (Motive zum Aktiengesetz von 1884 II 236).

§ 327.

§ 327. In der Generalversammlung haben die persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn sie Aktien besitzen, kein Stimmrecht.

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständniß der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist.

Zur Ausübung der Befugnisse, welche in Ansehung der Bestellung von Revisoren und der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft aus der

Gründung oder der Geschäftsführung nach den §§ 266 bis 269 der General- § 327. versammlung oder einer Minderheit von Aktionären zustehen, bedarf es der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht.

Beschlüsse der Generalversammlung, die der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen, sind zum Handelsregister erst einzureichen, wenn die Zustimmung erfolgt ist. Bei Beschlüssen, die in das Handelsregister einzutragen sind, ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll oder in einem Anhange zu dem Protokolle zu beurkunden.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften über das Stimmrecht der Komplementare und über ihre Zustimmung zu den Generalversammlungsbeschlüssen.

1. (Abs. 1.) **Der persönlich haftende Gesellschafter hat kein Stimmrecht in der Generalversammlung.** Er hat es nicht, wenn er keine Aktien besitzt; denn eine Generalversammlung ist eine Versammlung der Aktionäre. Er hat es aber auch dann nicht, wenn er Aktien besitzt (wegen etwaiger Verschiebung seiner Aktien an andere Personen s. Anm. 19 zu § 223). Anm. 1.

Bestritten ist, ob der Komplementar als Bevollmächtigter für einen anderen Aktionär stimmen darf. An sich würde, soweit nicht die Vorschrift des § 252 Abs. 3 entgegensteht, dies zulässig sein. Indem aber das Gesetz das Mitstimmen verbietet, auch wenn sie, d. h. die Komplementare, Aktien besitzen, läßt es klar seinen Willen erkennen, das Mitstimmen überhaupt zu verbieten. Daß sie, wenn sie keine Aktien besitzen, als Komplementare nicht mitzustimmen haben, versteht sich von selbst und bedürfte keiner gesetzlichen Vorschrift. Das Wort „auch" kann daher nur bedeuten, daß sie auch für andere nicht stimmen sollen. Auch in § 252 Abs. 3 ist denen, die über bestimmte Gegenstände nicht mitstimmen dürfen, das Stimmrecht für andere versagt (so Makower Anm. II a; Goldmann Anm. 1; Pinner 350 gegen 6./7. Aufl., und Lehmann-Ring Nr. 1). Anm. 2.

Das Recht der Teilnahme an der Generalversammlung ist den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht versagt (vgl. §§ 325 Nr. 3, 4, 5, 327 Abs. 4 Satz 2; Pinner 351). Das Anfechtungsrecht ist ihnen besonders durch § 325 Nr. 4 verliehen. Anm. 3.

2. (Abs. 2—4.) **Die Stellung der Komplementare gegenüber den Generalversammlungsbeschlüssen.** Anm. 4.

a) (Abs. 2.) Der Zustimmung der Komplementare bedürfen solche Beschlüsse der Generalversammlung, die Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist. Das folgt schon aus § 320 Abs. 2.

b) (Abs. 3.) Der Zustimmung bedürfen hiernach nicht solche Beschlüsse der Generalversammlung, die gemeinsame Angelegenheiten nicht betreffen (z. B. die Wahl oder Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats, die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten zur Führung von Prozessen der Kommanditistengesamtheit gegen die Komplementare, die Kündigung der Gesellschaft). Außerdem aber bedürfen Beschlüsse der Generalversammlung der Zustimmung der Komplementare nicht, wenn es sich um Ausübung der Befugnisse betr. die Bestellung von Revisoren, entsprechend auch um Vertagung der Generalversammlung auf Grund des § 264 und die Geltendmachung von Regreßansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung nach den §§ 266—269 auf Veranlassung der Generalversammlung oder einer Minderheit von Aktionären handelt. An und für sich würden solche Angelegenheiten der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen. Denn es handelt sich hier um Akte der Geschäftsführung, die ja dem Komplementar zusteht, nicht den Kommanditisten. Es ist damit den Kommanditisten einer Aktiengesellschaft ein weitgehendes Geschäftsführungsrecht eingeräumt, dem sich die Komplementare beugen müssen (vgl. Anm. 101 zu § 320). Anm. 5.

§ 327. 3. (Abs. 4.) **Die Form der Zustimmung der Komplementare.** Bei Beschlüssen, die einzutragen sind, muß die Zustimmung in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll beurkundet werden. (Über die Form vgl. Anm. 108 zu § 320. Die Zustimmung kann auch in einem „Anhang" zum Protokoll beurkundet werden. Daß dieser Anhang nur von dem Notar, der das Protokoll geführt hat, aufgenommen werden kann, wie Jastrow, Formularbuch I zu § 327 HGB. annimmt, ist im Gesetz nicht begründet, praktisch oft auch gar nicht durchführbar.) Es genügt also nicht, daß in einer besonderen Urkunde, z. B. in der Anmeldung des Beschlusses, die Zustimmung erteilt wird. Dabei macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen Beschlüssen, die erst durch Eintragung wirksam werden, und solchen, die auch ohne Eintragung wirksam sind, aber doch „in das Handelsregister einzutragen" sind (vgl. Anm. 4 zu § 330). — Sonst ist die Zustimmung formlos (z. B. bei Beschlüssen über die Bilanz und die Gewinnverteilung) und dürfte überdies in der Einreichung der Beschlüsse zum Handelsregister liegen. Allerdings erfolgt diese Einreichung nicht immer durch sämtliche Komplementare. In diesem Falle muß die Zustimmung der übrigen Komplementare besonders erfolgen und es muß, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt ist, in der Einreichungseingabe mindestens die Erklärung abgegeben werden, daß die Komplementare, die die Einreichungserklärung nicht unterschrieben haben, dem Beschlusse ihre Zustimmung gegeben haben. Denn die Einreichung hat doch den Zweck, daß die die Schicksale der Gesellschaft darstellenden Beschlüsse aus dem Register ersichtlich sind. Maßgebend ist aber der Beschluß erst nach erteilter Zustimmung, wenn dieselbe erforderlich ist. Über die Frage, ob alle oder nur einzelne Komplementare zuzustimmen haben vgl. Anm. 102 zu § 320.

Anm. 6.

Anm. 7. 4. Außerdem haben die Komplementare das Recht, die Generalversammlungsbeschlüsse der Kommanditisten anzufechten (§ 325 Nr. 4; vgl. ebenso Anm. 107 zu § 320). In der Unterlassung der Anfechtung liegt aber noch nicht die Zustimmung, zumal ja der Beschluß rechtsgültig gefaßt sein kann, und der Anfechtung alsdann nicht unterliegt, er wird dadurch allein für die Komplementare noch nicht bindend.

Anm. 8. **Zusatz. Übergangsfrage.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf bestehende Aktien-Kommanditgesellschaften Anwendung. Die Vorschrift des Abs. 1 aber findet auf Gesellschaften von der Novelle vor 1884 keine Anwendung, wenn statutarische Vorschriften entgegenstehen (§ 4 der Aktiennovelle von 1884; Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB., Art. 3 daselbst; D. 329).

§ 328.

§ 328. Die Beschlüsse der Kommanditisten werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Gesammtheit der Kommanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder diese gegen die Gesammtheit der Kommanditisten zu führen haben, werden die Kommanditisten durch den Aufsichtsrath vertreten, es sei denn, daß in der Generalversammlung besondere Vertreter gewählt werden. Für die Kosten des Rechtsstreits, welche den Kommanditisten zur Last fallen, haftet die Gesellschaft, unbeschadet ihres Rückgriffs gegen die Kommanditisten.

Die Vorschrift des § 247 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Persönlich haftende Gesellschafter können nicht Mitglieder des Aufsichtsraths sein.

Der Paragraph gibt einige Vorschriften über den Aufsichtsrat. Über die Stellung des Aufsichtsrats im allgemeinen s. Anm. 92 ff. zu § 320.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Beschlüsse der Kommanditisten werden durch den Aufsichtsrat ausgeführt.** Die Generalversammlung kann naturgemäß ihren Einfluß auf die Geschäftsführung der

Komplementare nur durch eine beschließende Tätigkeit ausüben. Ihre Beschlüsse werden durch besondere Organe, hier durch den Aufsichtsrat ausgeführt. Da aber nach dem vorliegenden Paragraphen auch ein anderes bestimmt sein kann, also auch andere Organe hierzu bestellt werden können, so ist ein Verwaltungsorgan bei der Aktien-Kommanditgesellschaft zulässig. Dies war auch die herrschende Ansicht nach früherem Recht. Neben diesem Verwaltungsorgan aber muß der Aufsichtsrat mit den ihm gesetzlich zustehenden Befugnissen, insbesondere der Kontrolltätigkeit, bestehen bleiben (Lehmann-Ring Nr. 1; Pinner 353). § 328.

2. (Abs. 2.) **Prozesse der Kommanditistengesamtheit gegen die persönlich haftenden Gesellschafter.** Hier ist die Kommanditistengesamtheit Prozeßpartei, eine Konstruktion, infolge deren man versucht wäre, die Kommanditistengesamtheit als juristische Person für sich anzunehmen (Makower III a zu § 320; Cosack § 123 I 1 b; dagegen Lehmann-Ring Nr. 2). Doch ist dieser Grund nicht zwingend. Es kommt auch sonst vor, daß für unbekannte Personen geklagt wird, so z. B. für unbekannte Erben, für eine künftige Deszendenz usw. Die Kosten des Prozesses werden, wenn die Kommanditistengesamtheit unterliegt, dieser auferlegt. Allein die Kommanditisten haften nicht persönlich mit ihrem ganzen Vermögen dafür, sondern nur, soweit sie Kommanditisten sind, d. h. mit ihren Anteilen am Vermögen der Gesellschaft, mit ihren Dividenden und Liquidationsansprüchen. Wohl aber haftet, wie Abs. 2 unseres Paragraphen sagt, die Gesellschaft für diese Kosten. Infolgedessen können die siegenden Komplementare die erwachsenen Kosten aus der Gesellschaftskasse entnehmen, und gegen die Kommanditisten durch Zurückhaltung von Dividenden und Liquidationsraten Regreß nehmen (D. 192). Anm. 2.

Statt des Aufsichtsrats führen die besonderen Vertreter den Prozeß, wenn die Generalversammlung der Kommanditisten dies bestimmt.

3. (Abs. 3.) **Außerdem aber kann jedes Mitglied des Aufsichtsrats, soweit es sich um seine Verantwortlichkeit handelt, ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter klagen.** Das folgt aus der in Abs. 3 angezogenen Bestimmung des § 247 Abs. 2 (vgl. die Erläuterungen zu letzterem). Ferner ist in Prozessen aus § 268 Abs. 2 Satz 3 der Aufsichtsrat Vertreter der Gesellschaft mangels Bestellung besonderer Vertreter (Anm. 5 zu § 268; Lehmann-Ring Nr. 2; Pinner 353). Anm. 3.

4. (Abs. 4.) **Über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats** ist hier die Bestimmung gegeben, daß Komplementare ihm nicht angehören dürfen. Im übrigen s. über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats Anm. 95 zu § 320. Anm. 4.

§ 329.

Ergiebt sich für die persönlich haftenden Gesellschafter nach dem Jahresergebniß ein Gewinnantheil, der nicht auf ihre Aktien fällt, so hat die Auszahlung zu unterbleiben, falls eine Unterbilanz vorhanden ist, die ihre nicht in Aktien bestehenden Kapitalantheile übersteigt. Solange eine solche Unterbilanz besteht, ist auch eine sonstige Entnahme von Geld auf den Kapitalantheil ausgeschlossen. § 329.

Auf den Gewinn, der sich für die persönlich haftenden Gesellschafter ergiebt, findet die Vorschrift des § 262 Nr. 1 über den Reservefonds Anwendung.

Der vorliegende Paragraph enthält eine Sondervorschrift über **die Teilnahme der Komplementare am Gewinn und Verlust.** Hierüber s. Anm. 68 zu § 320.

§ 330.

In Betreff der Thatsachen, durch welche die Auflösung der Kommanditgesellschaft auf Aktien herbeigeführt wird, sowie in Betreff des Ausscheidens eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern aus der Gesellschaft § 330.

§ 330. finden die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften mit folgenden Maßgaben Anwendung.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge; die Gläubiger eines Kommanditisten sind nicht berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen.

Für die Kündigung durch die Kommanditisten sowie für ihre Zustimmung zur Auflösung der Gesellschaft ist ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Das Gleiche gilt in Betreff des Antrags auf Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse für die Beschlußfassung aufstellen.

Das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern kann außer dem Falle der Ausschließung nur stattfinden, soweit es im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist.

Die Auflösung der Gesellschaft sowie das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters ist von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift des § 143 Abs. 3 findet Anwendung.

Einleitung. **Auflösung der Gesellschaft, Ausscheiden einzelner Gesellschafter und Nichtigkeit der Gesellschaft.** Der vorliegende Paragraph gibt nur einige vereinzelte Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft und das Ausscheiden von Komplementaren. Über die Nichtigkeit und ihre Folgen enthält er gar keine Vorschrift. Eine zusammenhängende Darstellung dieser Lehre ist auch hier nicht zu umgehen.

I. Die Auflösung der Gesellschaft.

Anm. 1. A. **Begriff der Auflösung.** Er ist der gleiche, wie bei der Aktiengesellschaft. Die Gesellschaft geht nicht unter, sondern behält ihre Organisation zum Zwecke der Abwicklung bei. Es liegt eine Liquidations-Aktien-Kommanditgesellschaft vor (vgl. Anm. 1 zu § 292). Ob die Folgen der Auflösung wieder rückgängig gemacht werden können, darüber s. Anm. 21.

Anm. 2. B. **Die Gründe der Auflösung.** Hierüber gelten nach § 330 Abs. 1 die für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft gegebenen Vorschriften. Bei der einfachen Kommanditgesellschaft sind aber keine besonderen Vorschriften über die Gründe der Auflösung gegeben, bis auf eine einzige (§ 177: der Tod des Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge). Diese eine Vorschrift gilt natürlich auch hier, und im übrigen die Vorschriften über die o. H. G. (§ 161 Abs. 2) — vgl. Erl. zu § 177. — Es kommen hiernach die §§ 131 ff. in Betracht. Danach ergibt sich folgendes:

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

Anm. 3. 1. Durch den Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen ist. Ist die Aktien-Kommanditgesellschaft nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so tritt nach Ablauf der Zeit ihre Auflösung und damit der Liquidationszustand von selbst ein, es sei denn, daß vor Ablauf dieser Zeit die Verlängerung oder Verkürzung der Gesellschaft durch Statutenänderungsbeschluß vereinbart wird. Auflösung und Liquidation sind einzutragen. Stillschweigende Fortsetzung ist bei der Aktien-Kommanditgesellschaft nicht möglich. Ebensowenig nach eingetretener Auflösung Fortsetzung der Gesellschaft durch ausdrückliche Vereinbarung; nur Neugründung ist dann noch möglich (vgl. Anm. 21). — Im übrigen vgl. die Anm. 5 ff. zu § 131.

2. **Durch Beschluß der Gesellschafter.** Dazu gehört hier ein Beschluß der in Anm. 105 zu § 320 gedachten Form und für die Zustimmung der Generalversammlung der Kommanditisten die im § 330 Abs. 3 vorgesehene Mehrheit. Für die Zustimmung der Komplementare ist die höhere Form des § 327 Abs. 4 deshalb erforderlich, weil der Beschluß nach § 330 Abs. 5 in das Handelsregister einzutragen ist (vgl. Anm. 6 zu § 327). Zur Gültigkeit aber gehört die Eintragung des Beschlusses nicht (vgl. Anm. 27), außer wenn er eine Statutenänderung in sich schließt (dagegen Goldmann Anm. 3). — Im übrigen vgl. die Anm. 5 zu § 131. **§ 330. Anm. 4.**

3. **Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.** **Anm. 5.**

a) Zur Stellung des Konkursantrages ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt (§ 210 KO.), letzterer insofern, als auch die in Liquidation befindliche Aktien-Kommanditgesellschaft noch in Konkurs geraten kann (§ 209 Abs. 2 KO.). Die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat oder gar ein einzelner Kommanditist sind zur Stellung des Konkursantrages nicht berechtigt, letzterer höchstens insofern, als er Konkursgläubiger ist, z. B. wegen festgestellter Dividenden. Über die Verpflichtung der Komplementare zur Stellung des Konkursantrages s. Anm. 9 ff. zu § 240 u. Anm. 88 zu § 320.

b) **Das Konkursverfahren findet auch im Falle der Überschuldung statt,** wie bei der Aktiengesellschaft (§ 209 Abs. 1 KO.). **Anm. 6.**

c) **Die Folge der Konkurseröffnung** ist Auflösung der Gesellschaft. Im einzelnen vgl. über die Folgen der Konkurseröffnung, soweit es sich um die Verhältnisse des Komplementars handelt, Anm. 18 ff. zu § 131, soweit es sich um die Verhältnisse der Gesellschaft und des Kommanditisten zur Gesellschaft handelt, Anm. 8 zu § 292. Besonders zu bemerken ist aber, daß als Gemeinschuldnerin hier nur die Gesellschaft gilt. Denn diese ist juristische Person und nur sie gerät in Konkurs. Weder die Kommanditisten, noch die Komplementare sind Gemeinschuldner. Die Komplementare sind in dem Konkurse der Aktien-Kommanditgesellschaft die gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners und haben dieselben Verpflichtungen, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft. Außerdem haften sie allerdings solidarisch für die Schulden der Gesellschaft und können **auf Grund dieser Haftung** vielleicht selbständig in Konkurs geraten. Hier soll nur festgestellt werden, daß sie im Konkurse der Gesellschaft nicht Gemeinschuldner sind. **Anm. 7.**

d) Ein Zwangsvergleich ist zulässig (§§ 209, 211 KO.) und zwar gehört dazu lediglich die Zustimmung der Komplementare, nicht auch der Kommanditistengesamtheit (§ 211 KO.). Er begrenzt zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Komplementare (§ 211 Abs. 2 KO.). Über **Fortsetzung** der Gesellschaft nach erfolgtem Zwangsvergleich oder Einstellung des Verfahrens vgl. Anm. 21. **Anm. 8.**

4. **Durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt.** Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung nicht zur Folge (§ 177), wohl aber der Tod eines Komplementars. Der § 139 kommt hier mit Änderungen zur Anwendung (vgl. auch Anm. 10 im Exk. zu § 177), und zwar hier mit der Maßgabe, daß der Erbe die Wahl hat, entweder in der Gesellschaft als Kommanditist zu verbleiben oder aber sein Ausscheiden zu verlangen. Letzteres Recht muß er innerhalb drei Monaten ausüben, widrigenfalls er dessen verlustig geht. Er braucht aber nicht, wenn er in der Gesellschaft nicht verbleiben will, die Erbschaft auszuschlagen. Von diesem Dilemma sollte er durch das neue HGB. jedenfalls befreit werden. Will er Kommanditist, d. h. Mitglied der Kommanditistengesamtheit bleiben (§ 139), so ist dies nur in Form einer Kapitalserhöhung und nur dann zulässig, wenn der Erblasser eine Einlage außerhalb des Grundkapitals gemacht hat. Ist letzteres nicht der Fall, so fällt sein Recht, als Kommanditist einzutreten, fort (so gegen 6./7. Aufl. Lehmann-Ring Nr. 5; Pinner 358; Makower Anm. 6 d 9 zu § 320); es verbleibt ihm nur das Austrittsrecht. **Anm. 9.**

§ 330. 5. **Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters.**

Anm. 10. Tritt diese Tatsache in der Person eines Kommanditisten ein, so hat dies die Auflösung nicht zur Folge (§ 330 Abs. 2). Wohl aber hat die Konkurseröffnung über das Vermögen des Komplementars die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Doch kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§§ 138, 161 Abs. 2, 330 Abs. 1; vgl. Anm. 34). Auch können noch nach der Eröffnung des Konkurses die anderen Gesellschafter dem Konkursverwalter erklären, daß sie die Gesellschaft fortsetzen wollen (§§ 141, 161 Abs. 2, 330 Abs. 1).

Anm. 11. 6. **Durch Kündigung und gerichtliche Entscheidung.**

a) Kündigung. Hierüber gilt § 132. Die Kündigung kann von der Kommanditistengesamtheit ausgehen und setzt in diesem Falle einen Beschluß der Generalversammlung gemäß § 330 Abs. 3 voraus. Die Kündigung wird durch den Aufsichtsrat erklärt (§ 328).

Näheres s. in den Anm. zu § 132. Eine Kündigung seitens des Komplementars wird genügen, wenn sie rechtzeitig allen übrigen Komplementaren und einer beschlußfähigen Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern bzw. dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats offiziell zugeht (Goldmann Anm. 7 hält die Zustellung an ein Aufsichtsratsmitglied für genügend).

Anm. 12. Es kann aber im Statut auch vereinbart sein, daß trotz Kündigung eines Gesellschafters die Gesellschaft fortbesteht (§ 138), doch muß mindestens ein Komplementar übrig bleiben (KGJ. 11, 29).

Anm. 13. b) Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Hierfür gilt § 133. Der Antrag kann auch von der Kommanditistengesamtheit gestellt werden und setzt in diesem Falle einen Beschluß der Generalversammlung gemäß § 330 Abs. 3 voraus. Der Antrag wird vom Aufsichtsrat gestellt und die Klage durch diesen durchgeführt, sowohl die von der Kommanditistengesamtheit angestellte, als die gegen diese angestellte (§ 328).

Näheres hierüber zu § 133.

Anm. 14. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß sich die Wichtigkeit der Gründe hier durch das Wesen und die Organisation der Gesellschaft wesentlich ändert. Unter den anderen Gesellschaftern im § 133 Abs. 2 ist der Komplementar einerseits und die Kommanditistengesamtheit andererseits zu verstehen, wenn diese letztere z. B. die ihr obliegenden Beschlüsse nicht faßt, also etwa die Bilanz fortgesetzt nicht genehmigen will und dadurch die Komplementare an ihren Gewinnbezügen hindert (vgl. Anm. 101 zu § 320).

Anm. 15. 7. **Die Gesellschaft kann ferner durch Kündigung seitens eines Pfändungsgläubigers eines Gesellschafters aufgelöst werden,** hier aber nur durch einen Gläubiger eines Komplementars (§ 330 Abs. 2), nicht auch den Gläubiger der Kommanditistengesamtheit, welcher letztere übrigens gar nicht denkbar ist, oder gar einen Gläubiger eines einzelnen Kommanditisten.

Näheres hierüber zu § 135. Doch ist zu bemerken: Die Kündigung des Privatgläubigers muß den Gesellschaftern zugehen, hier den Komplementaren und dem Aufsichtsrat als Vertreter der Kommanditistengesamtheit.

Anm. 16. Es kann aber im Gesellschaftsvertrage vereinbart sein, daß in solchem Falle die Gesellschaft sich unter den übrigen Gesellschaftern fortsetzt (Anm. 5 zu § 138), und es tritt dann diese Fortsetzung ein, doch muß wenigstens ein Komplementar übrig bleiben (vgl. Anm. 12).

Anm. 17. C. **Die Wirkung der Auflösung ist die Liquidation.** Diese richtet sich nach aktienrechtlichen Regeln, die sich aus §§ 320 Abs. 3 und 331 ergeben (vgl. auch D. 194; Pinner 357).

Danach gelten hier:

1. § 294: Die Liquidation ist die notwendige Folge der Gesellschaftsauflösung.
2. § 295: Dieser ist geändert durch § 331. Danach erfolgt die Liquidation durch sämtliche Komplementare und durch einen oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen als Liquidatoren. Damit soll aber nur ein Recht der Generalversammlung festgestellt werden. Hiernach sind die Komplementare die gesetzlichen Vertreter, und die Generalversammlung ist nur berechtigt, neben ihnen noch andere zu wählen. Zur Festsetzung einer Wahl-

pflicht lag keine Veranlassung vor, und überdies pflegt der Gesetzgeber nicht Pflichten ohne Zwang zur Erfüllung und ohne Präjudiz für Nichterfüllung anzuordnen. **§ 330.**

Die Komplementare können nicht, wie die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft, einfach durch Beschluß der Generalversammlung abberufen werden. § 295 Abs. 3 Satz 2 fällt hier fort, obgleich dies nicht besonders hervorgehoben ist. Hier greift vielmehr gemäß den §§ 320 Abs. 2, 161 Abs. 2 der § 147 Platz, nach dem die Abberufung von Liquidatoren durch einstimmigen Beschluß aller Beteiligten erfolgen kann, hier also der sämtlichen Komplementare und des Aufsichtsrats unter Zustimmung der Generalversammlung. Eine andere Frage ist, ob die Kommanditistenversammlung den von ihr gemäß § 331 gewählten Liquidator einseitig abberufen kann. Lehmann-Ring (Nr. 5 zu § 331), und Goldmann (Anm. 3) bejahen dies. Wir möchten es verneinen. Einmal erwählt, ist er Liquidator der Gesellschaft und kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen abberufen werden, wie jeder andere Liquidator, also so, wie der Komplementar als Liquidator.

Außerdem greift das richterliche Ernennungs- und Abberufungsrecht gemäß § 295 Abs. 2 und 3 Platz.

Den Antrag auf Ernennung oder Abberufung gemäß § 295 Abs. 2 und 3 kann nach § 331 Abs. 2 auch jeder Komplementar stellen.

3. § 296: Anmeldung und Eintragung der Liquidatoren. Übrigens sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, daß auch die Auflösung anzumelden ist (§ 330 Abs. 5; unten Anm. 27). Anm. 18.

4. § 297: Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden.

5. § 298: Geschäftskreis der Liquidatoren und Rechtsstellung derselben. Hier gilt das gleiche. Aber hinzugefügt muß werden, daß durch die Verfügungen der Liquidatoren nicht nur die Gesellschaft, sondern auch die Komplementare persönlich haftbar werden (vgl. § 320 Abs. 2).

6. § 299: Bilanzaufstellung durch die Liquidatoren.

7. § 300: Verhältnis der Vermögensverteilung an die Aktionäre.

8. § 301: Schutzvorschriften für die Gläubiger vor der Verteilung des Vermögens. Diese sind aber nur vor der Verteilung des Kommanditistengrundkapitals zu beachten. Das den Komplementaren zustehende Ausschüttungsguthaben kann vor Beobachtung dieser Schutzvorschriften verteilt werden. Denn dieser Kapitalanteil bildet nicht die Kreditbasis der Gesellschaft. Hier sind lediglich dann Ausnahmen zu machen, wenn das Vermögen überschuldet oder die Gesellschaft zahlungsunfähig ist (§§ 320 Abs. 2 und 3, 325 Nr. 8, 9, 240 Abs. 2; Cosack § 123 IX 2a; Lehmann-Ring Nr. 7 zu § 331). Anm. 19.

9. § 302: Rechtsverhältnisse nach Beendigung der Liquidation. Dieser Paragraph gilt auch hier, insbesondere kann auch hier eine Wiedereröffnung der Liquidation gemäß § 302 Abs. 4 stattfinden. Anm. 20.

10. § 307: Die Möglichkeit der Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft in gewissen Fällen. Dieser Paragraph gilt auch hier. Natürlich muß hier die Zustimmung der Komplementare in der in Anm. 105 zu § 320 und Anm. 6 zu § 327 gedachten Form hinzutreten. Anm. 21.

Ebenso gilt hier im allgemeinen die Unmöglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft durch einfache Vereinbarung; vielmehr ist auch hier regelmäßig nach Auflösung Neugründung geboten, wenn die Gesellschaft wieder bestehen soll.

Vgl. näheres Anm. 1 ff. zu § 307.

D. Besondere Arten der Auflösung: Anm. 22

1. Die Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen (§ 303) ist auch hier zulässig. Der Beschluß bedarf hier natürlich der Zustimmung der Komplementare in der in Anm. 6 zu § 327 gedachten Form.
2. Die Verstaatlichung (§ 304) gilt auch hier.
3. Die Veräußerung im ganzen an eine Aktiengesellschaft oder an eine andere Aktienkommanditgesellschaft (Fusion) ist auch hier zulässig und zwar auch hier mit Liquidation (§ 305) und ohne Liquidation (§ 306).

§ 330. Anm. 23. 4. Über Entziehung der obrigkeitlichen Genehmigung, wenn diese zur Existenz der Gesellschaft erforderlich ist, und Auflösung aus sonstigen öffentlichen Gründen s. Anm. 16 zu § 292. Hierbei ist zu bemerken, daß sich Art. 4 des preuß. AusfG. z. HGB. auch auf Aktienkommanditgesellschaften bezieht.

Anm. 24. 5. Die Vereinigung aller Aktien in einer Hand ist auch hier kein Auflösungsgrund; nicht, wenn eine fremde Person der Aktienbesitzer wird, wofür die in Anm. 18 zu § 292 ausgeführten Gründe maßgebend sind; aber auch nicht, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter alle Aktien erwarben. Sie besitzen dann eben eine doppelte Mitgliedschaft, während deren Dauer allerdings in der Kommanditistenversammlung das Stimmrecht ruht. Aber durch Veräußerung der Aktien kann dieses Hindernis wieder beseitigt werden. Es liegt auf Grund des zeitweiligen Ruhens des Stimmrechts keine Veranlassung vor, die Auflösung der Gesellschaft anzunehmen (zust. Behrend § 147 Anm. 1a; anders Lehmann-Ring Nr. 13). Neukamps Einwand (bei Holdheim 2, 338), daß dies gerade dann nicht gelten könnte, wenn die AKG. als juristische Person aufgefaßt werde, erscheint nicht haltbar. Es fehlt dann nicht die korporative Gestaltung, sondern es ruht ihre Ausübung, wie in dem Falle, wenn bei der AG. alle Aktien in einer Hand vereinigt sind.

Anm. 25. 6. Die Amortisation sämtlicher Aktien bedeutet bei der Aktiengesellschaft den Untergang der Gesellschaft (Anm. 19 zu § 292). Bei der AKG. wird dadurch bewirkt, daß es keine Kommanditisten mehr gibt. Es fällt daher die rechtliche Grundlage für jenen Zustand fort, den das Gesetz Auflösung nennt. Denn in diesem Zustande bleibt die Organisation der Gesellschaft noch bestehen. Es geht demnach auch hier die Gesellschaft unter. Nur wird bei der AKG. das Vermögen nicht herrenlos, sondern bleibt im Eigentum der Komplementare, die sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen darüber auseinandersetzen können und die für die Schulden der Gesellschaft haften. Es steht auch nicht entgegen, daß die Komplementare eine o. H. G. auf Grundlage der ihnen verbleibenden Vermögensstücke bilden. Das ist aber eine Neugründung.

Anm. 26. 7. Die Verlegung des Sitzes in das Ausland ist auch hier Auflösung der Gesellschaft und daher nur in den Formen der Auflösung zu beschließen (Anm. 20 zu § 292).

Anm. 27. E. **Die Auflösung muß zur Eintragung angemeldet** werden, und zwar von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern (§ 330 Abs. 5). Im Falle, daß die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Komplementars erfolgt ist, kann von der Mitwirkung der Erben bei der Anmeldung abgesehen werden, wenn ihr besondere Hindernisse entgegenstehen (§ 330 Abs. 5, § 143 Abs. 3). Die Eintragung ist aber nicht zur Gültigkeit der Auflösung erforderlich.

II. Das Ausscheiden von Gesellschaftern.

Anm. 28. A. **Das Ausscheiden der Kommanditisten** kann nur nach aktienrechtlichen Regeln erfolgen, im allgemeinen also nicht, höchstens unter den Formen der Zusammenlegung (§ 290; vgl. Anm. 112 zu § 320). Im übrigen aber kann weder durch Beschluß, noch im Wege Rechtens das Ausscheiden eines Kommanditisten oder gar der ganzen Kommanditistengesamtheit verlangt werden. Die für die Kommanditgesellschaften geltenden Ausscheidungsvorschriften finden nach § 330 Abs. 1 nur auf das Ausscheiden der Komplementare Anwendung.

Anm. 29. B. **Das Ausscheiden der Komplementare.**

1. Das freiwillige Ausscheiden.

a) Es setzt voraus, daß es der Gesellschaftsvertrag vorsieht (§ 330 Abs. 4). Eine Vereinbarung auf Ausscheidung, die getroffen wird, ohne daß der Gesellschaftsvertrag ihre Zulässigkeit vorsieht, ist hiernach wirkungslos, nicht hat sie, wie früher nach Art. 199, die gar nicht beabsichtigte Wirkung der Gesellschaftsauflösung (D. 194). Die Zulässigkeit der Ausscheidungsvereinbarung braucht nicht im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage ausgesprochen zu sein, es kann dies auch im abgeänderten geschehen.

Anm. 30. b) Allgemeine Voraussetzung für das Inkrafttreten der Ausscheidungsvereinbarung ist ferner, daß nach dem Ausscheiden noch ein Komplementar übrig bleibt; sonst würde ja ein persön-

liches Substrat für die AKG. fehlen (KGJ. 11, 29). Jedoch ist eine statutarische Bestimmung zulässig, daß durch Vereinbarung mit einer dritten Person diese an Stelle des ausscheidenden oder ausgeschlossenen Komplementars tritt. Dies ist Eintritt in eine bestehende Kommanditaktiengesellschaft, die zulässig ist (vgl. Anm. 4 zu § 130, Anm. 58 zu § 320). Es muß aber die Bestimmung derart gefaßt sein, daß *gleichzeitig* mit dem Austritt der neue Gesellschafter eintritt.

2. *Das unfreiwillige Ausscheiden* (*abgesehen von der Ausschließung*). Auch dieses hat die unter 1a und b hervorgehobenen Voraussetzungen (Bestimmung im Gesellschaftsvertrage und Übrigbleiben eines Komplementars). Beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen ist das unfreiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters in folgenden Fällen möglich, die der Lehre von der Kommanditgesellschaft bzw. der o. H. G. gemäß § 330 Abs. 2 entnommen sind: Anm. 31.

a) § 138: Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt, oder wenn Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in dem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereignis eintritt, aus der Gesellschaft aus. Dieser Paragraph greift hier Platz, wenn in der Person eines Komplementars eines dieser Ereignisse eintritt. Anm. 32.

b) § 141: Macht ein Pfändungsgläubiger eines Gesellschafters von seinem Kündigungsrechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. Wie gesagt, setzt die Anwendung dieses Paragraphen hier voraus, daß ein solcher Beschluß im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist (§ 330 Abs. 4). Die konkrete Vereinbarung ist aber auch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages und folgt ebenfalls den in Anm. 105 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327 gegebenen Formenregeln. Anm. 33.

Der § 141 greift also im Grunde genommen hier nicht Platz. Er setzt den Fall voraus, daß die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern, außer dem in Konkurs geratenen, im Gesellschaftsvertrage nicht im voraus vereinbart war. In solchem Falle ist hier aber eine Fortsetzung nicht möglich (§ 330 Abs. 4). Der Fall dagegen, daß die betreffende Fortsetzung im Gesellschaftsvertrage vorgesehen war, ist bereits im § 138 geregelt und oben Anm. 16 behandelt.

3. *Das unfreiwillige Ausscheiden durch Ausschließung* erfolgt nach den Regeln des § 140. Es ist nicht notwendig, daß die Ausschließung durch den Gesellschaftsvertrag für zulässig erklärt ist (§ 330 Abs. 4). Wohl aber muß die andere oben 1b vorgesehene Voraussetzung (Übrigbleiben eines Komplementars) auch hier vorhanden sein (KGJ. 11, 29). Die Klage muß von allen übrigen Gesellschaftern angestellt werden, also von allen übrigen Komplementaren und dem Aufsichtsrat als dem Ausführungsorgan der Kommanditistengesamtheit (§ 328). Der Komplementar ist aber nicht etwa von den übrigen Komplementaren oder gar durch Beschluß der Generalversammlung absetzbar; denn er ist nicht Vorstand, sondern Gesellschafter (ROHG. 18, 394). Auch eine etwaige Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, die das festsetzte, könnte hieran nichts ändern; sie wäre ungültig, weil sie dem Komplementar den Rechtsweg entziehen würde (ROHG. 18, 395; 21, 84; vgl. auch RG. 38, 119). Anm. 34.

4. **Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Komplementar** folgt ebenfalls den Regeln für die Kommanditgesellschaft. Denn nach § 330 greifen beim Ausscheiden von Komplementaren nicht nur für die Tatsachen, die diesen Rechtsvorgang begründen, sondern auch für dessen Wirkung die für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft bestehenden Bestimmungen Platz. Vgl. daher Anm. 13 im Exk. zu § 177. Anm. 35.

5. **Das Ausscheiden muß angemeldet werden** und zwar von sämtlichen Komplementaren (§ 330 Abs. 5). Die Gültigkeit hängt von der Eintragung nicht ab (vgl. Anm. 27). Aber die Wirkungen gegen Dritte gemäß § 15 hängen davon ab. Anm. 36.

§ 330. III. **Die Nichtigkeit der Gesellschaft.**

Anm. 37. Hierüber gelten die Vorschriften über die Aktiengesellschaft, also die §§ 309, 310 und 311 (§ 320 Abs. 3), nur daß natürlich der durch § 310 vorgesehene Heilungsbeschluß der Zustimmung der Komplementare bedarf, und zwar in der in Anm. 105 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327 gedachten Form.

Auch der § 144 FGG. (Löschung der nichtigen Gesellschaft von Amts wegen) bezieht sich ebenfalls auf die AKG. (vgl. daher Anm. 16 zu § 309).

§ 331.

§ 331. Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, erfolgt die Liquidation durch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter und durch eine oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen als Liquidatoren.

Zu dem Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht ist auch jeder persönlich haftende Gesellschafter befugt.

Die Vorschriften dieses Paragraphen sind bereits in Anm. 17 ff. zu § 330 mit behandelt.

§ 332.

§ 332. Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann durch Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden.

Die Vorschriften über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags finden Anwendung.

Die Antheile der der Umwandlung zustimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. In dem Beschlusse sind die zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln, insbesondere die Firma sowie die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes, festzusetzen.

Die **§§ 332—334 regeln die Umwandlung der Aktienkommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft.** Früher war dieser Gegenstand im Art. 206a behandelt.

Anm. 1. 1. **Das Eigenartige dieser Umwandlung** liegt darin, daß die Umwandlung sich durch Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität vollzieht. Es liegt nicht Auflösung der Gesellschaft und Bildung einer neuen Gesellschaft vor; es liegt auch keine Gesamtrechtsnachfolge vor, sondern eben die Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft. Dies war früher zweifelhaft, ist aber durch die jetzige Fassung, insbesondere des Abs. 3 § 333 außer Zweifel gestellt (Lehmann in ZHR. 50, 39; Pinner 361; OLG. München in OLGR. 5, 279 und KGJ. 25 A S. 288).

Anm. 2. 2. **Der vorliegende Paragraph regelt die Erfordernisse der Umwandlung.** Diese sind:

a) ein Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftender Gesellschafter. Damit ist nicht etwa ein gemeinschaftlicher Mehrheitsbeschluß gemeint, sondern lediglich dasselbe, wie im § 327 Abs. 4; ein Beschluß der Kommanditisten und Zustimmung sämtlicher persönlich haftender Gesellschafter, letztere erklärt in dem Generalversammlungsprotokoll oder in einem Anhange desselben (vgl. auch Anm. 105 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327).

Anm. 3. b) Die Beobachtung der Vorschriften über die Statutenänderung. Es kommt hier zunächst § 275 in Betracht. Die Mehrheit muß also, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreibt, 3/4 des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfassen, und

wenn bei dieser Gelegenheit das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachteil einer geändert wird, so bedarf es der im § 275 Abs. 3 vorgesehenen Sonderbeschlüsse. § 332.

c) **Außerdem muß die zustimmende Mehrheit mindestens ¾ des gesamten Grundkapitals** (nach Abzug der Aktien, die sich vielleicht in den Händen der Komplementare befinden) darstellen. Anm. 4.

d) **Die Generalversammlung muß eine Bilanz genehmigen**, die für einen höchstens zwei Monate vor der Anmeldung liegenden Zeitpunkt aufgestellt ist (§ 333 Abs. 2). Die Bilanz muß zu diesem Zwecke zwei Wochen lang zur Einsicht der Aktionäre ausliegen (§ 263 Abs. 1; § 333 Abs. 2). Aber das Recht auf Abschrifterteilung greift nicht Platz, da § 263 Abs. 2 nicht angezogen ist (dagegen findet die Vertagungsmöglichkeit des § 264 Anwendung; vgl. § 333 Abs. 2). Daß diese Bilanz gerade von der die Umwandlung beschließenden Generalversammlung genehmigt sein muß, ist (gegen die 6./7. Aufl.) nicht anzunehmen. Die D. (195) geht allerdings davon aus, daß diese Bilanz der Generalversammlung eine Grundlage für die Entscheidung geben soll; dies hat aber im Gesetz nicht Ausdruck gefunden (Lehmann-Ring Nr. 5; Simon 458; Pinner 363). Natürlich steht es der Generalversammlung frei, ihre Zustimmung abzulehnen, bis eine Bilanz vorgelegt ist. Anm. 5.

e) **Der Beschluß muß endlich die zur Durchführung erforderlichen Maßregeln enthalten.** Insbesondere sind hervorgehoben die Wahl der Firma, die sich den Vorschriften über die Firma der Aktiengesellschaften (jedoch unter Umständen nach den Regeln der abgeleiteten Firma) anpassen muß, und die Zustimmung über die Zusammensetzung des Vorstandes. Anm. 6.

In letzterer Beziehung ist zu bemerken, daß der erste Vorstand auch durch die Umwandlungsübereinkunft selbst bestellt werden kann, wenn die Komplementare, was zulässig ist, den Vorstand bilden sollen. Überhaupt aber ist hervorzuheben, daß zu den Durchführungsmaßregeln vor allem die Anpassung des Statuts und die Organisation der Gesellschaft gehört: Ausmerzung des für die Aktiengesellschaft Unzulässigen und Einfügung des für sie Erforderlichen, wobei jedoch, soweit es sich nur um Fassungsänderungen handelt, der Aufsichtsrat delegiert werden kann (Anm. 108 zu § 320). Das bedeutet: es kann die Änderung im Prinzip und im allgemeinen von der Versammlung unter Zustimmung der Komplementare beschlossen, die Feststellung der Statuten in Gemäßheit dieser Beschlüsse aber dem Aufsichtsrat übertragen werden. Anm. 7.

Der Kommissionsbericht z. AGes. v. 1884 (S. 33) hob ferner hervor, daß über die **Auseinandersetzung mit den Komplementaren** das nötige enthalten sein müsse. Das ist aber nur beschränkt richtig. Ein notwendiger Bestandteil der Übereinkunft ist das nicht, weil beim Mangel einer solchen das Gesetz ausreichende Vorschriften gibt (vgl. Anm. 35 zu § 330). Zust. Behrend § 147 Anm. 31. Es empfiehlt sich aber, daß die Übereinkunft hierüber Bestimmung trifft; insbesondere darüber, wie die Komplementare wegen ihres etwaigen Aktivsaldos abgefunden werden. Diese Abfindung kann auch durch Aktien geschehen, und zwar in der Weise, daß die Aktiengesellschaft ihr Aktienkapital um den erforderlichen Betrag erhöht (Lehmann-Ring Nr. 5). Anm. 8.

Der Beschluß darf nicht anordnen, daß zur Durchführung der Umwandlung die Kommanditisten Zuzahlungen zu machen haben. Einem solchen Mehrheitsbeschlusse brauchen sie sich nicht zu fügen (§ 211). Inwieweit im übrigen eine Kombinierung von Aktienzusammenlegung mit Zuzahlungen zulässig ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, inwiefern derartige Maßnahmen überhaupt für erlaubt gelten (vgl. hierüber Anm. 14, 15 zu § 290). Anm. 9.

f) **Schließlich aber ist hervorzuheben, daß die anzukündigende Tagesordnung** nicht nur im allgemeinen „die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft“ enthalten darf, sondern alle hierbei vorgesehenen Statutenänderungen ihrem wesentlichen Inhalte nach enthalten muß (§ 332 Abs. 2; § 274 Abs. 2). Das wird zu großen Belästigungen führen. Sie muß ferner auf die etwaigen Sonderabstimmungen der verschiedenen Aktiengattungen hinweisen (§ 275 Abs. 3 Satz 2). Anm. 10.

§ 332. 3. **Gang der Umwandlung.**

Anm. 11. a) Zunächst Beschluß der Generalversammlung mit Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 332). Außerdem ist die Bilanz zu genehmigen (§ 333).

b) Gleichzeitig oder später Wahl der Vorstandsmitglieder.

c) Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses und der Vorstandsmitglieder durch die persönlich haftenden Gesellschafter zum Handelsregister (§ 333). Die gewählten Vorstandsmitglieder müssen dabei ihre Unterschrift zeichnen (§ 234 Abs. 3).

d) Zugleich ist die Bilanz beizufügen (§ 333 Abs. 2).

e) Eintragung der Umwandlung (§ 333 Abs. 3).

f) Veröffentlichung der Bilanz und Aufforderung der Gläubiger (§ 334).

§ 333.

§ 333. Bei der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses sind zugleich die Mitglieder des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über ihre Bestellung ist beizufügen; bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung dieser Abschrift nicht. Auf die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung.

Der Anmeldung ist eine von der Generalversammlung genehmigte, für einen höchstens zwei Monate vor der Anmeldung liegenden Zeitpunkt aufgestellte Bilanz beizufügen. Auf diese Bilanz finden die Vorschriften des § 261, des § 263 Abs. 1 und des § 264 Anwendung.

Mit der Eintragung scheiden die persönlich haftenden Gesellschafter aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als Aktiengesellschaft fort.

Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses, Eintragung und Bekanntmachung.

Anm. 1. 1. **Die Anmeldung.**

a) Sie wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter bewirkt (§§ 332 Abs. 2, 277 Abs. 1, 325 Nr. 1), und zwar durch soviele, als zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind, wie sich ebenfalls aus den zitierten Paragraphen, besonders § 277 Abs. 1 ergibt. Erzwungen wird sie am Hauptsitze nicht (§ 333 Abs. 1 a. E.). Die persönlich haftenden Gesellschafter sind jedoch den Kommanditisten für die verzögerte Eintragung verantwortlich und können durch die Kommanditistengesamtheit, vertreten durch den Aufsichtsrat, auf die Anmeldung verklagt werden. Ist die Eintragung aber am Hauptsitze erfolgt, so kann die Anmeldung zum Zweigregister durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§§ 13, 14).

Anm. 2. b) Außerdem sind die Mitglieder des Vorstands anzumelden (§ 333 Abs. 1). Diese haben auch ihre Unterschrift zu zeichnen (§ 234 Abs. 3). Der Vorstand ist also zu wählen, wenn nicht der Umwandlungsbeschluß ihn schon feststellt (vgl. Anm. 7 zu § 332).

Anm. 3. c) Die Beilagen der Anmeldung sind (außer dem Umwandlungsbeschlusse) die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und ferner eine Bilanz. Über diese Bilanz gilt folgendes:

Sie muß sich auf eine Zeit beziehen, die höchstens zwei Monate vor der Anmeldung zurückliegt. Sie muß einer Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt sein (vgl. Anm. 5 zu § 332). Sie muß natürlich auch die Genehmigung der Komplementare gefunden haben, obwohl dies nicht besonders erwähnt ist. Denn die Bilanzfeststellung ist bei der AKG. überhaupt eine gemeinsame Sache der Komplementare und der Kommanditistengesamtheit (vgl. Anm. 101 zu § 320). Einige Vorschriften über die Jahresbilanz, insbesondere die sachliche

Vorschrift des § 261, aus der hervorgeht, daß es keine Liquidationsbilanz ist, sondern eine Bilanz für eine bestehende und weiterlebende Gesellschaft, finden hier Anwendung (Rehm 31). Im übrigen vgl. über diese Bilanzgenehmigung noch Anm. 5 zu § 332. **§ 333.**

2. **Die Eintragung.** Anm. 4.

a) Sie erfolgt am Hauptsitze der Gesellschaft und in den Zweigregistern. Doch ist nur die erste Eintragung für die Rechtswirksamkeit des Beschlusses entscheidend (§ 332 Abs. 2; § 277 Abs. 3).

b) Die Eintragung erfolgt gemäß § 198 (§§ 332 Abs. 2; 277 Abs. 2) d. h. es ist das einzutragen, was sich in den dort bezeichneten Punkten ändert: also die etwaige Firmenänderung, die etwaige Änderung in betreff des Gegenstandes des Unternehmens, der Tag der Feststellung des neuen Gesellschaftsvertrags, die Mitglieder des Vorstands, natürlich auch der Umstand, daß die Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt ist und die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeschieden sind. Enthält der abgeänderte Gesellschaftsvertrag über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugnis der Mitglieder des Vorstandes zur Vertretung der Gesellschaft besondere Bestimmungen, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen. Anm. 5.

Im übrigen genügt Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden (§§ 277, 332 Abs. 2).

c) Die Wirkung der Eintragung (sc. am Sitz der Gesellschaft) ist: die persönlich haftenden Gesellschafter sind ausgeschieden, die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkte als Aktiengesellschaft, die Gesellschaft ist umgewandelt, es ist aber dieselbe Gesellschaft geblieben (vgl. Anm. 1 zu § 332) und deshalb stehen ihr dieselben Rechte und Pflichten zu, wie der bisherigen Aktienkommanditgesellschaft, ohne Rechtsnachfolge und besondere Übertragung. Etwaige Gründerrechte aus älterer Zeit bestehen daher weiter. Auflassung ist nicht erforderlich, um die Grundstücke zu übertragen, sondern einfache Umschreibung oder vielmehr Berichtigung im Grundbuche (vgl. Henle in DJZ. 01, 127 Anm. und KGJ. 25 A S. 288); für sämtliche Schulden der Aktienkommanditgesellschaft haftet die nunmehrige Aktiengesellschaft, nicht nur für die in der Bilanz bezeichneten. Die persönlich haftenden Gesellschafter haften aber für die Schulden der Gesellschaft noch 5 Jahre lang (vgl. Anm. 57 zu § 520; auch D. 181). Anm. 6.

3. **Für die Bekanntmachung der Eintragung durch das Handelsgericht** ist § 277 Abs. 2 maßgebend (vgl. § 332 Abs. 2). Anm. 7.

Zusatz. Stempelfrage. Die vorhandenen Aktien können mit einem bezüglichen Vermerk versehen werden und sind einer nochmaligen Verstempelung nicht unterworfen, weil eben keine Neubildung vorliegt. Anm. 8.

Auch die Umwandlungsvereinbarung ist eben deshalb dem Reichsstempel nicht unterworfen, es sei denn, daß die Komplementare mit neuen Aktien abgefunden werden; in diesem Falle und insoweit liegt ein Anschaffungsgeschäft vor. Im übrigen kommt der landesrechtliche Stempel zur Anwendung, der für Auseinandersetzungsverträge zwischen Gesellschaften zur Anwendung kommt. In Preußen kommt Tarif Nr. 25d zur Anwendung (Überlassung der Rechte an dem Gesellschaftsvermögen seitens eines Gesellschafters oder dessen Erben an einen anderen Gesellschafter, die Gesellschaft oder einen Dritten oder die Abfindung eines Gesellschafters bei Auflösung der Gesellschaft). Der Stempel beträgt $^1/_{50}$ des Werts der Gegenleistung, oder, wenn eine solche in der Urkunde nicht enthalten ist, des Werts der überlassenen Rechte, oder wenn endlich der Komplementar überhaupt nicht abzufinden ist, etwa weil er einen Passivsaldo hat, die geringste Gebühr.

§ 334.

Unverzüglich nach der Eintragung hat der Vorstand in den Gesellschaftsblättern die im § 333 Abs. 2 vorgesehene Bilanz zu veröffentlichen. **§ 334.**

Er hat unter Hinweis auf die Umwandlung die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den

§ 334. Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haften den Gläubigern für die Beobachtung dieser Vorschriften als Gesammtschuldner, die Mitglieder des Aufsichtsraths, soweit eine Zuwiderhandlung mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

Pflichten des Vorstandes nach geschehener Umwandlung.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Zunächst ist die Bilanz zu veröffentlichen.** Diese soll nunmehr den Gläubigern zur Information dienen (D. 195). Ein Zwang durch Ordnungsstrafen ist allerdings nicht vorgesehen. § 319 sagt hierüber nichts.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Ferner sind die Gläubiger aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden** (vgl. hierüber Anm. 1 ff. zu § 297).

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) **Sodann sind die Gläubiger zu befriedigen oder sicherzustellen,** jedoch nur, sofern ihre Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, und wenn sie sich melden; sie können aber auch ohne Meldung befriedigt werden. Denn selbstverständlich haftet die Aktiengesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen für alle Schulden der Aktienkommanditgesellschaft.

Näheres über die hier in Frage kommenden Begriffe s. Anm. 3 ff. zu § 301. Insbesondere ist zu erwähnen, daß die Ansprüche der Gläubiger keine Veränderungen erfahren, bedingte Forderungen werden nicht unbedingt, betagte nicht unbetagt.

Anm. 4. 4. (Abs. 4.) **Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber den Gläubigern für Nichtbeobachtung dieser Schutzvorschriften.** Diese Haftung besteht auch dann, wenn die Unterlassung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht. Das besonders hervorzuheben, erschien überflüssig (D. 196).

Anm. 5. 5. **Zu beachten ist, daß ein Sperrjahr nicht vorgeschrieben ist.** Es gilt eine dem § 301 entsprechende Vorschrift nicht. Auszahlungen an die Aktionäre und an die Komplementare können daher auch vor Ablauf eines Sperrjahres erfolgen.

Anm. 6. **Zusatz. Andere Umwandlungen?**

1. **Die Fusion einer Aktienkommanditgesellschaft** mit einer anderen Aktienkommanditgesellschaft oder mit einer Aktiengesellschaft ist nunmehr zulässig (vgl. Anm. 22 zu § 330).

Anm. 7. 2. **Die Umwandlung einer AKG. in eine einfache Kommanditgesellschaft.** Eine solche kann nach der Ansicht des KG. (KGJ. 5, 36) einfach dadurch vorgenommen werden, daß die AKG. beschließt, es sollen fortan die bisherigen Gesellschafter mit ihren bisherigen Rollen als Komplementare oder Kommanditisten das Geschäft fortführen. Allein von dem hier vertretenen Standpunkte aus ist dies schon deshalb nicht richtig, weil die Aktienkommanditgesellschaft juristische Person ist, was die einfache Kommanditgesellschaft nicht ist. Es ist deshalb nur Auflösung der ersteren und Gründung der letzteren möglich. Überdies ist die Liquidation bei der AKG. öffentlich-rechtlich angeordnet und nur in wenigen Fällen kann davon abgesehen werden (vgl. Anm. 21 zu § 330; §§ 304, 306). Zu diesen wenigen Fällen gehört der vorliegende Fall nicht (zust. Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 332; Lehmann in ZHR. 50, 39; Pinner 361). Bei einer solchen Umwandlung einer AKG. in eine einfache Kommanditgesellschaft ist auch Auflassung von Grundstücken erforderlich, was gleichfalls vom KG. (KGJ. 6, 12) verneint wird.

Anm. 8. 3. **Die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung** in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgt auf dem gewöhnlichen Wege.

4. **Die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung** erfolgt ebenfalls auf dem gewöhnlichen Wege. Die Auflösung und Liquidation der AKG. ist dabei nicht zu vermeiden (vgl. KG. in OLGR. 9, 246). Der § 80 des Gesetzes betreffend die GmbH. findet hier keine Anwendung, denn nicht alle die Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften finden auch auf Aktienkommanditgesellschaften Anwendung, sondern nur die Vorschriften des dritten Abschrittes über die Aktiengesellschaft (§ 320 Abs. 3; ebenso Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 332). § 334. Anm. 9.

Fünfter Abschnitt.

Stille Gesellschaft.

Lit.: Rettig, Die stille Gesellschaft des HGB. im Verhältnis zu der Gesellschaft des BGB. 02).

§ 335.

§ 335. Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage betheiligt, hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht.

Der Inhaber wird aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.

Vorbemerkungen.

1. Die stille Gesellschaft ist nach dem System des neuen HGB. (wie auch früher) keine **Handels**gesellschaft (OLG. Dresden bei Bauer 7, 45). Von den Handelsgesellschaften handelt der 4. Abschnitt des zweiten Buches. Dagegen ist nach dem Willen des Gesetzes, der sich aus seiner Fassung und seinem Inhalte ergibt, die stille Gesellschaft eine Gesellschaft. Es sind ihr nur einige Besonderheiten verliehen, die aber das Wesen der Gesellschaft nicht aufheben (ebenso Rettig 2). Anm. 1.
2. Da sie eine Gesellschaft ist, so kommen subsidiär die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft zur Anwendung. Jedoch ist hervorzuheben, daß diese Anwendung nicht nur durch die ausdrücklichen Vorschriften der §§ 335ff. sondern auch durch die Verschiedenartigkeit der Rechtsform beschränkt wird. Alle Vorschriften des BGB. insbesondere, die sich aus dem Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand ergeben, können hier auch nicht subsidiär angewendet werden, da es ein gemeinsames Vermögen bei der stillen Gesellschaft nicht gibt (Gierke in ArchBürgR. 19, 135). Anm. 2.
3. Der vorliegende Paragraph enthält die Definition der stillen Gesellschaft. Indessen ist diese nicht in Form einer Begriffsbestimmung gegeben und überdies ist ein wesentlicher Bestandteil in § 336 enthalten, nämlich die Art der zulässigen Beteiligung. Was der vorliegende Paragraph ausdrücklich ausspricht, das sind zwei Rechtsfolgerungen aus dem stillen Gesellschaftsverhältnisse: die Verpflichtung, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, und die alleinige Berechtigung und Verpflichtung Dritten gegenüber aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften. Anm. 3.

I. **Die Begriffsmerkmale der stillen Gesellschaft.** Der Begriff der stillen Gesellschaft ist aus den §§ 335 und 336 zu entnehmen (D. 197). Er ist hiernach folgender: eine stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei der sich jemand an dem Handelsgewerbe eines andern mit einer in das Vermögen des letzteren übergehenden Vermögenseinlage derart beteiligt, daß er am Gewinn teilnimmt (während er von der Beteiligung am Verluste befreit sein kann). Anm. 4.

1. **Jemand** beteiligt sich. Für die Person des stillen Gesellschafters ist eine besondere Eigenschaft nicht vorgeschrieben. Das Gesetz sagt: „wer" sich als stiller Gesellschafter beteiligt usw. Allgemeiner kann das Erfordernis gar nicht aufgestellt werden. Stiller Gesell- Anm. 5.

§ 335. schafter kann daher jede rechtsfähige, physische oder juristische, Person sein. Kaufmannseigenschaft braucht sie nicht zu haben, sie kann andererseits auch eine Handelsgesellschaft sein. So sind denn offene Handelsgesellschaften, einfache Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, unmündige Personen, Ehefrauen fähig, stille Gesellschafter zu sein. Darüber, wer bei mangelnder Geschäftsfähigkeit berechtigt ist, den stillen Gesellschaftsvertrag zu schließen, vgl. Anm. 26.

Auch mehrere Personen können stille Gesellschafter sein, sowohl in der Weise, daß jede von ihnen selbständig stiller Gesellschafter ist (in diesem Falle können sie sich auch unter einander organisieren), oder so, daß sie nur als gemeinschaftlich Berechtigte und Verpflichtete dem Komplementar gegenüber auftreten. In letzterem Falle richtet sich die Frage, ob sie gemeinschaftlich oder zu Anteilen oder als Gesamtgläubiger ihre Rechte ausüben können, nach bürgerlichem Recht (§§ 420 ff. BGB.).

Anm. 6. 2. **An dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt,** muß die Beteiligung erfolgen.

a) **An dem Handelsgewerbe.** Der andere Teil muß also Kaufmann sein, sei es nach § 1 oder nach § 2 oder auch nach § 5; denn solange jemand als Kaufmann eingetragen ist, kann er nicht einwenden, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe, und es kann auch ihm das nicht eingewendet werden.

Anm. 7. Wenn der, an dessen Gewerbe man sich beteiligt, kein Handelsgewerbe betreibt, dann ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorhanden. So z. B. wenn sich jemand an dem Baugeschäft eines nicht eingetragenen Bauunternehmers als sogenannter stiller Gesellschafter beteiligt (vgl. Anm. 41).

Anm. 8. Das Handelsgewerbe muß auch den Zweck haben, Gewinn zu bringen (vgl. § 337 Abs. 2). Eine Beteiligung an einem Wohltätigkeitsunternehmen ist daher keine stille Gesellschaft (Lehmann-Ring Nr. 5).

Anm. 9. Indessen kann das Gewerbe auch das Gewerbe eines Minderkaufmanns sein, da ja keine Handelsgesellschaft vorliegt (vgl. Anm. 26 zu § 4; insbesondere auch RG. 9, 81). Renaud (Die stille Gesellschaft 72) folgerte aus den früheren Artikeln 251 und 257 das Gegenteil. Diese sind aufgehoben, aber sie standen auch der Renaudschen Ansicht nicht zur Seite (vgl. 5. Aufl. § 2 zu Art. 250; Behrend § 91 Anm. 6; Hahn § 7 zu Art. 250; Cosack § 112 I 3).

Anm. 10. Wenn sich andererseits die Beteiligung nur auf einzelne Handelsgeschäfte, aber nicht auf das Handelsgewerbe als solches bezieht, so liegt wiederum keine stille Gesellschaft im Sinne des HGB., sondern eine Gelegenheitsgesellschaft vor, von der sie sich gerade hierdurch unterscheidet (ROHG. 9, 160). Doch ist nicht unbedingt Erfordernis, daß die Beteiligung am ganzen Handelsgewerbe erfolgt. Es genügt Beteiligung an einem begrenzten Teil des Handelsgewerbes: etwa an den Ergebnissen einer Zweigniederlassung oder eines von mehreren Geschäften an demselben Orte, oder auch an einem bestimmten Zweige des Geschäfts, z. B. nur an der Verlagsbuchhandlung, nicht an der Sortimentsbuchhandlung eines Buchhändlers, der beides betreibt, oder an dem Betriebe einer Zeitung, wenn der Komplementar noch andere Verlagsartikel hat.

Anm. 11. b) An dem Handelsgewerbe, **das ein anderer betreibt,** muß die Beteiligung erfolgen. Das ist das Begriffsmerkmal, das die stille Gesellschaft von der einfachen Kommanditgesellschaft unterscheidet. Bei der letzteren vereinigen sich Komplementar und Kommanditist zu einem gemeinsamen, unter gemeinschaftlicher Firma zu betreibenden Handelsgewerbe: der Kommanditist verspricht nicht nur dem Komplementar, daß er an dem Ergebnisse des Geschäfts in gewisser Höhe teilnehmen wolle, sondern er macht auch gleichzeitig eine öffentliche Zusage dieses Inhalts, infolge deren er den Gläubigern insoweit direkt haftet. Der Komplementar und der Kommanditist betreiben demgemäß das Geschäft nicht nur für gemeinschaftliche Rechnung, sondern auch in gemeinsamem Namen. Anders bei der stillen Gesellschaft. Hier verspricht der Teilnehmer nur dem Komplementar, daß er an den Ergebnissen des Geschäfts in gewisser Höhe teilnehmen wolle, eine gleiche öffentliche Zusage macht er nicht, weshalb er den Gläubigern direkt nicht haftet. Der Komplementar betreibt demgemäß das Geschäft

allein, zwar für gemeinschaftliche Rechnung, aber in seinem eigenen Namen. Er wird, wie auch Abs. 2 hervorhebt, Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet; die Firma ist daher seine Firma; das Geschäftsvermögen ist sein Vermögen (so z. B. bleibt ein Patent, das er eingebracht hat, sein Eigentum, auch das vom stillen Gesellschafter eingebrachte wird sein Eigentum; näheres Anm. 28); der Beitritt des stillen Gesellschafters wird nicht eingetragen, da er die Öffentlichkeit nichts angeht. Nicht entgegen steht dem Gesagten der § 342. Dort ist keine Haftung gegenüber den Gläubigern angeordnet, vielmehr nur ein Recht paulianischer Natur zur Vermeidung von Bevorzugung des den Verhältnissen nahestehenden stillen Gesellschafters vor den anderen, den Verhältnissen ferner stehenden Gläubigern. Selbst eine Kundmachung an die Gläubiger erzeugt keine direkte Haftung (hierüber näheres Anm. 37). **§ 335.**

Prozessualisch ist zu bemerken, daß im Prozesse für und gegen den Komplementar der stille Gesellschafter auch Zeuge sein kann; meist wird er allerdings am Ausgange des Prozesses unmittelbar interessiert sein. Gegen ihn kann auch nicht im Gerichtsstande des § 22 CPO. geklagt werden (RG. bei Bauer 8, 43).

Anm. 12. Über die Eigenschaft des anderen, des Komplementars, ist hiermit nichts vorgeschrieben: Daraus, daß die Beteiligung an einem Handelsgewerbe erfolgen muß, ergibt sich, daß er Kaufmann sein muß, aber nichts anderes zu sein braucht. Er kann auch Minderkaufmann sein (vgl. Anm. 9), auch eine Handelsgesellschaft: offene Handelsgesellschaft (RG. 30, 35), Kommanditgesellschaft (RG. 25, 41), Aktiengesellschaft (OLG. Dresden bei Bauer 7, 45), Aktien-Kommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht aber eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, da dieser die äußere Einheit mangelt (Lehmann-Ring Nr. 3).

Wer für geschäftsunfähige Personen, wer für Handelsgesellschaften, den Vertrag schließen kann, darüber s. Anm. 26.

Anm. 13. 3. **Mit einer in das Vermögen des anderen übergehenden Vermögenseinlage** muß die Beteiligung erfolgen. Daß die Beteiligung mit einer Vermögenseinlage erfolgen muß, war schon früher wesentliches Erfordernis der stillen Gesellschaft (Bolze 10 Nr. 534; RG. 33, 129). Nunmehr aber gehört es zu den wesentlichen Erfordernissen der stillen Gesellschaft, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Komplementars überzugehen hat (D. 197). (Es ist dies eine Hauptabweichung von der bürgerlichen Gesellschaft, bei der Eigentum zur gesamten Hand entsteht [vgl. Anm. 2].) Natürlich braucht dies nur vereinbart zu sein, es gehört nicht etwa zur Existenzbedingung der stillen Gesellschaft, daß die vereinbarte Vermögenseinlage auch geleistet ist.

Anm. 14. Die Vermögenseinlage kann in Geld oder in anderen Sachen, auch Forderungen, bestehen, überhaupt in allen Gegenständen, die verkehrsfähig sind, die daher, wenn sie auch nicht gerade Gegenstand juristischen Eigentums sind, doch im Sinne des Rechtsverkehrs einen Vermögensbestandteil bilden (vgl. Anm. 6 zu § 186, wo hervorgehoben ist, daß auch Forderungen, Patente, die Kundschaft eines Geschäfts, Betriebsgeheimnisse, das Firmenrecht, soweit sie übertragbar sind, geeignete Vermögenseinlagen sind).

Anm. 15. Dienste sind Einlagen, soweit sie in Geld schätzbar sind und durch sie der Gesellschaft Aufwendungen erspart werden (vgl. Anm. 9 zu § 161 und Lehmann-Ring Nr. 7; Goldmann Anm. 5; gegen 6./7. Aufl. sowie Lastig in Endemanns Handbuch I; Rettig 15 und RG. in JW. 03 Beil. 17; sowie in Holdheim 14, 214). Daß es genügt, wenn die Vermögenseinlage nur bestimmbar ist, wird nicht bezweifelt (Anm. 18). Nicht nötig zur Existenzbedingung der stillen Gesellschaft ist ferner, daß die Vermögenseinlage schon geleistet ist (Anm. 13); es ist daher nicht abzusehen, warum die Vereinbarung, sukzessive jährlich 3000 Mk. zu zahlen gültig, das Versprechen aber, die Dienste eines Buchhalters zu leisten, der jährlich 3000 Mk. zu beanspruch enhätte, ungültig sein soll.

Anm. 16. Die Einlage muß in das Vermögen des Inhabers übergehen. Damit ist nicht gesagt, daß er Eigentum daran erwerben müsse (wie dies früher in Art. 252 Abs. 1 vorgeschrieben war). Es ist daher auch die Überlassung des Gebrauchs eine zulässige Einlage (so Lehmann-Ring Nr. 8; Rettig 22; Goldmann Anm. 5; gegen 6./7. Aufl.).

§ 335. Anm. 17. Ein bloßer Warenkredit, d. h. die Verpflichtung, Waren zu verkaufen und den Kaufpreis zu kreditieren, ist jedenfalls keine geeignete Vermögenseinlage (RG. 31, 74), ebensowenig die Eröffnung eines Kredits seitens des stillen Gesellschafters oder seitens eines Dritten unter dessen Bürgschaft.

Anm. 18. **Die Vermögenseinlage muß ferner bestimmt oder mindestens bestimmbar sein.** Es ist nicht Erfordernis, daß der Betrag ein für allemal festgestellt wird; die Zusage periodischer Zahlungen oder Erhöhungen im Falle des Bedürfnisses ist zulässig (Behrend § 91 Anm. 12).

Anm. 19. **Über die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Leistung der Vermögenseinlage s. weiter Anm. 28ff.**

Anm. 20. 4. **Eine Beteiligung** muß erfolgen. Die Art der Beiligung, die zum Begriff der stillen Gesellschaft gehört, ist in § 336 Abs. 2 enthalten: der stille Gesellschafter muß am Gewinn beteiligt sein, die Beteiligung an Verlusten kann dagegen ausgeschlossen sein. Mit der letzteren Bestimmung ist eine frühere Streitfrage gelöst. Das RG. (31, 35) hatte schon früher den Standpunkt des jetzigen HGB. eingenommen.

Anm. 21. Wann liegt nun Beteiligung am Gewinn vor? Der Anteil am Gewinn muß so festgesetzt sein, daß die wechselnden Geschäftsergebnisse auch die Beteiligung des stillen Gesellschafters treffen, er muß hinsichtlich seines Gewinnes das Risiko mittragen. Die Verpflichtung, Waren zu liefern, und das dagegen vereinbarte Recht auf Zahlung des Einkaufspreises und eines bestimmten Preiszuschlages ist keine Gewinnbeteiligung (RG. 31, 73, 74), ebensowenig die Beteiligung in der Form einer Umsatzprovision. Es steht jedoch nichts entgegen, die Gewinnbeteiligung mit einem Höchstbetrage festzusetzen (Behrend § 91 Anm. 24). Das gleiche gilt von der Vereinbarung einer Mindesteinnahme, etwa in Form eines festen Zinses oder so, daß ein fester Zins und außerdem ein Gewinnanteil festgesetzt wird (vgl. ROHG. 9, 33, 37; 12, 99; Behrend § 91 Anm. 24). Das RG. (20, 165; vgl. auch 57, 176) hat allerdings — jedoch in unzutreffender Weise — die Vereinbarung von festem Zins und Gewinnanteil als dem Wesen der stillen Gesellschaft für widersprechend erachtet, weil eine solche Vereinbarung „in erster Linie" ein Anrecht auf feste Zinsen begründete, während der daneben vereinbarte Anspruch auf den Gewinnanteil nur „eine akzessorische und eventuelle" Bedeutung habe.

Anm. 22. Da nun das Gesetz den Ausschluß der Verlustbeteiligung bei der stillen Gesellschaft für zulässig hält, so ist beim Ausbedingen von Mindesteinkünften, in dem implicite der Ausschluß von der Verlustbeteiligung liegt, die Unterscheidung, ob Darlehn oder stille Gesellschaft vorliegt, im Einzelfall sehr schwierig. Vereinbarung von Zinsen und Gewinn spricht nicht zwingend gegen Darlehen (RG. 31, 34) und Vereinbarung von Gewinnanteil ohne festen Zins spricht ebenfalls nicht zwingend gegen Darlehn, da die Vergütung für das Darlehn auch in Form eines Gewinnanteiles ausbedungen werden kann (Bolze 16 Nr. 346 und RG. in JW. 04, 197[6]). Es bleibt nunmehr nichts übrig, als in solchen Fällen in der Art und dem Umfang der Kontrollrechte das Unterschiedsmerkmal zu erblicken, ob ein Gesellschaftsverhältnis oder ein Darlehn vorliegt, und je umfangreicher die Kontrollrechte sind, desto mehr spricht für das Gesellschaftsverhältnis (vgl. RG. 57, 176). — Ist fester Zins, kein Gewinnanteil und Ausschluß der Verlustbeteiligung zugleich vereinbart, so liegt nach dem Vorstehenden keine stille Gesellschaft, sondern Darlehn vor (Cosack § 112 X; Rettig 26). Im übrigen kann aber auch in dem Abschluß einer stillen Gesellschaft ein darlehnsähnliches Kreditgeschäft liegen, so daß das RG. (46, 112) in dem Abschluß eines derartigen Gesellschaftsvertrages Kreditwucher erblickte. Die Bestimmung des § 138 BGB. findet, da sie alle Rechtsgeschäfte umfaßt, auch auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung.

Anm. 23. II. **Die Form des Gesellschaftsvertrages.** Daß der stille Gesellschaftsvertrag formfrei ist, ist nicht mehr hervorgehoben (anders früher Art. 250 Abs. 2). Die Formfreiheit gilt jetzt schon auf Grund des bürgerlichen Rechts. Aber es gelten auch die Ausnahmen des bürgerlichen Rechts, besonders § 313 BGB. (wenn ein Grundstück eingebracht werden soll, so muß gerichtliche

oder notarielle Beurkundung vorliegen, deren Fehlen aber durch Auflassung und Eintragung geheilt wird) und § 311 BGB. (Übertragung des ganzen Vermögens oder eines Bruchteils desselben bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung). Ob das letztere der Fall, wenn der stille Gesellschafter sein Geschäft als Vermögenseinlage einbringt, darüber s. Anm. 20 zu § 22. Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß nicht, wenn die Grundstückseinbringung ungültig ist, darum der ganze Vertrag ungültig zu sein braucht; vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn anzunehmen ist, daß sonst der ganze Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB.). **§ 335.**

Infolge der Formfreiheit kann der stille Gesellschaftsvertrag in den Regelfällen auch durch konkludente Handlungen abgeschlossen werden. Anm. 24.

Wegen der Form der Aufhebung eines stillen Gesellschaftsvertrages s. zu § 350.

III. **Der Inhalt des Vertrages** ist durch §§ 335 und 336 vorgeschrieben. Er muß wesentlich diese Bestandteile enthalten, nicht notwendig ausdrücklich, es genügt, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet war, daß eine Beteiligung dieser Art stattfinde. Es wird z. B. vollständig genügen, wenn jemand einem Kaufmann eine Summe mit der Abrede übergibt, sein stiller Gesellschafter zu werden. Die näheren Einzelbestimmungen folgen dann aus dem Gesetze, die Höhe der Beteiligung insbesondere aus § 336 (nicht aus § 722, 1 BGB.). Der Ausschluß der Beteiligung am Verlust muß deutlich erkennbar sein (vgl. Anm. 2 zu § 336). Der Vertrag ist auch den mannigfachsten Modifikationen zugänglich. So kann der stille Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt oder gar verpflichtet sein, er kann auch Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter werden. Ja er kann sogar nach innen das ganze Regiment zu führen und der Firmeninhaber nichts zu sagen haben. Aber die Vertragsbestimmungen dürfen nicht gegen das Wesen des Vertrages verstoßen. Es kann nicht vereinbart werden, daß der stille Gesellschafter nichts einlegt oder daß die Einlage sein Eigentum bleibt, oder daß der ganze Gewinn ihm zufällt, der Komplementar nur einen bestimmten Lohn erhält. Alles das würde gegen §§ 335 und 336 verstoßen. — Wohl aber kann der Komplementar dem stillen Gesellschafter Pfand oder Hypothek wegen seiner Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis bestellen, und der stille Gesellschafter hat dann alle Rechte eines Pfand- oder Hypothekengläubigers, insbesondere auch das Recht, einer Mobiliarpfändung der Grundstücksbestandteile seitens der Geschäftsgläubiger zu widersprechen (Bolze 5 Nr. 127). Die Beweislast, daß die Einlage untergegangen ist, trifft nach Ansicht des Reichsgerichts in solchen Fällen den Gläubiger (Bolze 5 Nr. 1141). — Über die Verpflichtungen der beiden Gesellschafter aus dem Vertrage s. Anm. 28ff. Anm. 25.

IV. Inwieweit ein stiller Gesellschaftsvertrag **von den gesetzlichen Vertretern geschäftsunfähiger Personen geschlossen werden kann,** hängt von dem Umfange ihrer Vertretungsmacht ab. Der offene Gesellschafter kann einen stillen Gesellschafter nicht aufnehmen (vgl. Anm. 2 zu § 126 gegen 6./7. Aufl.). Was die Aktiengesellschaft betrifft, so soll nach Behrend (§ 91 Anm. 8) immer die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich sein. Das ist nicht richtig. Denn der Vorstand hat die unbeschränkte Vertretungsbefugnis; ob er seine Instruktionen nach innen hierbei verletzt, ist eine andere Frage (vgl. Anm. 12 zu § 235). In der Kommanditgesellschaft und in der Aktienkommanditgesellschaft hat der Komplementar die gleiche Vertretungsbefugnis, wie der offene Gesellschafter. Dasselbe gilt von den Geschäftsführern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und endlich von jedem rechtsfähigen Vereine, wenn nicht die Satzung die Vertretungsmacht einschränkt (§§ 26, 68, 70 BGB.). Liquidatoren dagegen fehlt die Berechtigung zur Aufnahme von stillen Gesellschaftern, denn die Annahme eines stillen Gesellschafters gehört nicht zu den Abwickelungsgeschäften. Für den Minderjährigen ist der Vormund bzw. der Inhaber der elterlichen Gewalt berechtigt, sich namens des Mündels als stiller Gesellschafter zu beteiligen. Er bedarf hierzu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da es sich um einen Vertrag handelt, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (§ 1822 Nr. 3, 1643, 1686 BGB.; ebenso Lehmann-Ring Nr. 12; Goldmann Anm. 3 gegen 6./7. Aufl.). Anm. 26.

§ 335. Anm. 27. V. **Ein Wechsel in der Person der Gesellschafter, eine Übertragung der Gesellschaftsrechte kann** ohne beiderseitige Zustimmung nicht erfolgen: weder kann der Komplementar dem stillen Gesellschafter einen anderen Komplementar an seiner Stelle aufdrängen, noch der stille Gesellschafter dem Komplementar einen anderen stillen Gesellschafter (§ 717 BGB.). Eine Übertragung des Gesellschaftsanteils bedeutet lediglich die Abtretung der Ansprüche auf die vermögensrechtlichen Bezüge (Gewinn, Zinsen und Auseinandersetzungsguthaben). Diese Ansprüche sind frei übertragbar (§ 717 BGB.). In solcher Übertragung liegt eine Abtretung (RG. 18, 43). Dagegen kann der stille Gesellschafter seine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, insbesondere die Rechte aus § 338 auf den Rechtsnachfolger nicht übertragen. Über Veräußerung des Geschäfts durch den Komplementar s. Anm. 32.

Anm. 28. VI. (Abs. 1 unseres Paragraphen.) **Die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Leistung der Einlage.**

1. **Die Art der Erfüllung dieser Pflicht:** Die Einlage ist so zu leisten, daß sie in das Vermögen des anderen Teils übergeht. Worin sie hiernach bestehen kann, ist Anm. 14 ff. gezeigt. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung, deren Bestehen zum Wesen des stillen Gesellschaftsverhältnisses gehört, wie Anm. 13 gezeigt, hat der Komplementar einen klagbaren Anspruch. Grundstücke müssen ihm aufgelassen, Mobilien und Inhaberpapiere übergeben, Forderungen abgetreten, Orderpapiere indossiert werden; sonstige wirtschaftliche Güter müssen ihm so zugänglich gemacht werden, daß er sie ungehindert verwerten kann. Mit beider Zustimmung kann die Erfüllung der Einlageverpflichtung auch durch Novation geschehen; es wird z. B. beim Verkauf oder nach Verkauf des Geschäftes an den Komplementar mit diesem vereinbart, daß das Restkaufgeld als stille Einlage im Geschäfte des Erwerbers verbleibe. Die Novation selbst ist ein dem jetzigen bürgerlichen Recht nicht unbekanntes Institut (vgl. z. B. §§ 607 Abs. 2, 364 Abs. 2 BGB.; auch Dernburg II § 120). Über die Einzahlungspflicht im Konkurse vgl. zu § 341.

Anm. 29. 2. **Die Grenze der Verpflichtung:** mehr als die vertraglich vereinbarte Einlage braucht der stille Gesellschafter nicht zu leisten. Denn nach § 707 BGB., der auch hier Anwendung findet, ist ein Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Betrags und zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet. Der Komplementar kann dies auch nicht dadurch erreichen, daß er darauf hinweist, der eingelegte Gegenstand sei untergegangen oder das Geschäft gehe ohne weitere Nachschüsse zugrunde (vgl. hierüber auch Anm. 6 ff. zu § 111).

Anm. 30. 3. **Übrigens hat auch kein Gesellschafter das Recht, die vereinbarte Einlage zu erhöhen** (vgl. Anm. 8 zu § 111).

Anm. 31. 4. **Die Folge der Erfüllung der Einlageverpflichtung** ist, daß der Gegenstand der Einlage in das Vermögen des Komplementars übergeht. Er wird Eigentümer des eingebrachten Grundstücks, der Mobilien, Gläubiger der eingebrachten Forderungen, der Alleinberechtigte in bezug auf die sonstigen Rechte und Chancen, sowie des überlassenen Gebrauchs. Ein Eigentum zur gemeinsamen Hand, wie bei der o. H. G. und auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, überhaupt ein Gesellschaftsvermögen (vgl. §§ 718, 719 BGB.) gibt es hier nicht.

Anm. 32. 5. **Der Einlageverpflichtung des stillen Gesellschafters steht aber** die Verpflichtung des Komplementars **gegenüber,** die Einlage ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden. Er hat also die Verpflichtung, das Handelsgewerbe zu betreiben und zwar in der Weise, wie sie der Parteiabsicht entspricht. Er ist dabei zwar ganz selbständig, es sind ja seine eigenen Geschäfte, die er führt, und der stille Gesellschafter hat daher kein Recht, um seine Zustimmung angegangen zu werden oder der Geschäftsführung zu widersprechen. Das gilt auch für ungewöhnliche Geschäfte. Nur wenn er von vereinbarten Geschäftsgrundsätzen abweichen oder ein Geschäft vornehmen will, das nicht nur ungewöhnlich ist, sondern völlig aus dem Rahmen seines Geschäftsbetriebes heraustritt, muß er zuvor die Genehmigung des stillen Gesellschafters einholen. Denn an sich wäre dies vertragswidrig (so zutreffend Cosack

§ 112 VII 2a). Verschuldete Vertragswidrigkeiten verpflichten zum Schadensersatze, insbesondere vertragswidriges Aufgeben des Handelsbetriebes. Eine Klage auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes gibt es aber nicht. Deshalb kann der stille Gesellschafter den Komplementar auch nicht hindern, sein Geschäft zu veräußern. Dieser wird nur, wie gesagt, durch solches Verhalten schadensersatzpflichtig und mit ihm in den geeigneten Fällen auch sein Erwerber, wenn dieser nämlich wußte, daß die Geschäftsaufgabe vertragswidrig und zu dem Zwecke geschah, um dem stillen Gesellschafter die Ausübung seiner Vertragsrechte zu vereiteln; denn darin liegt eine Kollusion, eine unerlaubte Handlung (§§ 823 und 826 BGB.). Die Entschädigung besteht aber nicht in einem Anteil an einem etwaigen Verkaufsgewinn, denn dieser ist kein Betriebsgewinn, an dem allein der stille Gesellschafter beteiligt ist, sondern in dem Ausfall der Vorteile, die der stille Gesellschafter bei vertragsmäßiger Fortsetzung des Betriebes mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gehabt hätte (vgl. Anm. 4 zu § 65 und RG. in DJZ. 01, 50). — Vgl. über alles dieses Behrend § 93 Nr. III, auch Anm. 10 zu § 339. — Der Komplementar haftet bei Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem stillen Gesellschafter für die **diligentia quam suis** (§ 708 BGB.), deren Anwendung er zu beweisen hat, die ihn aber niemals von der Verantwortlichkeit für grobes Versehen schützt (§ 277 BGB.). Genehmigung des stillen Gesellschafters beseitigt die Verantwortlichkeit. **§ 335.**

Anm. 33. Die Gesellschaftsform ändern, oder andere Gesellschafter aufnehmen kann der Geschäftsinhaber nach den in Anm. 32 entwickelten Grundsätzen nicht. Dagegen wird ihm die Aufnahme weiterer stiller Gesellschafter nicht verwehrt werden können, soweit dies nicht dem Vertrage widerspricht und soweit der Anteil des bisherigen stillen Gesellschafters nicht geschmälert wird (vgl. Lehmann-Ring Nr. 15; über die Frage, ob der offene Handelsgesellschafter mit Rücksicht auf sein Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern einen stillen Gesellschafter aufnehmen darf vgl. oben Anm. 26).

Anm. 34. Aus der Pflicht zum Betriebe des Handelsgewerbes folgt nach Behrend § 93 III (vgl. auch Cosack § 112 VII d; Rettig 29) **das Konkurrenzverbot.** Behrend sagt, es sei als eine Vertragsverletzung anzusehen, wenn der Komplementar in demselben Handelszweige anderweit Geschäfte macht, da er dadurch die Gewinnchancen aus dem Handelszweige schädige. Auch die Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbots seien im wesentlichen dieselben, wie bei der o. H. G., nur die Verjährungsbestimmungen seien singulärer Natur. Diesen Ausführungen ist beizutreten. Daß das Gegenteil im Vertrage festgesetzt worden, auch stillschweigend aus dem Vertrage sich ergeben kann, ist selbstverständlich (z. B. Beteiligung an einer Filiale).

Gegen den stillen Gesellschafter besteht das Konkurrenzverbot nicht (Cosack § 112 VII d).

6. **Über den Rechtscharakter des Einbringungsaktes** (Kauf, Hergabe an Zahlungsstatt?) und über seine gesetzlichen Folgen (Gewährleistung?) s. Anm. 35 zu § 105. Dabei ist aber nochmals zu betonen, daß das eingelegte Gut nicht Gesamteigentum der Gesellschafter, sondern Alleineigentum des Komplementars wird (vgl. Anm. 31). In dieser Beziehung ist also die Rechtsfolge der Einbringung eine durchaus verschiedene von der Einbringung bei der o. H. G. Anm. 35.

7. **Die Verpflichtung zur Einbringung besteht nur dem Geschäftsinhaber gegenüber.** Anders als bei der Kommanditgesellschaft (§ 171) besteht keine direkte Haftung den Gläubigern gegenüber. Der Geschäftsinhaber kann daher die Einlageverpflichtung erlassen; er kann das Eingelegte zurückzahlen, ohne daß die Gläubiger außer den allgemeinen Anfechtungsrechten einen Einspruch haben. Lassen sich die Gläubiger den Anspruch gegen den stillen Gesellschafter überweisen, so hat letzterer alle Einwendungen, die er dem Inhaber gegenüber hat (Cosack § 112 VIII 3). Ein besonderes Anfechtungsrecht im Konkurse ist in § 342 angeordnet. Anm. 36.

VII. (Abs. 2 unseres Paragraphen.) **Der Inhaber des Handelsgewerbes wird aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.** Der Ton liegt auf „allein“. Daß der Inhaber des Handelsgewerbes aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird, brauchte als völlig selbstverständlich wohl nicht hervorgehoben zu werden Anm. 37.

§ 335. (vgl. Anm. 11). Aber zum Unterschiede von anderen Gesellschaften, z. B. von der verwandten Kommanditgesellschaft, wurde hier hervorgehoben, daß der stille Gesellschafter aus dem Geschäfte nicht berechtigt und verpflichtet wird. Soll auch dieser verpflichtet werden, so muß ein besonderer Rechtsgrund hinzutreten. Ein solcher ist in mannigfacher Weise denkbar. So z. B. eine Bürgschaft. Es kann ferner in der Kundgebung des stillen Gesellschaftsverhältnisses unter Umständen ein Kreditauftrag nach § 778 BGB. liegen, worauf die D. 199 (vgl. Lehmann-Ring Nr. 19; Cosack § 112 VIII 3) hinweist (der frühere Art. 260, der über die Kundgebung der stillen Gesellschaft eine inhaltslose und doch sehr streitig gewordene Vorschrift gab, ist gestrichen). Es kann in der Kundgebung des stillen Gesellschaftsverhältnisses ferner unter Umständen auch eine unerlaubte Handlung liegen; so, wenn sie erfolgt, um zur Kreditgebung zu verleiten, obgleich die Lösung des Verhältnisses in naher Aussicht steht. Es ist endlich darauf hinzuweisen, daß ein stiller Gesellschafter, der nach außen als Inhaber des Geschäfts auftritt, sich gefallen lassen muß, daß er als offener Gesellschafter behandelt wird (RG. 31, 39; vgl. Anm. 9 zu § 123). Der Umstand allein aber, daß der Name des stillen Gesellschafters in der Firma des Komplementars enthalten ist, begründet nach dem jetzigen HGB. keinen Haftungsgrund (s. Anm. 40). Auch die Vorschriften der §§ 341 und 342 sind keine Änderungen des Grundsatzes, daß aus dem Geschäfte des Handelsgewerbes allein der Komplementar haftet. Diese Vorschriften haben eine ganz andere Bedeutung, als die einer Haftung gegenüber den Gläubigern. § 341 gibt vielmehr dem Konkursverwalter nur dasselbe Einlage-Einforderungsrecht, wie der Komplementar es hatte; § 342 aber ist ein auf paulianischem Rechtsgedanken beruhendes Rückforderungsrecht, nicht ein direktes Gläubigerrecht.

Anm. 38. VIII. **Über die Firma, unter welcher der Inhaber des Handelsgewerbes dies zu betreiben hat,** ist hier nichts gesagt (zum Unterschiede von früher, Art. 251). Darüber ist zunächst zu sagen, daß es überhaupt nicht notwendig ist, daß der Komplementar das Handelsgewerbe unter einer Firma betreibt, da es auch ein Minderkaufmann sein kann (vgl. Anm. 9). Ist es aber ein Vollkaufmann, so ist zu sagen, daß das Vorliegen eines stillen Gesellschaftsverhältnisses bei der Wahl der Firma völlig einflußlos ist und bleiben muß. Begründet ein Einzelkaufmann ein Geschäft mit einem stillen Gesellschafter, so darf er nur seinen Namen in die Firma aufnehmen, ebenso darf er, wenn er während des Betriebes des Handelsgewerbes einen stillen Gesellschafter aufnimmt, der Firma deshalb keinen Gesellschaftszusatz geben (§ 18).

Anm. 39. Ebenso darf eine o. H. G., die einen stillen Gesellschafter aufnimmt, deshalb ihre Firma nicht verändern; wenn z. B. die Herren Müller und Schwarz eine o. H. G. bilden unter der Firma Müller & Schwarz, so dürfen sie, wenn sie einen stillen Gesellschafter aufnehmen, nicht Müller, Schwarz & Co. firmieren. Daß der Einzelkaufmann eine Gesellschaftsfirma führt, ist allerdings zulässig, wenn es eine abgeleitete Firma ist, aber er darf nicht wegen des stillen Gesellschafters einen Gesellschaftszusatz wählen.

Anm. 40. **Nicht mehr verboten ist, daß der stille Gesellschafter überhaupt in der Firma benannt ist.** Veräußert z. B. ein Kaufmann A. Müller sein Geschäft mit Firma und beteiligt sich bei dem Geschäftsnachfolger als stiller Gesellschafter, so ist es zulässig, daß dieser die Firma A. Müller fortsetzt. Es ist auch keine zivilrechtliche Folge (Haftung des stillen Gesellschafters für die Handelsschulden) daran geknüpft. Das betreffende Verbot des früheren HGB. (Art. 357) ist gestrichen (Übergangsfrage Anm. 43).

Anm. 41. Zusatz 1. **Haben zwei Parteien einen stillen Gesellschaftsvertrag geschlossen, der nicht geeignet ist, ein stilles Gesellschaftsverhältnis im Sinne des HGB. zu begründen,** weil gegen dessen wesentliche Erfordernisse verstoßen ist, z. B. weil nicht vereinbart ist, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Komplementars übergeht, so liegt doch jedenfalls ein Gesellschaftsvertrag vor, der insoweit nach den Vorschriften der stillen Gesellschaft zu behandeln ist, als dies möglich ist. Denn es ist darin der deutliche Wille der Partei ausgedrückt, daß, soweit angängig, die Bestimmungen über die stille Gesellschaft Anwendung finden, und dieser entscheidet, soweit der Wille der Parteien überhaupt entscheidende Bedeutung beanspruchen kann (RG. 45, 40).

Zusatz 2. Übergangsfragen. Auf Schuldverhältnisse aus früherer Zeit findet nach Art. 170 EG. z. BGB. das alte Recht Anwendung. Dies muß auch hier gelten. Denn die Gesellschaft ist ein Schuldverhältnis, und besondere Übergangsbestimmungen für Gesellschaften oder stille Gesellschaften sind in den Gesetzbüchern nicht gegeben (vgl. Anm. 46 zu § 105; Gierke in DJZ. 99, 480; Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 33). Indessen werden die Rechtsbeziehungen, die unter der Herrschaft des neuen HGB. zu Dritten entstehen, schon nach dem neuen HGB. beurteilt. Insoweit hat das neue Recht ausschließlichen Charakter (vgl. auch Anm. 20 zu § 123). § 335. Anm. 42.

Ein stiller Gesellschafter, dessen Name in der Firma genannt ist und der deshalb nach Art. 357 des früheren HGB. wie ein offener Gesellschafter haftet, haftet für die nach dem 1. Januar 1900 begründeten Verbindlichkeiten nicht mehr (vgl. Anm. 2 c zu § 171). Anm. 43.

§ 336.

Ist der Antheil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Antheil als bedungen. § 336.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter nicht am Verluste betheiligt sein soll; seine Betheiligung am Gewinne kann nicht ausgeschlossen werden.

1. Die Vorschrift greift zunächst auf den Fall Platz, daß über Gewinn **und** Verlust im Vertrage nichts vereinbart ist. Der Fall wird selten vorkommen. (Ein Beispiel der Verteilung von Gewinn und Verlust nach richterlichem Ermessen s. RG. 25, 41.) Anm. 1.
2. Für den Fall, daß über Gewinn **oder** Verlust nichts vereinbart ist, oder vielmehr, was dasselbe ist, daß über Gewinn oder Verlust etwas vereinbart ist, greift zunächst die Auslegungsregel des BGB. § 722 Abs. 2 Platz. Danach gilt, wenn nur der Anteil am Gewinn **oder** Verlust bestimmt ist, die Bestimmung im Zweifel für Gewinn **und** Verlust. Die Vorschrift entspricht in der Tat dem regelmäßigen Parteiwillen und auch dem bisherigen Recht (vgl. Anm. 2 zu § 168). Es ist keineswegs darin allein, daß nur über die Gewinnbeteiligung Bestimmung getroffen ist, der Ausschluß der Verlustbeteiligung zu erblicken. Ist ein solcher Ausschluß auch möglich, so ist doch die Beteiligung am Gewinn und Verlust der gesetzliche Normalfall. Abweichungen müssen bewiesen werden. Anm. 2.
3. Als Gewinn gilt nur der aus dem Betriebe des Handelsgewerbes erwachsende Überschuß; ein Anteil am Gewinn aus der Veräußerung des Geschäfts steht im Zweifel dem stillen Gesellschafter nicht zu (RG. in DJZ. 01, 50). Anm. 3.
4. Hinzuzufügen ist, daß der Vertragsfreiheit die Grenzen gezogen sind, die in der Notwendigkeit der Teilnahme am Gewinn liegen. Welche Gestaltung hiernach zulässig ist, welche nicht, darüber s. Anm. 21 ff. zu § 335. Die Beteiligung am Verlust kann jedoch ausgeschlossen werden; vgl. hierüber Anm. 20 zu § 335. Anm. 4.
5. Daß der Komplementar den stillen Gesellschafter wegen seiner Rechte aus der Beteiligung sicher stellt, ist nicht ausgeschlossen (ROHG. 12, 100; Bolze 2 Nr. 1101); vgl. hierüber Anm. 25 zu § 335. Anm. 5.

§ 337.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt. § 337.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Theil. Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

§ 337. Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

Die Einzelheiten der Gewinn- und Verlustbeteiligung.

Anm. 1. 1. **Die Berechnung von Gewinn und Verlust.**

a) Die Zeit der Berechnung. Hierüber bestimmt Abs. 1, daß sie am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres erfolgt. Der Wortlaut ist inkorrekt; die Berechnung ist für den Schluß des Geschäftsjahres zu machen (vgl. Anm. 2 zu § 120).

Anm. 2. b) Die Grundlage der Berechnung, über die das Gesetz nichts sagt, sind die Bücher und die Bilanz, ev. die sonstigen Aufzeichnungen des Komplementars (vgl. die Erl. zu § 338).

Anm. 3. c) Der Inhalt der Berechnung ist hier lediglich der Anteil am Gewinn oder am Verlust. Es steht aber mangels besonderer Abrede (vgl. Anm. 9) kein Recht auf eine Vorzugsdividende von 4% zu, wie bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, weder dem stillen Gesellschafter, noch dem Komplementar (ROHG. 9, 36; Cosack § 112 X 1). — Wenn daher eine o. H. G. einen stillen Gesellschafter hat, so findet eine doppelte Gewinnberechnung statt, einmal zwischen der o. H. G. und dem stillen Gesellschafter nach Maßgabe des hier Gesagten, sodann aber wird der für die o. H. G. hiernach verbleibende Gewinn nach den für diese geltenden Vorschriften geteilt. — Von den im Laufe des Geschäftsjahres entnommenen Geldern werden Zinsen nicht zu Lasten geschrieben, wenn die Entnahme befugterweise geschah, d. h. in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrags; wenn sie aber unbefugterweise geschah, so sind nicht mehr, wie früher nach Art. 287, ohne weiteres 6% Zinsen zu entrichten, sondern regelmäßig 4% nach § 288 BGB. (Verzinsung einer Geldschuld bei Verzug der Schuldner), und wenn das Verhältnis auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist, 5% (§ 352 HGB.). Für seine persönliche Tätigkeit darf der Komplementar nichts in Ansatz bringen (Bolze 7 Nr. 627). Der Anteil am Verlust findet auf seiten des stillen Gesellschafters seine Grenze in dem Betrage der Einlage (Abs. 2).

Anm. 4. 2. **Der Rechtscharakter und die Fälligkeit des Anspruchs auf Gewinn insbesondere.**

a) Der Komplementar schuldet den Gewinnanteil mit dem Ablauf der betreffenden Rechnungsperiode. Darauf, ob die Erhebung des Gewinns dem Geschäfte zum Nachteile gereicht, wird hier bei der stillen Gesellschaft keine Rücksicht genommen. Fällig ist der Anspruch mit dem Augenblicke, in dem der Komplementar nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang imstande ist, den Betrag des Gewinnanteils zu berechnen. Ist der stille Gesellschafter, sei es wegen der Einfachheit der Geschäfte, oder weil ihm infolge Teilnahme an der Geschäftsführung die Daten zur Verfügung stehen, selbst in der Lage, die Höhe seines Gewinnanteils zu übersehen, so kann er sofort darauf klagen; sonst bleibt ihm nichts übrig, als zunächst auf Vorlegung der Bilanz, bzw. auf Rechnungslegung zu klagen (§ 338; ROHG. 13, 65). Von der Fälligkeit an hat der Komplementar dann Zinsen zu zahlen, wenn § 353 Platz greift; sonst wenn er im Verzuge ist (§§ 284, 288 BGB.). Der Zinsfuß beträgt 5%, wenn auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt (§ 352 HGB.), sonst 4% (§ 288 BGB.).

Anm. 5. b) Auf den festgestellten Gewinnanteil hat der stille Gesellschafter einen endgültigen Anspruch. Er ist ihm, wie Abs. 1 sagt, auszubezahlen, nicht nur gutzuschreiben, insbesondere also auch dann auszubezahlen, wenn dies dem Geschäfte nachteilig sein sollte (vgl. Anm. 4). Der nicht erhobene Gewinnanteil vermehrt nicht etwa die Einlage, also die Ziffer, mit der der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust teilnimmt: weder der Komplementar, noch der stille Gesellschafter können beim Widerspruche des anderen Teiles verlangen, daß der stehengebliebene Gewinn zur Einlage geschlagen werde. Der nicht erhobene Gewinnanteil ist also, auch wenn sein Stehenbleiben vereinbart ist, eine bloße Forderung, und es darf seine spätere Auszahlung auch dann nicht verweigert werden, wenn sich in der Zwischenzeit Verluste ergeben haben (ROHG. 13, 65; RG. 48, 82). Auch als Konkursgläubiger kann er diese Forderung liquidieren (Anm. 5 zu § 341; Förtsch Anm. 3

zu Art. 255). Doch kann, wie Abs. 3 unseres Paragraphen hervorhebt, ein anderes vereinbart werden, d. h. daß der nicht erhobene Gewinn die Einlage vermehren soll. § 337.

c) Als festgestellter Gewinnanteil im Sinne des Vorstehenden ist aber nur das zu verstehen, was sich zugunsten des stillen Gesellschafters über den Betrag seiner Einlage hinaus als Gewinn ergibt. Ist diese aufgezehrt oder vermindert, so wird der Gewinn zunächst zur Ergänzung der Einlage verwendet. Der stille Gesellschafter hat also solange keinen Anteil am Gewinn, als die Einlage nicht ihre volle Höhe erreicht hat, und es wird zwar ausgerechnet, was er an Gewinn erhalten haben würde, wenn seine Einlage unberührt gewesen wäre, aber das so Ausgerechnete wird nur seinem Konto zugeschrieben, bis die Einlage wieder ergänzt ist. Anm. 6.

Ob während der Jahre, in denen die Einlage aufgezehrt ist, dem stillen Gesellschafter Verlustanteile nicht zu Lasten zu schreiben sind, oder ob dies doch erforderlich ist, und eine Gewinnfeststellung für ihn erst dann möglich ist, wenn nach Deckung auch dieser Verluste seine Einlage wieder ergänzt ist, beantwortet sich in derselben Weise, wie in Anm. 4 zu § 169.

d) Daß der stille Gesellschafter bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht zurückzuzahlen braucht, ist um so selbstverständlicher, als er sogar den nicht erhobenen, aber festgestellten Gewinnanteil ohne Rücksicht auf spätere Verluste verlangen kann (vgl. Anm. 5). Dennoch hebt dies Abs. 2 noch besonders hervor. Anm. 7.

Ein Anspruch des Komplementars auf Rückzahlung wegen Irrtums ist nicht ausgeschlossen, z. B. wenn er ein Aktivum als vollwertig ansah, das im Augenblick der Bilanzziehung bereits untergegangen war (RG. 48, 82). Der gute Glaube des Empfängers ist hier nicht begünstigt. § 172 Abs. 5 ist hier nicht anwendbar (Rettig 27).

e) Der Ort der Erfüllung für die Auszahlungspflicht ist in Anwendung des § 269 BGB. der Ort der Handelsniederlassung des Komplementars. Doch besteht in Anwendung des § 270 BGB. die Übersendungspflicht, die aber am Erfüllungsorte nichts ändert (Puchelt-Förtsch Anm. 4 zu Art. 255; Lehmann-Ring Nr. 4; die Meinung Behrends, § 93 Anm. 28 und Hahns, § 1 —, daß die Übersendungspflicht der Natur des Verhältnisses widerspreche, erscheint nicht begründet). Anm. 8.

Zusatz. Vertragliche Abmachungen können die Bestimmungen des § 337 beliebig ändern, wenn sie sich nur im Rahmen dessen halten, was zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört. Sie dürfen also insbesondere nicht gegen die Vorschrift verstoßen, daß der stille Gesellschafter am Gewinn beteiligt sein muß (vgl. Anm. 20 zu § 335). Im übrigen kann bestimmt werden, daß dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter oder beiden, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, Zinsen gutzuschreiben sind, die den Gewinn vermindern und den Verlust vermehren; es kann ferner abweichend vom Gesetze bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter keinen Anspruch auf Auszahlung des festgestellten Gewinnanteils hat, sondern ihn stehen lassen muß, oder auch daß er ihn stehen lassen darf usw. Anm. 9.

§ 338.

Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. § 338.

Die im § 716 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu.

Auf Antrag des stillen Gesellschafters kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

§ 338. Der vorliegende Paragraph setzt das Kontrollrecht des stillen Gesellschafters fest.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Der positive Inhalt des Kontrollrechts:** Der stille Gesellschafter kann Abschrift der jährlichen Bilanz (nicht Herausgabe, vgl. OLG. Jena bei Bauer 10, 186) verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere des Komplementars prüfen. Dieses Recht ist aber kein bloßes Mindestrecht, sondern erschöpft, wie Abs. 2 deutlich ergibt, das Recht des stillen Gesellschafters auf Auskunftserteilung. Weitere Rechte sind ihm nur unter den Voraussetzungen des Abs. 3 gegeben. Das Recht, förmliche Rechnungslegung zu fordern, hat daher der stille Gesellschafter nicht, wenn nicht etwa die Ausübung der im Abs. 3 gegebenen Befugnisse im gegebenen Falle diesen Umfang annimmt (vgl. Anm. 1 zu § 166), oder dahin gehende Vereinbarungen getroffen sind.

Anm. 2. Die hier gegebenen Rechte kann jeder stille Gesellschafter für sich ausüben, außer wenn die mehreren stillen Gesellschafter dem Komplementar gegenüber zu einer Einheit organisiert sind. Sie dürfen von keinem stillen Gesellschafter in ungebührlicher Weise ausgeübt werden, sondern nur soweit, als erforderlich ist, um sich die nötige Information zu verschaffen. Der stille Gesellschafter darf nicht wochenlang täglich ins Kontor kommen und dort eine Durchmusterung der Bücher vornehmen, die über den Zweck des hier gegebenen Kontrollrechts hinausgeht.

Anm. 3. Die Ausübung der Kontrollrechte ist nicht davon abhängig, daß der stille Gesellschafter seine eigenen Verpflichtungen erfüllt hat, es kann ihm nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengehalten werden; das Recht erlischt auch nicht durch Nichtgebrauch.

Anm. 4. Aus dem Rechte auf Vorlegung der Bücher und Prüfung der Bilanz ergibt sich auch das Recht auf Führung korrekter Bücher und korrekter Bilanzen, ferner auch auf Berichtigung der Bücher und Bilanzen (vgl. hierüber Anm. 4 zu § 166). Dazu noch Bolze 23 Nr. 569.

Anm. 5. Aufzustellen hat der Geschäftsinhaber die Bilanz; soweit sie der stille Gesellschafter nicht beanstandet, ist sie für das Gesellschaftsverhältnis maßgebend (RG. bei Bauer 11, 261).

Anm. 6. Wie stellt sich aber das Kontrollrecht, wenn der Komplementar ein Minderkaufmann ist, was ja nach Anm. 9 zu § 335 zulässig ist? Er wird in solchem Falle durch die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nicht etwa verpflichtet, Bücher zu führen und Bilanzen zu ziehen; indes muß Behrend (§ 93 Anm. 19) zugestimmt werden, wenn er sagt, daß der Minderkaufmann als Komplementar unter entsprechender Anwendung des vorliegenden Paragraphen dem stillen Gesellschafter alljährlich rechenschaftspflichtig ist. Er ist daher verbunden, solche Aufzeichnungen zu machen, daß er dieser Verpflichtung genügen kann. Ohne Kontrollrecht wollte das Gesetz den stillen Gesellschafter keinesfalls lassen. Weiter muß angenommen werden, daß auf Grund des Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen der stille Gesellschafter von dem Komplementar, der Minderkaufmann ist, aus wichtigen Gründen jederzeit sonstige Aufklärung verlangen kann. Auf alle Fälle ist eine Detailierung der Einnahme- und Ausgabeposten erforderlich. Pauschalangaben genügen für eine ordentliche Rechenschaftslegung nicht (Bolze 8 Nr. 539b; ebenso Lehmann-Ring Nr. 2).

Anm. 7. 2. (Abs. 2.) **Negative Abgrenzung des Kontrollrechts.** Nach § 716 BGB. kann ein Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen. Alle diese Rechte sind dem stillen Gesellschafter regelmäßig versagt (s. Anm. 1).

Anm. 8. 3. (Abs. 3.) **Außerordentliche Kontrollrechte aus wichtigen Gründen.** Mit Hilfe des Gerichts kann der stille Gesellschafter, wenn wichtige Gründe hierzu vorliegen, weitere Kontrollrechte ausüben.

Anm. 9. Die Vorschrift deckt sich mit der Vorschrift des § 166 Abs. 3. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf diese verwiesen. Die dort gegebenen Erläuterungen gelten

auch hier in entsprechender Weise. Vgl. daher Anm. 5ff. zu § 166 (und RG. in RGZ. 30 A S. 120) das nähere über die Voraussetzungen dieser richterlichen Schutzmaßregel, über die Zuständigkeit und den Inhalt der Anordnung. Der Antrag aus Abs. 3 dieses Paragraphen ist nur während des Bestehens der Gesellschaft zulässig; nach Auflösung des Verhältnisses ist nur der Prozeßweg zulässig (RGZ. 28 A S. 56). **§ 338.**

Zusatz 1. Durch den Gesellschaftsvertrag können die Kontrollrechte des stillen Gesellschafters erweitert und auch beschränkt werden (§ 716 Abs. 2 BGB.). Aber jede Beschränkung der Kontrollrechte ist ungültig, sobald Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Komplementar die Geschäfte unredlich geführt habe (§ 716 Abs. 2 BGB.). Zwar sind durch den Abs. 2 unseres Paragraphen die weitergehenden Rechte des Gesellschafters aus § 716 BGB. dem stillen Gesellschafter versagt. Aber damit sind nur die weitergehenden Kontrollrechte aus § 716 Abs. 1 gemeint, nicht auch die gegen Unredlichkeit gerichtete zwingende Vorschrift des § 716 Abs. 2. In solchem Falle tritt auch der Abs. 3 unseres Paragraphen wieder in sein Recht (richterlicher Schutz durch einfaches Beschlußverfahren). Anm. 10.

Zusatz 2. Geschäftsführungsrechte und -Pflichten hat der stille Gesellschafter mangels besonderer Abrede (vgl. Anm. 25 zu § 335) nicht. Das Recht aus § 712 BGB. auf Entziehung der Geschäftsführung steht ihm gegen den Geschäftsinhaber nicht zu. Anm. 11.

§ 339.

§ 339. Auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters finden die Vorschriften der §§ 132, 134, 135 entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 723 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, bleiben unberührt.

Durch den Tod des stillen Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Gründe der Auflösung einer stillen Gesellschaft.** — Über die Wirkung der Auflösung s. § 340. — Zutreffenderweise behandelt das Gesetz nur die Auflösung der stillen Gesellschaft. Ein Ausscheiden einzelner Mitglieder unter Fortbestand der Gesellschaft kann hier nicht stattfinden, weil sich hier immer nur zwei Gesellschafter gegenüberstehen (vgl. Anm. 4 zu § 335).

Der frühere Art. 251 zählte die einzelnen Auflösungsgründe auf. Der Gegenstand ist etwas verwickelter geregelt, indem zum Teil die Vorschriften des HGB. über die o. H. G., zum Teil die Vorschriften des BGB. (§§ 723ff.) über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Platz greifen. Sachlich ist aber wenig geändert.

Es sind zu unterscheiden I. die Auflösung ipso iure, II. die Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter, III. die Auflösung durch befristete Kündigung, IV. die Auflösung durch sofortige Kündigung, V. die Auflösung auf Antrag eines Gläubigers eines Gesellschafters.

I. **Die Auflösung ipso iure.** Diese erfolgt nach den Vorschriften des BGB. über die bürgerliche Gesellschaft, obwohl nicht ausdrücklich auf sie verwiesen ist. Es ergibt sich das aber von selbst, weil die stille Gesellschaft eine Unterart der bürgerlichen Gesellschaft ist (vgl. Anm. 2 zu § 335; D. 199). Anm. 1.

Die einzelnen Tatsachen, durch die die Gesellschaft sich ipso iure auflöst, sind:

1. **Der Tod des Komplementars** (früher Art. 261 Nr. 1). Dies ergibt sich aus § 727 BGB. Dort ist zwar allgemein bestimmt, daß der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöst. Allein in Abs. 2 unseres Paragraphen ist bestimmt, daß der Tod des stillen Gesellschafters die Gesellschaft nicht auflöst. Dem Tode ist die Auflösung der als stille Gesell- Anm. 2.

§ 339. schafterin beteiligten Handelsgesellschaft nicht gleich zu achten. Die stille Gesellschaft besteht mit der aufgelösten Handelsgesellschaft, die ja ihre Existenz nicht verliert, fort.

Anm. 3. Auch die Vorschrift des § 727 Abs. 2 BGB. gilt hier: Danach hat der Erbe des Komplementars dem stillen Gesellschafter den Tod unverzüglich anzuzeigen, und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser obliegenden Geschäfte fortzuführen, bis der stille Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen kann. Wenn es aber in diesem § 727 Abs. 2 BGB. weiter heißt, daß die übrigen Gesellschafter in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet sind, so ist dies auf die stille Gesellschaft nur bedingt anzuwenden, nämlich nur dann, wenn der stille Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag Geschäftsführungspflichten übernommen hat. Nach dem Gesetze hat er solche nicht.

Anm. 4. Durch den Gesellschaftsvertrag kann übrigens, wie § 727 Abs. 1 ergibt, vereinbart werden, daß der Tod des Komplementars die stille Gesellschaft nicht auflöst. Der Erbe wird in solchem Falle, wenn er die Erbschaft nicht ausschlägt, ohne weiteres Komplementar. Er kann also nur entweder die Erbschaft ausschlagen oder die stille Gesellschaft als Komplementar fortsetzen, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag ein anderes vorschreibt. Von Gesetzes wegen steht dem Erben ein dem § 139 ähnliches Recht nicht zu.

Anm. 5. Dem Tode des Komplementars stellt Puchelt (Anm. 2 zu Art. 261) die Auflösung der Handelsgesellschaft gleich, die Komplementarin ist. Das ist nicht richtig. Der Tod der physischen Person und die Auflösung der Handelsgesellschaft sind nicht Begriffe, die sich decken. Dennoch hat die Auflösung der Handelsgesellschaft, die Komplementarin ist, die Auflösung der stillen Gesellschaft zur Folge, aber aus anderem Grunde (vgl. Anm. 11).

Anm. 6. 2. **Der Konkurs eines Gesellschafters** (ebenso Art. 261 Nr. 3 des alten HGB.). Das beruht jetzt auf § 728 BGB. Die Auflösung tritt nicht nur ein, wenn der Komplementar, sondern auch wenn der stille Gesellschafter in Konkurs gerät. (Über die Pflicht des anderen Gesellschafters, die Geschäfte einstweilen fortzusetzen, sind §§ 728, 729 BGB., § 28 KO. maßgebend.) Über die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern in diesem Falle s. Anm. 3ff. zu § 340. Eine Ausschließung dieser Rechtsfolge im voraus durch den Gesellschaftsvertrag ist unzulässig. Der § 736 BGB. läßt dies keineswegs zu; dort ist nur eine Vereinbarung dahin für zulässig erklärt, daß beim Konkurse eines Gesellschafters die Gesellschaft mit den übrigen fortgesetzt werden kann. Der in Konkurs Geratene scheidet aber aus. Hier aber besteht die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern (vgl. Anm. 4 zu § 335). Es kann nachträglich, d. h. nach eingetretener Auflösung, die Fortsetzung der stillen Gesellschaft vereinbart werden.

Anm. 7. Der Eintritt sonstiger rechtlicher Unfähigkeit ist kein gesetzlicher Auflösungsgrund, kann höchstens im Gesellschaftsvertrage als solcher vereinbart werden, oder aber einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung abgeben (in dieser Hinsicht anders Art. 261 Nr. 2, der in der rechtlichen Unfähigkeit des Komplementars zur Vermögensverwaltung einen gesetzlichen Auflösungsgrund erblickte), oder auch den Auflösungsgrund des § 726 BGB. im Gefolge haben (vgl. Anm. 8).

Anm. 8. 3. **Die Erreichung des vereinbarten Zwecks und die Unmöglichkeit seiner Erreichung.** Dies beruht auf § 726 BGB. Diesen Auflösungsgrund kannte das alte HGB. nicht. Auch bei der o. H. G. ist er als ipso-jure-Auflösungsgrund nicht bekannt, sondern kann dort nur im gegebenen Falle ein Recht auf sofortige Auflösung der Gesellschaft durch Richterspruch geben. Auch bei der stillen Gesellschaft ist es mißlich, daß das Gesetz diesen ipso-jure-Auflösungsgrund anerkannt hat. Denn die Feststellung der Tatsache der Nichterreichbarkeit des Gesellschaftszwecks ist schwierig und wird meist zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß geben. Im einzelnen ist hier auf das zu verweisen, was über die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks in Anm. 18 zu § 133 gesagt ist (besonders mangelnde Rentabilität: ROHG. 12, 100).

4. **Der Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit.** Dieser Auflösungsgrund ist nicht ausdrücklich erwähnt. Doch beruht die Nichterwähnung nur darauf, daß die Vorschrift selbstverständlich ist (D. 199). Auch hier haben es die Gesellschafter in der Hand, die durch Zeitablauf beendete stille Gesellschaft wieder fortzusetzen. Sie können dies ausdrücklich vereinbaren, aber auch stillschweigend. Wo das Stillschweigen in dieser Weise zu deuten ist, da gilt die Gesellschaft von da als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Das ergibt sich daraus, daß in unserem § 339 der § 134 in bezug genommen ist (vgl. daher die Erläuterung zu § 134 und natürlich auch zu § 131 Nr. 1). **§ 339.** Anm. 9.

5. **Einstellung des Gewerbebetriebes durch den Komplementar.** Dieser Grund ist ebenfalls nirgends erwähnt, auch im alten HGB. war er nicht erwähnt. Aber er ergibt sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses von selbst. Nach § 335 ist eine stille Gesellschaft vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögenseinlage beteiligt. Hört daher der andere auf, das Handelsgewerbe zu betreiben, oder verkauft er sein Geschäft, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß die stille Gesellschaft aufhört. Eine Klage auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes gibt es nicht (vgl. Anm. 32 zu § 335 u. RG. in DJZ. 01, 50). Freilich ist auf diese Weise der Komplementar in der Lage, durch Einstellung des Handelsgewerbes die stille Gesellschaft willkürlich zur Auflösung zu bringen. Verfährt aber der Komplementar hierbei vertragswidrig, so trifft ihn die Pflicht zum Schadensersatze. Ein schuldhafter Verstoß wird dann nicht angenommen werden dürfen, wenn nach Lage der Sache dem Komplementar nicht zuzumuten ist, das Handelsgewerbe weiter zu betreiben, und er diese Sachlage nicht durch eine Handlung, die er dem stillen Gesellschafter gegenüber zu vertreten hat, herbeigeführt hat. Veräußert der Komplementar das Handelsgeschäft, so hat der stille Gesellschafter ebenfalls einen Anspruch auf Entschädigung, der aber nicht in einem Anteil am Verkaufsgewinn, sondern in dem Ausfall des Anteils am wahrscheinlichen Betriebsgewinne besteht (auch hierüber Anm. 32 zu § 335). Anm. 10.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Auflösung der als Komplementarin figurierenden Handelsgesellschaft (o. H. G.; Kommanditgesellschaft; Aktien-Kommanditgesellschaft; Aktiengesellschaft) auch die Auflösung der stillen Gesellschaft zur Folge hat. Denn die Auflösung der Handelsgesellschaft bedeutet ja das Aufhören ihres Handelsgewerbebetriebes (Anm. 1 zum § 131), wenigstens regelmäßig. Solange die aufgelöste Handelsgesellschaft das Gewerbe noch betreibt, solange besteht auch noch das stille Gesellschaftsverhältnis. Über die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, die stille Gesellschafterin ist, vgl. Anm. 2. Anm. 11.

6. **Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere von selbst wirkende Auflösungsgründe festsetzen.** Anm. 12.

II. **Die Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter.** Diese Auflösungsart ist weder in den Vorschriften des HGB. über die stille Gesellschaft, noch in den Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft erwähnt, sie gilt aber als selbstverständlich (D. 199). Bei der o. H. G. ist sie ausdrücklich im § 131 Nr. 2 erwähnt. Anm. 13.

Gemeint ist ein Beschluß dahin, daß die Gesellschaft sich sofort auflöse. Denn ein Beschluß, daß die Gesellschaft sich in einem späteren Zeitpunkte auflösen soll, würde nichts als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nach der Richtung sein, daß die Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen war, sich ändert. Das wäre aber nichts weiter als die Schaffung eines Auflösungsgrundes, wie er Anm. 9 behandelt worden ist. Anm. 14.

Dem Beschlusse müssen beide Teile zustimmen. Im Normalfalle unterliegt das keinen Schwierigkeiten. Wenn aber die stillen Gesellschafter dem Komplementar gegenüber organisiert sind, so kann dies zu Zweifeln Anlaß geben. Anm. 15.

III. **Die Auflösung durch befristete Kündigung.** Infolge der Bezugnahme der §§ 132 u. 134 in unserem § 339 unterliegt die Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen stillen Gesellschaftsvertrages einer Frist von 6 Monaten vor Ablauf des Geschäftsjahres, wobei ein auf Lebenszeit abgeschlossener und ein stillschweigend fortgesetzter Gesellschaftsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelten. Anm. 16.

§ 339. Anm. 17. Wegen der Erläuterung dieser Vorschriften wird auf die Anmerkungen zu §§ 132 und 134 verwiesen, in denen insbesondere das Nähere über die Dauer der Gesellschaft überhaupt, über die Dauer bei mangelnder Vereinbarung, über die Form der Kündigung, über die Wirkung der rechtzeitigen Kündigung, über verspätete Kündigung, über die Beweislast bei der Behauptung fester Dauer oder abweichender Kündigungsfristen, über den Begriff der stillschweigenden Fortsetzung usw. auseinandergesetzt ist.

Anm. 18. Zu bemerken ist, daß die Bezugnahme auf die §§ 132 u. 134 HGB. hier erfolgt, um die Anwendbarkeit des § 723 BGB. in dieser Beziehung auszuschließen. Nach diesem kann nämlich eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft jederzeit ohne Frist und ohne wichtigen Grund von jedem Gesellschafter gekündigt werden. Das wurde für die stille Gesellschaft mit Recht nicht für angemessen erachtet (D. 199).

Anm. 19. IV. **Die Auflösung durch sofortige Kündigung.** Auch die stille Gesellschaft kann aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Das folgt aus § 723 BGB., der im vorliegenden § 339 HGB. in Bezug genommen ist und in dieser Beziehung hier anwendbar ist, wie dies § 339 Abs. 1 Satz 2 zum Ausdruck bringt.

1. Was als wichtiger Grund gilt, ist hier nicht bestimmt gesagt. Hervorgehoben sind nur als wichtige Gründe: wenn ein Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Diese Hervorhebung deckt sich mit der entsprechenden Hervorhebung im § 133 HGB., in dem das Recht des offenen Handelsgesellschafters zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft behandelt ist.

Anm. 20. Die im § 133 HGB. entwickelten Gesichtspunkte werden sowohl zur Erläuterung dieser hier hervorgehobenen Auflösungsgründe, als auch sonst heranzuziehen sein. Aber ohne weiteres sind sie nicht anwendbar. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks hier bei der stillen Gesellschaft nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung ist, sondern ein ipso-iure-Auflösungsgrund ist (vgl. Anm. 8). Sodann aber ist zu sagen, daß die Tatsachen, welche nach § 133 als wichtige Gründe zur Auflösung anzusehen sind, zum Teil nur auf den Komplementar, zum Teil überhaupt nicht passen. Es ist in Betracht zu ziehen, daß der Komplementar gerade deshalb, weil der stille Gesellschafter ein sehr geringes Kontrollrecht hat, um so peinlicher in der Verwaltung und Verwendung der ihm anvertrauten Einlagen sein muß (vertragswidrige Verwendung der Einlage als wichtiger Grund bei Puchelt Anm. 2 zu Art. 261; erst recht Untreue, Bolze 1 Nr. 1162). Die persönlichen Beziehungen zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter treten in den Hintergrund, aber grobe Mißhelligkeiten in den persönlichen Beziehungen dürfen doch nicht vorkommen. Geistige Erkrankung des Komplementars wird meist ein wichtiger Grund sein, geistige Erkrankung des stillen Gesellschafters nicht.

Anm. 21. Das sofortige Kündigungsrecht darf durch Vereinbarung weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Auch das gilt nach § 723 BGB. infolge der Bezugnahme in § 339. Die Vorschrift deckt sich mit § 133 Abs. 3 HGB. (vgl. daher die Erl. zu diesem Paragraphen).

Anm. 22. 2. **Die sofortige Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.** Über ihre Form gilt das gleiche, wie über die Form der befristeten Kündigung (vgl. daher Anm. 5 ff. zu § 132).

Anm. 23. 3. **Die Wirkung der sofortigen Kündigung** ist die Auflösung der Gesellschaft. Über diese s. § 340. Aber hier ist zu bemerken, daß nicht, wie bei der o. H. G., erst der Richterspruch die Gesellschaft auflöst (§ 133), sondern die Kündigungserklärung (D. 199).

Anm. 24. 4. **Der Teil, der dem andern durch sein vertragswidriges Verhalten Veranlassung zur sofortigen Kündigung gegeben hat, muß dem andern Teil Schadensersatz leisten.** Das ist zwar hier nicht, wie beim Dienstvertrage im § 628 Abs. 2 BGB., gesagt, folgt aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. hierüber Anm. 12 zu § 133, wo auch die Folge des konkurrierenden Versehens erwähnt ist).

5. **Die Beurteilung der Wichtigkeit der Gründe** erfolgt nach freiem richterlichen Ermessen. Damit hat aber die Frage der Beweislast nichts zu tun (Bolze 12 Nr. 51). Zu beweisen hat der, der die Kündigung ausspricht. § 339. Anm. 25.

V. **Auflösung durch den Gläubiger eines Gesellschafters.** Nach § 339 findet § 135 entsprechende Anwendung. Das bedeutet aber nur, daß die Gesellschaft auch durch den Gläubiger eines stillen Gesellschafters zur Auflösung gebracht werden kann, damit dessen Gesellschaftsguthaben auf diese Weise liquide und der Verwertung durch den Gläubiger zugänglich werde. Zur Vollstreckung gegen den Komplementar brauchen die Gläubiger dieses Mittel nicht. Selbst wenn es Gläubiger sind, deren Forderungen nicht im Handelsbetriebe oder nicht in diesem Handelsbetriebe begründet sind, so haben sie doch ohne weiteres das Zugriffsrecht in das zum Handelsgewerbe gehörige Vermögen, denn dies gehört ja dem Komplementar eigentümlich. Des Rechtsmittels aus § 135 bedürfen die Gläubiger des Komplementars nicht. Anm. 26.

Es ist hier übrigens zu erwähnen, daß die Gläubiger des stillen Gesellschafters auch im übrigen seine Rechte pfänden können, soweit diese übertragbar sind (vgl. hierüber Anm. 27 zu § 335). Anm. 27.

Zusatz 1. Verschieden von der hier behandelten Auflösung, insbesondere von der Auflösung durch sofortige Kündigung, ist **die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages aus zivilrechtlichen Gründen** (wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung, sowie aus § 138 BGB.). Grund und Ziel dieser Anfechtung sind wesentlich verschieden von der Auflösung durch sofortige Kündigung. Der Grund ist mangelnde Rechtsbeständigkeit des Vertrages, das Ziel Rückgängigmachung des Gesellschaftsvertrages, als wäre er nicht geschlossen, also Herauszahlung der Einlage, während durch sofortige Kündigung die Auflösung eines an sich rechtsbeständigen Vertrages, nur die Liquidation verlangt wird (vgl. Bolze 5 Nr. 738). Anm. 28.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Da es sich um ein inneres Verhältnis handelt, so greifen auf die früheren stillen Gesellschaften nach Art. 170 EG. z. BGB. die Vorschriften des alten HGB. Platz. Der Charakter der Ausschließlichkeit ist bei keiner der hier in Frage kommenden Vorschriften erkennbar, auch nicht bei der Vorschrift des § 723 Abs. 2 BGB. (Anm. 21). Diese ist wohl zwingender Natur, aber darum noch nicht ausschließlich. Daß die auf Lebenszeit geschlossene Gesellschaft als auf unbestimmte Dauer geschlossen gilt, würde freilich als eine ausschließende Vorschrift zu betrachten sein; allein dieselbe Vorschrift galt auch früher nach Art. 261 Nr. 6. Anm. 29.

§ 340.

Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen. § 340.

Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt Theil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergiebt.

Er kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

Die Rechtsverhältnisse nach Auflösung der stillen Gesellschaft.

I. **Die Rechtsnatur der Auflösung.** Die Auflösung der stillen Gesellschaft ist eine wirkliche Auflösung, ein Untergang der Gesellschaft. Nicht das Handelsgewerbe hört notwendig auf, das der Komplementar betreibt (RG. in JW. 93, 543). Die Auflösung bedeutet vielmehr nur, daß der stille Gesellschafter aufhört, an den Ergebnissen des Handelsgewerbes beteiligt zu sein (vgl. RG. 45, 34). Dadurch hört die Gesellschaft auf, die zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter besteht. Dem Komplementar, mag er das Geschäft fortsetzen oder nicht, steht der bisherige stille Gesellschafter nur noch als Gläubiger gegenüber. Es ist Behrend Anm. 1.

§ 340. (§ 94 Anm. 13) darin nicht beizutreten, daß wenigstens insofern, als noch schwebende Geschäfte für gemeinsame Rechnung zu erledigen sind, das Gesellschaftsverhältnis als fortbestehend gilt (vgl. Anm. 22 im Exk. zu § 141).

Anm. 2. II. Die erste Folge der Auflösung ist so selbstverständlich, daß das Gesetz sie nicht erwähnt: **der stille Gesellschafter hört auf, an dem Gewinn und Verluste teilzunehmen.** Dadurch fällt auch sein Anspruch auf eine zugesagte Mindestrente fort (ROHG. 12, 100).

Anm. 3. III. **Die übrigen Rechtsfolgen der Auflösung behandelt § 340.**

1. (Abs. 1.) **Der Komplementar hat sich mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.**

a) Allgemeines. Die Auseinandersetzung erfolgt in entsprechender Weise wie die Auseinandersetzung in dem Falle, in dem aus einer Gesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet. Zwar stehen sich hier nur zwei Gesellschafter gegenüber, aber eine gewisse Ähnlichkeit der beiden Fälle liegt doch darin, daß der eine die Grundlage der Gesellschaft, das Handelsgeschäft, in seiner Hand behält und fortsetzt, wie bei der Gesellschaft, insbesondere bei der o. H. G., aus der ein Gesellschafter ausscheidet, das Gesellschaftsvermögen und das Handelsgewerbe in den Händen der übrigen Gesellschafter verbleibt.

Anm. 4. Die Auseinandersetzung erfolgt also unter entsprechender Anwendung der §§ 738—740 BGB., derselben Vorschriften, welche für die Auseinandersetzung einer o. H. G. mit dem ausscheidenden Gesellschafter subsidiär anwendbar sind.

Es sind hiernach die im Exk. zu § 141 entwickelten Grundsätze hier entsprechend anwendbar, und zwar wie folgt:

Anm. 5. b) § 738 BGB. ist, insoweit dieser davon spricht, daß den verbleibenden Gesellschaftern der Anteil des Ausscheidenden zuwächst, von entsprechender Anwendung ausgeschlossen. Denn hier wird ja die Einlage des stillen Gesellschafters von vornherein Eigentum des Komplementars. Der stille Gesellschafter hat also keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Ein solches gibt es hier gar nicht. Wohl aber kann der stille Gesellschafter Rückgabe der nur zum Gebrauch überlassenen Gegenstände verlangen, obwohl dies in § 340 nicht besonders gesagt ist (vgl. jedoch Bolze 17 Nr. 514; auch § 732 BGB.). Sein sonstiges Guthaben kann er in Geld und nur in Geld verlangen, was unser § 340 hervorhebt. Es ist dies ein reines Forderungsrecht und als solches abtretbar (RG. 18, 43).

Anm. 6. Die Grundlage der Berechnung, die dieser Abfindung zugrunde zu legen ist, ist die Vermögenslage zur Zeit der Auflösung. (Dies ist nicht etwa der Zeitpunkt der Rechtskraft des Auflösungsurteils, sondern des Eintritts der die Auflösung bewirkenden Tatsache, vgl. Anm. 23 zu § 339.) Über die Aufstellung der hierzu erforderlichen Bilanz und die hierbei in Frage kommenden Gesichtspunkte, insbesondere welche Werte zugrunde zu legen sind, s. Anm. 5 im Exk. zu § 141; ferner auch Bolze 3 Nr. 778; 5 Nr. 736.

Anm. 7. Auch ein Passivsaldo kann eintreten, wenn der stille Gesellschafter eine verfallene Einlage nicht geleistet hat, oder diese, wenn während des Bestehens der Gesellschaft eingezahlt, durch Verlust vermindert worden wäre (vgl. auch § 739 BGB., § 341 Abs. 2 HGB.). Aber mehr als diesen Verlustanteil kann der Geschäftsinhaber nicht verlangen. Er kann nicht etwa die Einzahlung der ganzen Einlage verlangen, um damit zunächst die Gläubiger zu befriedigen, und dann den stillen Gesellschafter darauf verweisen, daß er nach Beendigung der schwebenden Geschäfte einen Anspruch auf Zahlung an ihn, den Komplementar, habe. Vielmehr hat der stille Gesellschafter insoweit, als seine Einlage durch Verlust nicht aufgezehrt wird, einen infolge der Auflösung fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage, den er dem Anspruch des Komplementars auf Einzahlung der Einlage entgegenhalten kann, so daß eben nur der durch Verlustanteil verminderte Teil der rückständigen Einlage, bei Befreiung vom Verluste also nichts, einzuzahlen bleibt (vgl. § 341 Abs. 2; Behrend § 94 V; Lehmann-Ring Nr. 4). Übrigens ist auch dieser Passivsaldo eine reine Geldschuld, wie sein Aktivsaldo eine reine Geldforderung ist; es ist gleichgültig, von welcher Beschaffenheit die Einlage ist, die der stille Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zu leisten hatte (Behrend § 94 Anm. 25; dagegen Lehmann-Ring Nr. 4).

Die Feststellung des Ergebnisses ist hier Sache des Komplementars. Doch kann § 340. gemeinschaftliche Feststellung oder auch Schätzung durch Sachverständige vereinbart werden. Anm. 8. Die Feststellung der Schlußrechnung, auf die der Gesellschafter Anspruch hat, erfolgt normalerweise durch Vorlegung einer Schlußbilanz, und nur, wenn diese aus besonderen Gründen nicht genügt, ist weitere Rechnungslegung erforderlich. Es stehen hinsichtlich dieser Schlußrechnung dem stillen Gesellschafter dieselben Rechte zu, wie bei der jährlichen Bilanz (§ 337; Behrend § 94 VI); andererseits hat auch der Komplementar einen Anspruch auf Entlastung (Renaud-Laband 243). Ist durch die Schlußbilanz die Abwicklung, insbesondere wegen schwebender Geschäfte noch nicht erledigt, so stehen dem stillen Gesellschafter weitere Kontrollrechte zu (vgl. Anm. 13).

Über die Anfechtung des festgestellten Guthabens und über die Zeit der Anm. 9. Auszahlung s. Anm. 8 im Erl. zu § 141.

Die Gesellschafter können übrigens hier überall Abweichendes vereinbaren (vgl. hierüber Anm. 13 im Erl. zu § 141).

2. (Abs. 2.) Schwebende Geschäfte. Anm. 10.

a) Daß der stille Gesellschafter an ihnen teilnimmt, ist hier besonders hervorgehoben. Es würde schon aus § 740 BGB. hervorgehen, welche Vorschrift im Erl. zu § 141 erörtert ist. Die dort hervorgehobenen Gesichtspunkte gelten auch hier, sowohl der grundsätzliche, daß durch diese Teilnahme kein Gesellschaftsverhältnis begründet wird oder als fortgesetzt gilt (vgl. Anm. 1), als auch was sonst über den Begriff der Abwickelungsgeschäfte gesagt ist (Anm. 21 ff. im Erl. zu § 141). Natürlich kann auch vereinbart werden, daß der stille Gesellschafter an den zur Zeit der Auflösung schwebenden und noch nicht realisierten Geschäften nicht teilnimmt, es ist kein Rechtsirrtum, wenn diese Vereinbarung daraus geschlossen wird, daß der stille Gesellschafter beim Beginn der Gesellschaft an den Geschäften teilnahm, die vor Beginn der Gesellschaft vom Komplementar allein abgeschlossen und nach dem Beginn der Gesellschaft realisiert sind (Bolze 14 Nr. 483a).

b) Daß die schwebenden Geschäfte durch den Komplementar besorgt werden, wie Anm. 11. bei der fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter, ist hier ausdrücklich hervorgehoben, und zwar in einer Weise, die zu Mißverständnissen keinen Anlaß gibt. Das Gesetz spricht nicht, wie der frühere Art. 265 davon, daß der Komplementar die „Liquidation" der schwebenden Geschäfte besorgt. Eine eigentliche Liquidation war damit nicht gemeint (vgl. RG. 19, 164 und 45, 34). Es werden ja hier nicht gemeinschaftliche Gegenstände versilbert, gemeinschaftliche Gläubiger befriedigt. Es liegt vielmehr eine Rechtsgestaltung vor, die der gleicht, bei welcher keine Liquidation, sondern die davon verschiedene Auseinandersetzung und Auskehrung stattfindet (vgl. Anm. 1). Es soll hier nichts anderes gemeint sein, als was der sinngemäß anzuziehende § 740 in Abs. 1 BGB. vorschreibt: wie dort die fortgesetzte Gesellschaft, so besorgt hier der Komplementar die Abwicklung der schwebenden Geschäfte nach seinem Ermessen. Über dieses Ermessen vgl. Anm. 27 im Erl. zu § 141. Insbesondere haftet er, da er nicht mehr Gesellschafter ist, nicht für diligentia quam suis, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Bolze 11 Nr. 466). Daß er diese beobachtet habe, hat er zu beweisen, da er rechnungslegungspflichtig ist und sich daher auszuweisen hat (unzutreffend Bolze 11 Nr. 466).

Da der Komplementar nicht als Liquidator zu betrachten ist, so folgt daraus, daß das Anm. 12. Ernennungs- und Abberufungsrecht auf ihn nicht Anwendung findet (vgl. RG. 19, 170). Auch Behrend (§ 94 Anm. 7) hebt dies hervor und bemerkt dazu, daß prozessuale Maßregeln des stillen Gesellschafters nicht ausgeschlossen sind. Dem ist beizutreten. Als solche prozessuale Maßregel stellt sich die einstweilige Verfügung dar (§ 938 CPO.). Der stille Gesellschafter hat an den Komplementar den Anspruch auf ordnungsmäßige Erledigung der Geschäfte. Fehlt dieser hiergegen und erscheint nach Lage der Sache ein provisorischer Schutz erforderlich, so kann er durch einstweilige Verfügung gewährt werden.

3. **Anspruch auf jährliche Rechenschaft und Auszahlung.** Die Vorschrift deckt sich mit § 740 Anm. 13 Abs. 2 BGB., der für die bürgerliche Gesellschaft und auch für die o. H. G. gilt und auch

§ 340. hier entsprechend anwendbar gewesen wäre. Es ist diese Vorschrift im Erl. zu § 141 erörtert (vgl. Anm. 28ff. daselbst).

Anm. 14. **Zusatz 1. Geltendmachung des Guthabens des stillen Gesellschafters bei Auflösung der stillen Gesellschaft.** Der stille Gesellschafter kann nicht ohne weiteres die Einlage zurückfordern und etwa dem Komplementar überlassen, ihre Verminderung darzutun; die Einlage wird ja unwiderrufliches Eigentum des Komplementars, soll den Zwecken des Handelsgewerbes dienen und dem wechselvollen Schicksal desselben unterworfen sein. Er kann vielmehr nur sein Schlußguthaben fordern, wie es sich nach Beendigung der Gesellschaft auf Grund aller Schicksale derselben darstellt. Dazu gehört die ziffermäßige Darlegung des Guthabens. Vermag er dies nicht ohne weiteres, so muß er zunächst auf Rechnungslegung klagen (ROHG. 13, 274; ebenso RG. bei Puchelt Anm. 5 zu Art. 265). Die abweichende Entscheidung in Bolze 7 Nr. 626 beruht nur darauf, daß das Berufungsgericht keine Klageänderung angenommen hatte, obwohl der Kläger zuerst schlechtweg seine Einlage und erst im Laufe des Prozesses das Ergebnis der Schlußrechnung forderte; wirklich abweichend aber ist das Urteil bei Bolze 6 Nr. 456 und 457. Andererseits ist der stille Gesellschafter nicht etwa unbedingt verpflichtet, zunächst auf Rechnungslegung zu klagen. Er ist vielmehr berechtigt, die Tatsachen darzutun, auf Grund deren ihm nach seiner Berechnung ein Guthaben in der geltend gemachten Höhe zusteht (oder mindestens zusteht). Tut er dies, so ist die Klage an sich begründet, der Komplementar muß sich auf eine solche Klage einlassen und seinerseits darlegen, welche dieser Tatsachen unrichtig sind, oder welche hinzutreten. So z. B., wenn der Kläger darlegt, daß ihm fortgesetzt Gewinn ausgezahlt worden sei. Denn daraus folgt, daß seine Einlage noch unvermindert ist und sein Schlußguthaben daher mindestens soviel beträgt, als der Betrag seiner Einlage. Ganz zutreffend und nicht in Widerspruch mit der sonstigen Rechtsprechung (wie Puchelt Anm. 5 zu Art. 265 meint), sagt das ROHG. 23, 131, indem es diesen Fall behandelt: wenn auf eine solche Klage der Inhaber des Handelsgewerbes behauptet, die Einlage sei durch Verlust vermindert, so muß er, da er nach Art. 253 (jetzt § 338) dem stillen Gesellschafter zur Rechenschaft verpflichtet ist, diese Behauptung eingehend begründen, und dazu dient insbesondere die Vorlage einer ordnungsmäßig aufgemachten Bilanz. Ebenso Bolze 8 Nr. 539. Ähnlich hat das RG. (bei Bolze 1 Nr. 1161) entschieden, die Klage des ausgeschiedenen stillen Gesellschafters auf sein Guthaben sei substanziiert, wenn er es nach der Bilanz des Vorjahres mit dem durch Berufung auf die Handelsbücher begründeten Anführen berechnet, das letzte Jahr habe keine Verluste gebracht, vgl. ferner Bolze 4 Nr. 795 (hier war Kläger nur am Gewinne beteiligt, er konnte daher seine Einlage klagend geltend machen, sobald der Grund der Rückforderung eintrat). Ebenso Bolze 13 Nr. 490; 17 Nr. 514 (unter Berufung auf die Geschäftsbücher war behauptet, daß das Geschäft überhaupt keine Verluste gebracht hat; vgl. auch RG. in JW. 03, 10[23]). Nur für den Urkundenprozeß sind strengere Erfordernisse aufgestellt (Bolze 3 Nr. 777). Insbesondere genügt für diesen nicht die Vorlegung einer vom Komplementar aufgestellten, vom stillen Gesellschafter aber nicht bedingungslos anerkannten Guthabenabrechnung, wohl aber genügt eine solche für den ordentlichen Prozeß (Bolze 6 Nr. 629). Keine Klageänderung ist es, zuerst auf Rechnungslegung zu klagen und alsdann den Antrag auf Zahlung zu richten (RG. in JW. 97, 603). Überdies kann die Klage auf Rechnungslegung mit der Klage auf Zahlung verbunden und hierbei die bestimmte Angabe der geforderten Summe bis zur Legung der Rechnung vorbehalten werden (§ 254 CPO.).

Anm. 15. **Zusatz 2.** Über Abtretung des Anspruchs des stillen Gesellschafters vgl. Anm. 5.

Anm. 16. **Zusatz 3.** Die Vorschriften sind **dispositiver Natur** (zust. Bolze 20 Nr. 571). Die Parteien können über alles anders bestimmen. Sie können die Auseinandersetzung beseitigen, die Besorgung der schwebenden Geschäfte anderen Händen übertragen, oder ganz beseitigen, indem sie eine Abfindungssumme fixieren. Sie können ferner auch, obgleich dies im Gesetz nicht vorgesehen ist, vereinbaren, daß eine Liquidation stattfinden solle. Ist über die Frage, wer Liquidator sei, nichts bestimmt, so ist der stille Gesellschafter zur Mitwirkung berechtigt (RG. 45, 34).

Anm. 17. **Zusatz 4. Wird die stille Gesellschaft durch Konkurs,** sei es des stillen Gesellschafters, sei es des Komplementars, aufgelöst, so greifen dieselben Grundsätze Platz. Die Auseinandersetzung

erfolgt zwischen dem Konkursverwalter und dem anderen Interessenten außerhalb des Konkurs- § 340. verfahrens (KO. § 16), und zwar entweder in Güte oder im Wege der Klage auf Rechnungslegung. Der Konkursverwalter muß seinerseits das zur Auseinandersetzung Nötige tun, insbesondere die Grundlagen für die Berechnung des Schlußguthabens beschaffen. Tut er dies nicht, so ist eine Feststellungsklage gegen ihn dahin, daß die Einlage durch Verluste nicht oder nur in einem bestimmten Maße gemindert ist, zulässig (RG. in JW. 03, 10[23]). Das Ergebnis der Auseinandersetzung ist, wenn der Komplementar in Konkurs geriet, entweder ein Aktiv- oder ein Passivsaldo des stillen Gesellschafters. Ersterer stellt seine Konkursforderung nach § 341 Abs. 1 dar, letzterer den von ihm zur Konkursmasse einzuzahlenden Betrag (§ 341 Abs. 2). Maßgebend ist für diese Berechnung der Vermögensstand zur Zeit der Konkurseröffnung, wobei die Entwertung, welche die Tatsache der Konkurseröffnung zur Folge hat, berücksichtigt werden darf. Das folgt aus § 341 Abs. 1 (verb. „Konkursgläubiger" in Verbindung mit § 3 Abs. 1 KO. verb. „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens"). So auch Bolze 2 Nr. 1100; Jaeger Anm. 6 zu § 3 KO. Infolgedessen kommen dem stillen Gesellschafter Besserungen des Vermögensstandes während des Verfahrens nicht mehr zugute (vgl. RG. in JW. 01, 404[22]), also auch nicht die Besserung des Vermögensstandes, die der Komplementar durch einen Zwangsvergleich und die dadurch erfolgte Verminderung des Betrages der Passiva erzielt. Das ist vielmehr ein nachträglicher, vom Komplementar gemachter und nur diesem zukommender Gewinn. Weiteres über die Rechte des stillen Gesellschafters im Konkurse des Komplementars s. in §§ 341 u. 342. Gerät der stille Gesellschafter in Konkurs, so kann natürlich der Komplementar das Handelsgewerbe fortsetzen (vgl. Anm. 1); die Auseinandersetzung erfolgt nach § 340 und wenn sich gegen den stillen Gesellschafter ein Passivsaldo ergibt (bei rückständiger Einlage kann sich ein solcher ergeben; vgl. Anm. 7; ebenso Jaeger KO. Anm. 6 zu § 16), so meldet der Komplementar ihn zum Konkurse des stillen Gesellschafters als Konkursforderung an; einen etwaigen Aktivsaldo des stillen Gesellschafters zieht der Konkursverwalter als Forderung zur Masse ein.

§ 341.

Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts der Konkurs § 341. eröffnet, so kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Antheils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.

Einfluß des Konkurses des Komplementars auf das Rechtsverhältnis des stillen Gesellschafters zum Inhaber des Handelsgewerbes.

1. **Allgemeiner Charakter der Vorschrift.** Bei Beratung des früheren HGB., das im Art. 258 Anm. 1. sachlich dieselbe Vorschrift hatte, war in zweiter Lesung eine Bestimmung angenommen worden, nach der zunächst alle Gläubiger, alsdann erst der stille Gesellschafter befriedigt werden sollen (P. 1167, 1174). Ob dies der Billigkeit entsprochen hätte, mag dahin gestellt bleiben; der juristischen Konsequenz hätte es nicht entsprochen. Danach hat der stille Gesellschafter im Falle des Konkurses dasselbe zu fordern und zu leisten, wie bei jeder anderen Auflösung der Gesellschaft, nur daß er das, was er als Gläubiger zu fordern hat, nicht voll erhält, sondern als Konkursforderung zur Masse anmelden muß (vgl. Hahn § 4 zu Art. 258; Behrend § 94 Nr. VII).

 Die Vorschrift ist zwingenden Rechts. Entgegenstehende Vereinbarungen sind daher der Konkursmasse gegenüber unbeachtlich (OLG. Hamburg in ZHR. 40, 482).

2. (Abs. 1.) **Einfluß des Konkurses bei eingezahlter Einlage.** Der stille Gesellschafter hat, Anm. 2. wie bei jeder anderen Art der Auflösung, so viel zurückzufordern, als durch seinen vertragsmäßigen Anteil am Verlust nicht aufgezehrt ist.

§ 341. a) Er muß sich zunächst gefallen lassen, daß seine Einlage durch seinen Verlustanteil aufgezehrt wird. Das folgt aus seiner Stellung als Gesellschafter. Über die Höhe des Verlustanteils und seine Berechnung, insbesondere welcher Vermögensstand dafür maßgebend ist und ob ein nachträglicher Zwangsvergleich auch dem stillen Gesellschafter zugute kommt, s. Anm. 17 zu § 340. Über die Höhe des Verlustanteils hat sich der Konkursverwalter mit ihm auseinanderzusetzen; die Rechte aus § 340 hat der stille Gesellschafter jetzt gegen diesen (vgl. Anm. 17 zu § 340). Insbesondere liegt dem Konkursverwalter die Erledigung der schwebenden Geschäfte ob, selbstverständlich unter Berücksichtigung der §§ 17—28 KO. (RG. in JW. 01, 404[22]). Wartet der stille Gesellschafter die Abrechnung nicht ab, sondern berechnet er selbst sein Guthaben und meldet es zur Masse an, so ist jeder Gläubiger befugt, seine Forderung zu bestreiten und der stille Gesellschafter hat darüber mit ihm zu prozessieren (Bolze 2 Nr. 1100). Verzögert der Verwalter seine Feststellungspflicht, so kann der stille Gesellschafter die Feststellungsklage gegen ihn anstellen, daß seine Einlage durch Verlust nicht aufgezehrt sei (RG. in JW. 03, 10[22]).

Anm. 3. b) Was durch den Verlustanteil nicht aufgezehrt ist, verbleibt dem stillen Gesellschafter als Guthaben. Dies kann er als einfacher Konkursgläubiger geltend machen. Dadurch erleidet er einen allerdings doppelten Verlust. Das entspricht aber gerade seiner Doppelstellung als Gesellschafter und Gläubiger. Ein Absonderungsrecht hat er nicht: der § 51 KO., obwohl er von Gesellschaft spricht, ist nicht anwendbar (RG. bei Gruchot 29, 996; Behrend § 94 Anm. 34; D. 200). Doch kann dem stillen Gesellschafter ein Pfand bestellt sein, das ihm selbstverständlich ein Absonderungsrecht verleiht (vgl. Anm. 25 zu § 335). Auch in der Konkurrenz mit den Privatgläubigern des Komplementars hat der stille Gesellschafter kein Absonderungsrecht; bei der offenen Handelsgesellschaft als Komplementarin können natürlich nur die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen zum Konkurse anmelden, Privatgläubiger gelangen hier nicht zur Konkurrenz.

Anm. 4. Auch wenn die Verlustfreiheit vereinbart sein sollte, kann der stille Gesellschafter sein Guthaben nur als einfacher Gläubiger anmelden (RG. 31, 33 ff.). Andererseits konkurriert der stille Gesellschafter mit seiner durch Verlust nicht aufgezehrten Einlage bzw. im Falle des Verlustausschlusses mit seiner ganzen Einlage in gleicher Linie mit den sonstigen Konkursgläubigern, ein Vorrecht der sonstigen Gläubiger vor ihm besteht nicht (RG. 31, 36).

Anm. 5. c) Unter Einlagen sind auch hier nur solche verstanden, die in das Vermögen des Komplementars eigentümlich übergehen sollten. Sacheinlagen werden abgeschätzt, wenn der Anrechnungspreis nicht vertraglich festgesetzt ist. Sachen, die zum Gebrauch überlassen sind, kann der stille Gesellschafter in natura mit dem Absonderungsrechte der §§ 43—46 KO. zurückfordern (vgl. Anm. 5 zu § 340).

Im übrigen wird unter Einlage nicht nur die ursprüngliche, sondern auch die nachträglich erhöhte verstanden, also alles das, was nach Verabredung der Parteien als Einlage gelten soll. Bezüge, die nicht abgehoben sind, vermehren aber nicht ohne weiteres die Einlage, verbleiben dem Geschäfte als bloße Schuld, und können ohne Abzug des Verlustanteils als Konkursforderung liquidiert werden (vgl. Anm. 5 zu § 337).

Anm. 6. 3. (Abs. 2.) **Einfluß des Konkurses bei rückständiger Einlage.** Hier hat der stille Gesellschafter soviel einzuzahlen, als der ihn treffende Verlustanteil beträgt, mehr nicht. Zur Einzahlung des Restes ist hiernach der stille Gesellschafter nicht verpflichtet und befindet sich infolgedessen in besserer Rechtslage, als der stille Gesellschafter, der seiner Einlagepflicht genügt hat, da dieser in Höhe des vom Verluste nicht getroffenen Guthabens einfacher Konkursgläubiger ist und so wiederum Verlust erleidet. Doch ist das eine Folge allgemeiner Rechtsgrundsätze (vgl. Anm. 17 zu § 340). Der stille Gesellschafter, der seine Einlage nicht eingezahlt hat, ist eben Schuldner der Masse, und kann gegen den Anspruch seinen Anspruch auf Rückzahlung aufrechnen (vgl. Behrend § 94 Anm. 32; Lehmann-Ring Nr. 3 gegen Puchelt Anm. 5 zu Art. 258).

Was hiernach als rückständig zu betrachten ist, dafür sind bei anderen als Sacheinlagen die oben Anm. 5 entwickelten Gesichtspunkte maßgebend.

§ 342.

Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder theilweise zurückgewährt oder sein Antheil an dem entstandenen Verluste ganz oder theilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. § 342.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung.

Einleitung. **Das Gesetz gibt den Konkursgläubigern des Komplementars ein eigenartiges Anfechtungsrecht gegenüber dem stillen Gesellschafter.** Ihm unterliegen gewisse Rechtshandlungen, die zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter vorgenommen sind, den Gläubigern zum Nachteil gereichen und so kurze Zeit vor Eröffnung des Konkurses geschehen sind, daß der Verdacht begründet ist, die Abmachungen beruhen auf Kollusion und zielen darauf ab, den den Verhältnissen nahestehenden stillen Gesellschafter noch rechtzeitig vor der drohenden Katastrophe vor Verlust zu bewahren.

Das Recht ist nur den Konkursgläubigern gegeben, nicht dem Gemeinschuldner. Darum erlischt es auch mit Beendigung des Konkurses und besteht nicht etwa zugunsten des Gemeinschuldners vor oder nach Eröffnung des Konkurses. Ebensowenig besteht es für die Gläubiger außerhalb des Konkurses (Anm. 36 zu § 335).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Voraussetzungen der Anfechtung.**

a) **Auf Grund einer zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung** muß die Rückgewähr der Einlage oder die Befreiung von der Tragung des Verlustes erfolgen. Das bedeutet: es muß der freie Wille des Komplementars gewesen sein, die Rückgewähr oder die Verlustbefreiung zu bewilligen; diese müssen eine Konzession enthalten, zu der der Komplementar an sich nicht verpflichtet war. Das ist nicht der Fall, wenn der stille Gesellschafter ein vertragliches oder gesetzliches Recht auf Rückzahlung hatte. Der Paragraph greift hiernach nicht Platz, wenn das Recht auf Rückzahlung schon im Gesellschaftsvertrage begründet war (OLG. Hamburg in ZHR. 48, 345), auch wenn dieser erst in dem kritischen Jahre geschlossen war, obwohl der Wortlaut des Paragraphen auch diesen Fall umfassen und der Anfechtung aussetzen würde (vgl. Bolze 2 Nr. 1101; Behrend § 95 Anm. 9). Der Paragraph greift nicht Platz, wenn ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Kündigungsrecht geltend gemacht und hierauf das Recht auf Rückzahlung gestützt wurde, auch dann, wenn ein sofortiges Kündigungsrecht geltend gemacht wurde. Wohl aber greift der Paragraph Platz, wenn der stille Gesellschafter zur Unzeit und ohne Recht kündigte und der Komplementar die Kündigung annimmt (Hahn § 4 zu Art. 259; Puchelt Anm. 5 zu Art. 259).

Nicht Voraussetzung ist, daß die Kontrahenten die Absicht hatten, die Gläubiger zu benachteiligen (ROHG. 14, 93; D. 200 und RG. in JW. 00, 621[1]).

Gleichgültig ist hier überall, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. Das Gesetz hebt dies ausdrücklich hervor.

Anm. 2. b) **Im letzten Jahre vor Eröffnung des Konkurses** muß die Vereinbarung getroffen sein (dabei kommt, wenn eine o. H. G. die Komplementarin ist, lediglich deren Konkurs, nicht der eines Gesellschafters in Betracht, RG. 30, 35). Die Vorschrift ist aber nicht anwendbar, wenn die

§ 342. Vereinbarung vor dem kritischen Jahre getroffen und erst innerhalb des Jahres ausgeführt ist (Behrend § 95 Anm. 9; Thöl § 112 Anm. 7). Auch reicht eine innerhalb des kritischen Jahres getroffene Vereinbarung zur Anfechtung aus dem vorliegenden Paragraphen nicht aus, wenn diese Vereinbarung sich mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage selbst deckt (vgl. Anm. 1).

Anm. 3. c) **Die Rückgewähr**, die ferner vorausgesetzt ist, braucht nicht eine wirkliche Zahlung zu sein. Jede Art der Erfüllung oder auch der Sicherung ist darunter zu verstehen. Auch Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt, insbesondere auch die Bestellung einer Hypothek. Das ist schon früher angenommen worden, obwohl das Gesetz (Art. 259) den Ausdruck „Rückzahlung" gebrauchte (ROHG. 14, 93; RG. 27, 18). Jetzt ist diese Auslegung noch unbedenklicher. Auch die Novation fällt darunter. Sie löst die alte Verbindlichkeit und benachteiligt die Gläubiger unter Umständen. Wenn z. B. das Guthaben des stillen Gesellschafters in ein verzinsliches Darlehn umgewandelt wird, so kann dies für die Gläubiger ein Nachteil sein, der nur durch Anfechtung beseitigt werden kann. Denn nur durch Anfechtung kann die umgewandelte Forderung zur Tragung des Verlustanteiles herangezogen werden (P. 4588; Puchelt Anm. 6 zu Art. 259; abweichend Behrend § 95 Anm. 13 und Lehmann-Ring Nr. 4). Auch wird die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder daß die Befriedigung oder Sicherheit durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist. Aber allerdings, es muß hier überall eine Vereinbarung vorliegen und diese der Erlangung der Sicherheit zugrunde liegen. Wenn das nicht der Fall ist, so sind die Gläubiger lediglich auf die Anfechtungsvorschriften der KO. angewiesen. Denn das Erfordernis der Vereinbarung wird in unserem Paragraphen in klarer Weise aufgestellt. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß Abs. 3 unseres Paragraphen die Vorschriften der KO. anzieht. Denn das geschieht nur in betreff der Geltendmachung und der Wirkung der Anfechtung, nicht auch in betreff der Voraussetzungen derselben.

Auch bei teilweiser Rückgewähr tritt die Anfechtung ein (RG. 27, 17).

Anm. 4. **Was die Befreiung vom Verlustanteil** betrifft, so ist nur von dem Verluste die Rede, der zur Zeit der Vereinbarung entstanden war, nicht von dem durch nachträgliche Geschäfte entstehenden (Behrend § 95 Anm. 16; RG. 31, 37). Auf Vereinbarungen der letzteren Art können nur die Anfechtungsvorschriften der KO. Anwendung finden.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Ausnahmsweiser Ausschluß der Anfechtung**: Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in den Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind. Der Einwand muß von dem stillen Gesellschafter dahin erhoben werden, daß der Ausbruch des Konkurses seine alleinige Ursache in später eingetretenen Umständen, z. B. in dem Fehlschlagen einer nachträglich unternommenen Spekulation hat. Der Beweis ist dadurch allein noch nicht geführt, daß irgendeine schwere Katastrophe, z. B. ein Krieg, die Veranlassung des Konkursausbruches ist. Denn das schließt nicht aus, daß die angefochtene Rückgewähr die mitbestimmende Ursache gewesen ist, die Möglichkeit bleibt offen, daß ohne jene Rückgewähr das Geschäft die Katastrophe überstanden hätte. Noch weniger hat der hier gegebene Einwand mit dem Beweise des guten Glaubens zu tun. Vielmehr handelt es sich um die objektive Sachlage (vgl. über alles dieses ROHG. 14, 93). Der Beweis, daß zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung weder eine Überschuldung, noch eine Zahlungsunfähigkeit vorhanden gewesen ist, wird im allgemeinen prima facie genügen, wiewohl das ROHG. a. a. O. gerade dies verneint.

Anm. 6. 3. (Abs. 3.) **Geltendmachung und Wirkungen der Anfechtung richten sich nach Konkursrecht.**

a) **Geltendmachung.** Das bedeutet, daß gemäß § 36 KO. das Anfechtungsrecht vom Konkursverwalter ausgeübt wird, und ferner, daß es nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeübt werden kann (vgl. § 41 KO. mit weiteren Sonderbestimmungen über diese Frist). Ist durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet worden, so kann der Konkursverwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung hiernach durch Fristablauf ausgeschlossen ist (§ 41 Abs. 2 KO.).

b) **Die Wirkungen** der Anfechtung. Diese richten sich nach §§ 37—40 KO. Nach § 37 hat der stille Gesellschafter alles, was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Komplementars veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückzugewähren. Es ist also zugunsten der Konkursmasse der Zustand herzustellen, der bestanden hätte, wenn die Rückgewähr oder Verlustbefreiung nicht erfolgt wäre. **§ 342.** Anm. 7.

Nach § 39 KO. lebt, wenn der stille Gesellschafter das Empfangene zurückgewährt, also den Vorschriften des § 37 genügt hat, seine Forderung wieder auf. Das bedeutet: Der stille Gesellschafter hat das Recht, das Guthaben als Konkursgläubiger geltend zu machen, das ihm im Augenblicke der geschehenen und jetzt angefochtenen Rückgewähr für den Fall des Konkurses zugestanden hätte, wenn die Rückgewähr oder die Verlustbefreiung nicht erfolgt wäre. War z. B. die Gesellschaft durch Vereinbarung aufgelöst und daraufhin ihm seine Einlage zurückerstattet worden, so kann er sein Auseinandersetzungsguthaben fordern, wie es sich gestellt hätte, wenn die Auflösung zwar eingetreten, die Rückgewähr aber nicht erfolgt wäre. Denn nicht die Vereinbarung wird angefochten, sondern die Rückgewähr, wie Abs. 1 unseres § 342 dies ausdrücklich und deutlich sagt. War die Rückgewähr erfolgt, das Verhältnis aber nicht aufgelöst, war z. B. vereinbart, daß der stille Gesellschafter nur noch mit einem Teil seiner früheren Einlage beteiligt bleiben solle, und daraufhin der andere Teil der Einlage ihm ausgezahlt worden, so hat der Konkurs das Verhältnis aufgelöst und es kann der stille Gesellschafter, nachdem er die angefochtene Rückgewähr der Einlage wieder zurückgewährt hat, nunmehr sein Guthaben anmelden, wie es sich nach § 341 stellen würde, wenn man die Tatsache der teilweisen Rückzahlung außer Acht läßt usw. Anm. 8.

Nach § 40 KO. findet die Anfechtung auch gegen den Erben des stillen Gesellschafters, unter Umständen auch gegen den Sonderrechtsnachfolger statt, (wenn ihm die Gründe der Anfechtung bekannt waren, oder wenn er zu gewissen Verwandten gehört oder wenn er das Erlangte unentgeltlich erworben hat). Das Nähere hierüber s. in § 40 KO. und den Kommentaren dazu. Anm. 9.

Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist für die Klage des Konkursverwalters nicht gegeben, da der Anspruch sich nicht auf eine Arglist zu stützen braucht (Anm. 1 und das dort zit. RGErk.). Anm. 10.

Zusatz 1. Der Erlaß der versprochenen Einlage ist durch den vorliegenden Paragraphen nur insoweit getroffen, als der Gesichtspunkt des Abs. 1, Befreiung von den Verlusten, Platz greift, d. h. soweit die rückständigen und erlassenen Einlagen zur Deckung von Verlusten hätten verwendet werden sollen (§ 341 Abs. 2; Behrend § 95 Anm. 20; Förtsch Anm. 4 zu Art. 259; D. 200). Im übrigen ist der Erlaß des Einlageversprechens nicht getroffen. Das geht aus der Entstehungsgeschichte des Art. 259 hervor (der Erlaß des Einlageversprechens war bei der Beratung des alten HGB. in zweiter Lesung ebenfalls der Anfechtung unterstellt, in dritter Lesung ist dies aber gestrichen worden) und auch aus dem Wortlaut des Art. 259, sowie unseres § 342 (vgl. Behrend 687). Thöl (§ 112 Anm. 6) wendet ein, daß es widersinnig wäre, zwei gleiche Fälle, Erlaß und Rückzahlung der Einlage, verschieden zu behandeln; es sei ein unannehmbares Resultat, daß, wer die schuldige Einlage nicht zahlt, sie behält, und wer sie eingezahlt und zurückerhalten hat, sie zurückgeben muß. Allein jede Gesetzesanwendung führt in ihren äußersten Spitzen zu Inkonvenienzen und zu verschiedener Behandlung von Fällen, die einander nahestehen. Mit Recht hält Behrend (§ 95 Anm. 25) Thöl entgegen, daß auch sein Resultat eine verschiedene Behandlung gleichartiger Fälle im Gefolge hat. Denn danach würde der, dem die Einlegung erlassen ist, nach angefochtenem Erlaß gezwungen sein, die Einlage einzuzahlen, und wem die Einlegung nicht erlassen, der brauchte sie nur bis zum Verlustbetrage einzuzahlen. Wichtig ist, daß die D. 200 auf unserem Standpunkte steht. Anm. 11.

Auch die Rückzahlung von Gewinn ist nicht getroffen, oder vielmehr nur soweit, als der Gesichtspunkt des Abs. 1, Befreiung von Verlusten, Platz greift (§ 337 Abs. 2).

Zusatz 2. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen sind zwingender Natur. Eine vertragsmäßige Ausschließung der Anfechtung aus § 342 ist unzulässig (RG. 27, 19; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 482). Anm. 12.

§ 342. Anm. 13. **Zusatz 3. Neben § 342 kommen die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung zur Anwendung,** soweit deren Voraussetzungen gegeben sind. Sie werden immer dort Platz greifen, wo das vorliegende Anfechtungsrecht nicht Platz greift, insbesondere bei Erlaß rückständiger Einlagen, Gewinnauszahlungen (Anm. 11), bei Befriedigungen, die nicht auf einer Vereinbarung beruhen (Anm. 3) usw.

Anm. 14. **Zusatz 4. Übergangsfrage.** Es greifen hier Art. V und VI des EG. zu dem Gesetze betr. die Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 Platz. Nach Art. V ist ein vor dem 1. Januar 1900 eröffnetes Konkursverfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. Erfolgt die Anfechtung in Verfolg eines solchen Verfahrens, so greift daher der Art. 259 des alten HGB. Platz. Wenn das Konkursverfahren nach dem 1. Januar 1900 eröffnet wird, so greift das alte Recht Platz, soweit für das Rechtsverhältnis die Vorschriften des bisherigen Rechts maßgebend sind. Das aber kann nur für die Rechtsakte angenommen werden, die vor dem 1. Januar 1900 liegen, nicht auch für die, die nach dem 1. Januar 1900 liegen. Für diese muß das neue Recht maßgebend sein, weil es sich um die Regelung der Rechtsbeziehungen zu Dritten handelt. Daß die Gesellschaft nach altem Recht begründet ist, ist hierbei unerheblich.

Exk. zu § 342.

Exkurs zu § 342.

A. Die Gelegenheitsgesellschaft.

Die noch in der 6./7. Aufl. erörterte Gelegenheitsgesellschaft, die im früheren HGB. in den Art. 266—270 behandelt war, ist jetzt lediglich eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, auf welche die Vorschriften des BGB. Anwendung finden (Lit.: Knoke, „Das Recht der Gesellschaft" 01). Es muß daher davon Abstand genommen werden, diese rein zivilrechtliche Rechtsform zu erörtern.

Anm. 1. Nur eine im Handelsverkehr häufig vorkommende Form der Gelegenheitsgesellschaft, das **Begebungs- oder Emissionskonsortium,** soll hier kurz zur Erörterung gelangen.

1. **Begriff.** Das Begebungskonsortium tritt zusammen, um den Vorteil der Begebung über einen bestimmten Kurs hinaus den Beteiligten nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes zuzuwenden. Das Risiko besteht darin, daß kein Konsorte die Aktien selbständig, wann es ihm beliebt, veräußern darf, jeder Konsorte sich vielmehr in dieser Beziehung entweder dem gemeinsam festgestellten Plane oder dem Ermessen des geschäftsführenden Konsortialleiters unterordnen muß; der Vorteil liegt darin, daß die Chancen der Veräußerung allen Konsorten gemeinsam zufallen. Gewöhnlich wird vereinbart, daß die Begebung nicht unter einem bestimmten Kurse erfolgen soll. Soweit die Begebung nicht gelingt, hat jeder Konsorte seinen Anteil an dem Aktienbesitze abzunehmen. Gewöhnlich übernimmt ein Konsortiale die Leitung (vgl. § 710 BGB.). Dieser wird allein nach außen berechtigt und verpflichtet. Zu ihm stehen gewöhnlich die Konsorten in einem Gesellschaftsverhältnisse, jeder in einem selbständigen. Freilich können auch andere Gestaltungen vereinbart werden, insbesondere, daß alle Konsorten zusammen in einem gemeinsamen Gesellschaftsverhältnis stehen. Doch ist dies nicht die Regel und unter einem Begebungskonsortialgeschäft schlechthin wird diese letztere Gestaltung nicht verstanden (vgl. die Fälle im ROHG. 13, 308; 15, 252; 22, 382; RG. 1, 81; 7, 102; 21, 66; ausführlich über diese Konsortialgeschäfte Sydow in ZHR. 19, 431; Ring 179). Über die Auslegung derartiger Verträge vgl. noch RG. 43, 286; 46, 30 und 56, 206; sowie bei Gruchot 48, 1039.

Anm. 2. 2. **Einzelne Regeln.** Es finden im Zweifel die Regeln des BGB. über Gesellschaft Anwendung. Den gemeinsamen Zweck bildet die Übernahme und Begebung der Aktien; zu seiner Erreichung haben die Gesellschafter die vereinbarten Beiträge zu leisten. Das aus den Beiträgen gebildete Vermögen, sowie der durch das Konsortium erworbene Besitz bildet ein Sondergut der Konsortialen zur gesamten Hand. Diese Bestimmungen können aber, da sie dispositiv sind, durch Vereinbarung der Parteien abgeändert werden; es kann also auch durch Vereinbarung bestimmt sein, daß die Gemeinschaft in betreff des Vermögens ausgeschlossen, den

Konsortialen ein gesondertes Eigentum an den ihrer Beteiligung entsprechenden Stücken, oder Erl. zu ein Miteigentum nach Quoten zusteht. Doch ist dies nicht die Regel (vgl. RG. 56, 206 § 342. und bei Gruchot 48, 1039).

Der Konsortialleiter hat seinen Konsortialbeteiligten von jedem erheblichen Schritte Anm. 3. Mitteilung zu machen (ROHG. 22, 182; §§ 713, 666 BGB.); die unterlassene Mitteilung befreit den Genossen, bei nachgewiesenem Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Verluste, von der Tragung des Verlustes (ROHG. 22, 182; Bolze 6 Nr. 628). Der Konsortialleiter muß alles Zweckdienliche vornehmen, um die Aktien zum Konsortialkurse zu verwerten, darf dies aber im Zweifel nicht unter diesem Kurse tun (Sydow a. a. O. 451; §§ 713, 665 BGB.). Gelingt die Verwertung nicht, so müssen die Konsorten die Aktien jeder zu seinem Anteil, abnehmen (ROHG. 13, 308; 15, 252; Bolze 6 Nr. 628; Sydow 462; Dernburg II § 356 Anm. 5). Andererseits hat der Konsortialleiter den Konsorten alle Vorteile des Geschäfts, insbesondere auch aus der Verwertung von Bezugsrechten, anteilig zuzuwenden (Bolze 19 Nr. 611; §§ 713, 677 BGB.). Jedem der Konsortialbeteiligten hat er Rechnung zu legen, da er zu jedem in einem besonderen Gesellschaftsverhältnis steht (§§ 713, 666, 721; 259 BGB.). Oft wird er davon im voraus befreit (z. B. ROHG. 17, 196; RG. 1, 77), oder es wird einer der Konsortialen zur Ausübung der Kontrolle bestimmt. Dann aber hat er wenigstens ein bestimmtes Ergebnis rechnungsmäßig darzutun (ROHG. 17, 391; 22, 385) und bei Verdacht unredlicher Geschäftsführung muß er volle Rechnung legen (vgl. § 716 Abs. 2 BGB.). Außerdem hat jeder Genosse das Recht auf Einsicht in die Papiere und die Geschäftsbücher der Gesellschaft (§ 716 BGB.); doch kann dies mit derselben Maßgabe auch durch Abrede ausgeschlossen sein (§ 716 Abs. 2 BGB.).

Beendigt ist das Konsortium, wenn alle Aktien begeben sind, oder wenn nicht mehr an- Anm. 4. zunehmen ist, daß weitere Aktien noch zu begeben sind. Nach Beendigung hat der Konsortialleiter die übrig gebliebenen Aktien den Konsorten sofort anzubieten (ROHG. 22, 386).

3. **Die Unterbeteiligung** ist ein Vertrag, den einer der Hauptbeteiligten bezüglich seines Anm. 5. Konsortialanteils mit anderen Personen abschließt (RG. 26, 52). Sie ist wieder eine Gelegenheitsgesellschaft (Bolze 18 Nr. 179). Den Unterbeteiligten gegenüber ist der Hauptkonsortialbeteiligte verpflichtet, seine eigenen Rechte gegen den Konsortialleiter zu wahren, widrigenfalls der Unterkonsortiale von seinen Verpflichtungen frei wird (ROHG. 17, 390). Hat aber der Hauptkonsortiale seine Rechte gewahrt, und ist dennoch eine erhebliche Vertragswidrigkeit seitens des Konsortialleiters begangen, so kann der Unterkonsortiale zurücktreten (RG. 1, 78). Über die Ergebnisse des Geschäfts hat der Hauptkonsortiale Rechnung zu legen (Bolze 18 Nr. 179; vgl. oben Anm. 3). Der Unterkonsortiale ist an allen Vorteilen, auch an den Vorteilen aus der Verwertung des Bezugsrechts zu beteiligen (Bolze 19 Nr. 611).

Wohl zu unterscheiden von den Unterkonsortialverträgen ist die Abtretung eines Anteils am Gewinnanteil (ROHG. 10, 261).

4. **Stempelpflicht.** Wird ein Konsortium zwecks Erwerb und Veräußerung von Aktien gebildet, Anm. 6. so liegt noch nicht ein Anschaffungsgeschäft vor. Das Anschaffungsgeschäft wird ja erst in Ausführung dieses gesellschaftlichen Abkommens geschlossen (RG. 26, 51). Dagegen sind Unterkonsortialverträge, die der Hauptkonsorte bezüglich seines Konsortialanteils mit andern abschließt, nachdem der Vertrag zwischen dem Hauptkonsortium und dem Abgeber von Aktien zustande gekommen ist, Anschaffungsgeschäfte (RG. 26, 53). Erwirbt ein Konsorte vom Konsortium einen Teil der Aktien, so ist, wenn Eigentum zur gesamten Hand vorliegt, wie dies im Zweifel anzunehmen ist (vgl. Anm. 2), auch der Teil als Anschaffungsgeschäft zu verstempeln, der dem Anteil des Konsorten am Geschäft entspricht (RG. 56, 206 und im Prinzip ebenso bei Gruchot 48, 1039).

Als Muster eines einfachen Konsortialvertrages mag folgendes gelten: Anm. 7.

Auf Grund des den Unterzeichneten bekannten Vertrages der Firma Müller & Co. mit der Aktiengesellschaft X wird ein Konsortium zur Begebung der durch diesen Vertrag erworbenen (zu erwerbenden) Aktien gebildet. Leiterin des Konsortiums ist die Firma

17

Erl. zu § 342. Müller & Co. Diese ist berechtigt, die für das Konsortium verauslagten Beträge von den Konsortialen pro rata ihres Anteils einzuziehen; für ihre Vorlagen berechnet sie den Lombardzinsfuß der Reichsbank. Die Konsortialleitung ist befugt, selbständig alle die Maßnahmen zu treffen, die sie für Abwickelung des Geschäfts für zweckmäßig hält, insbesondere auch freihändig Verkäufe vorzunehmen und, soweit es zur Regelung des Kurses erforderlich ist, Aktien anzukaufen. Rechnung ist vierteljährlich dem Konsortialen Max Schulze zu legen, dessen Genehmigung für alle Konsortialen bindend ist. Die Dauer des Konsortiums ist bis 31. Dezember 1907 festgesetzt; eine Verlängerung ist durch Mehrheitsbeschluß gestattet. Die Abstimmung erfolgt nach Anteilen der Konsorten. Eine frühere Lösung erfolgt, wenn die Operationen erledigt sind, oder durch Übereinkunft. Diese letztere ist jedoch nur gültig, wenn sie mit $^{3}/_{4}$ Mehrheit beschlossen ist.

B. Gesellschaftliche Vereinigungen von Minderkaufleuten.

Anm. 8. Wenn Handwerker oder sonstige Kleingewerbetreibende sich zu einer Gesellschaft vereinigen, so können sie eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht bilden, selbst wenn sie reine Handelsgrundgeschäfte gemäß § 1 betreiben (§ 4 Abs. 2). Ebensowenig können sie, da ihnen das Register verschlossen ist, ihre Eintragung erlangen und so gemäß § 2 Handelsgesellschaften werden. Ihre gesellschaftlichen Vereinigungen sind daher Gesellschaften bürgerlichen Rechts. (Zur Aktiengesellschaft oder zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung können sie sich allerdings vereinigen, und dann nehmen diese Gesellschaften keinerlei Sonderstellung ein [§ 6 Abs. 2].) Die gesellschaftlich verbundenen Personen sind allerdings Kaufleute. Denn sie betreiben ein Handelsgewerbe. Auf ihre Rechtsverhältnisse greifen daher alle Vorschriften über die Kaufleute, soweit nicht ihre Anwendbarkeit auf Minderkaufleute ausgeschlossen ist, Anwendung. Insbesondere sind ihre Rechtsgeschäfte Handelsgeschäfte nach § 343 und auch die Vermutung des § 344 greift für und gegen sie Platz (vgl. im einzelnen Anm. 26 zu § 4 und Erl. zu § 343). Aber ihre gesellschaftlichen Verhältnisse regeln sich nicht nach den Vorschriften über die o. H. G. oder Kommanditgesellschaft, sondern nach §§ 705 ff. BGB.

Anm. 9. Allerdings können, wie schon in Anm. 26 zu § 4 bemerkt ist, solche Vereinigungen durch Gesellschaftsvertrag sich den Rechten der Handelsgesellschaften unterwerfen. Allein dies kann doch nur soweit geschehen, als es sich um ihre inneren Beziehungen handelt. Soweit es sich um die Beziehungen nach außen und auch sonst um Vorschriften zwingenden Rechts handelt, ist der Gesellschaftsvertrag machtlos. Die Form einer Kommanditgesellschaft ist infolgedessen solchen Gesellschaften überhaupt verschlossen. Denn es kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag mit bindender Kraft nach außen festgesetzt werden, daß ein Gesellschafter nicht solidarisch hafte. Das könnte nur durch besonderen Vertrag mit jedem einzelnen Gegenkontrahenten erreicht werden. Die Parteifähigkeit kann solchen Gesellschaften durch Gesellschaftsvertrag nicht verliehen werden und ebensowenig das Firmenrecht. Eine solche Gesellschaft kann also nicht unter einem besonderen Namen Verträge schließen, Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben, klagen und verklagt werden. Und auch ein Gesellschaftskonkurs kann über eine solche Gesellschaft nicht eröffnet werden. Auch die Rechte des Pfändungsgläubigers eines Gesellschafters sind verschieden von den Rechten eines Pfändungsgläubigers eines offenen Handelsgesellschafters, und auch diese Verschiedenheit kann durch den Gesellschaftsvertrag nicht beseitigt werden (vgl. auch Cosack § 127 I).

Anm. 10. Ist eine Vereinigung von Minderkaufleuten zu Unrecht im Register eingetragen, so gilt sie als offene Handelsgesellschaft (§ 5). Geriert sie sich im Handelsverkehr als Handelsgesellschaft, so müssen sich die solchergestalt auftretenden Personen gefallen lassen, daß sie vom Verkehr als offene Handelsgesellschafter behandelt werden, insbesondere tritt dann Solidarhaft ein (Erl. zu § 5; Anm. 6 und 9 zu § 123).

Herrosé und Ziemsen, G. m. b. H., Wittenberg.



